



HAL
open science

Réflexions sur la notion de discrimination positive

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Réflexions sur la notion de discrimination positive. Libertés, justice, tolérance, Mélanges Cohen-Jonathan, Bruylant, pp. 415-428, 2004, 2-8027-1860-6. hal-01759959

HAL Id: hal-01759959

<https://hal.science/hal-01759959>

Submitted on 5 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

REFLEXIONS SUR LA NOTION DE DISCRIMINATION POSITIVE

Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 415-428 ;

La question de la discrimination positive a été placée depuis ces dernières années, en France comme ailleurs, au centre des débats publics : on ne compte plus les discours politiques et les études juridiques sur ce thème ; mieux encore, la question est devenue un passage obligé, une figure imposée de bon nombre de thèses, soit indirectement¹, soit directement². Le Conseil d'État lui-même, dans son rapport de 1996³, a apporté sa contribution au débat. Cette vogue étonnante est en elle-même riche de significations : elle témoigne, non seulement d'une inflexion de la logique des interventions de l'État-providence, mais aussi, et plus profondément, d'une interrogation sur le modèle d'intégration nationale et sur la nature du lien social : l'universalisme républicain, héritage de la Révolution, n'apparaît plus comme à lui seul suffisant pour garantir la cohésion sociale. Le débat autour de la notion de discrimination positive, qui, il y a quelques années encore, aurait été inconcevable, est à ce titre révélateur de l'évolution des perceptions et des représentations.

Néanmoins, ce débat s'est développé dans la plus extrême confusion. D'abord, parce qu'il est indissociable de jugements de valeur, très explicitement formulés. Pour les uns, admettre des politiques de discrimination positive serait entrer dans une logique « communautariste » ou « différentialiste », certes présente dans la culture américaine mais radicalement contraire aux traditions françaises⁴ : au demeurant, ces politiques seraient critiquées même aux États-Unis, comme entretenant une « culture de victimisation ». Pour les autres, ces politiques seraient au contraire justifiées par le souci de lutter contre les nouvelles inégalités sociales. Ensuite, parce que l'existence même de ces politiques en France est contestée : pour certains, les « fissures différentialistes »⁵ gagneraient sans cesse du terrain, sous l'influence diffuse du modèle américain et à la faveur des pressions exercées par les groupes concernés ; pour d'autres au contraire, les politiques suivies relèveraient pour l'essentiel du « double jeu » ou de l'« incantation »⁶. Enfin, et plus profondément, parce qu'aucun accord n'existe sur ce qu'il faut entendre par discrimination positive : l'adoption d'une définition large, à l'instar de celle retenue par le Conseil d'État, intégrant l'ensemble des mesures accordant un traitement plus favorable à certaines catégories sociales en vue d'établir une réelle égalité des chances, conduira à découvrir dans le droit de nombreux exemples de telles politiques préférentielles ; à l'inverse, une ap-

¹ Via le problème de l'équité (M. Fouletier, Poitiers, 1999, LGDJ 2003), de la solidarité (JP. Hounieu, Bordeaux, 2003) ou du différentialisme (O. Bui-Xuan, Paris 2, 2003).

² F. David, Poitiers, 2001 ; S. Barles, Paris 8, 2003.

³ Sur le principe d'égalité, *Etudes et documents*, La Documentation française, n° 48, 1996.

⁴ D. Schnapper, *La démocratie providentielle. Essai sur l'inégalité contemporaine*, Gallimard, 2002.

⁵ A.M. Le Pourhiet, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, n° 3, 2002, pp. 519 sq et « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, 2001, p. 166.

⁶ G. Calvès, *Le Débat*, *ibid.*

proche restrictive⁷, partant du modèle américain de l'*Affirmative Action*, débouchera sur le constat, sinon de l'inexistence, du moins de la rareté de cette pratique en France.

Sans reprendre ici l'ensemble du débat, on s'efforcera d'introduire quelques éléments de clarification. Deux préalables doivent être d'emblée posés.

D'une part, il convient de relever que l'expression a tout du paradoxe. Sans doute, la discrimination n'est-elle au départ qu'une opération intellectuelle ou matérielle de classement : discriminer, c'est seulement établir « une distinction entre des objets, à partir de leurs traits distinctifs »⁸. Mais l'expression a pris de nos jours une connotation négative : par discrimination, on entendra le fait qu'un groupe social est traité « plus mal » que les autres, qu'un « traitement défavorable » lui est infligé⁹ ; et le droit n'évoque la discrimination que pour la prohiber et la sanctionner, la discrimination étant considérée comme « illégitime parce qu'arbitraire et interdite puisqu'illégitime »¹⁰. Parler de « discrimination positive » constitue donc une double inversion puisqu'il s'agit en l'espèce, non seulement d'un traitement « favorable », mais encore institué par le droit. Cette inversion n'est pas dénuée d'importance : il serait en effet trop simple de postuler la coexistence de deux catégories antithétiques de discriminations, les unes défavorables et illégales, les autres favorables et légales ; même si elle est « positive », la discrimination reste une « discrimination », qui ne peut être appréhendée que par référence à la problématique générale des discriminations.

D'autre part, la question de la relation entre la « discrimination positive » et l'*Affirmative Action* américaine ne saurait être trop rapidement évacuée. Sans doute, l'*Affirmative Action* américaine présente-t-elle des éléments évidents de spécificité¹¹ : traitement préférentiel, elle vise en effet à corriger les inégalités de fait résultant des discriminations passées, de fait mais aussi de droit, dont certains groupes ont été victimes ; visant en tout premier lieu les minorités raciales, qui avaient fait l'objet d'une ségrégation légale, l'*Affirmative Action* s'est ainsi présentée pour l'essentiel comme une « politique raciale » instaurant une « préférence raciale », afin de réparer une discrimination collective¹². En tant que telles, les politiques d'*Affirmative Action*, dont le bilan a été très controversé et dont la portée a été réduite récemment par la Cour suprême (Croson, 1989 ; Adarand, 1995), apparaissent indissociables de l'histoire des États-Unis¹³ et non transposables dans des pays comme la France qui ont toujours refusé la prise en compte de critères ethniques ou raciaux et plus généralement de reconnaître l'existence de minorités. Néanmoins, l'*Affirmative Action* a le mérite de concevoir la discrimination positive comme l'envers de la discrimination, à laquelle elle est consubstantiellement liée : elle est en effet « formellement homologue à la discrimination dont elle vise à éradiquer les effets »¹⁴;

⁷ Telle que celle de B. Renauld « Les discriminations positives : plus ou moins d'égalité », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 31, juillet 1997, pp. 435 sq.

⁸ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, pp. 778 sq.

⁹ D. Fassin, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, 2002, n° 4, p. 403.

¹⁰ D. Lochak, préc.

¹¹ Voir M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice. A philosophical and constitutionnel Inquiry*, New Haven, Yale University Press. Pour une étude globale, D. Sabbagh, *L'Affirmative Action aux États-Unis. Construction juridique et enjeux politiques des dispositifs de lutte contre l'inégalité et la discrimination raciale*, Thèse Paris 1, 2000, Economica, 2003.

¹² G. Calvès, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, LGDJ, Coll. Bibl. constitutionnelle et de science politique, n° 86, 1998.

¹³ R. Oudghiri, D. Sabbagh, « Des usages de la diversité : éléments pour une généalogie du multiculturalisme américain », *RFSP*, 1999, n° 3, pp. 443 sq.

¹⁴ G. Calvès, *op. cit.*, p. 6.

d'où le paradoxe que devra surmonter la Cour suprême lorsqu'elle sera conduit à admettre la légitimité de préférences raciales intrinsèquement illégitimes mais cependant admissibles parce que « bienveillantes ».

On est bien ici au cœur du problème inhérent à toute discrimination positive et qui se pose au-delà du contexte particulier de l'*Affirmative Action* américaine : la discrimination positive est en effet d'abord une discrimination et ne peut être appréhendée qu'à partir de cette référence (I) ; mais c'est une discrimination qui va être légitimée par les fins qu'elle poursuit (II).

I / LA DISCRIMINATION POSITIVE COMME DISCRIMINATION

La discrimination positive est la traduction de l'exigence plus générale de lutte contre les inégalités sociales, qui est au cœur de l'institution de l'État-providence : celui-ci a été soutenu en effet par le souci de faire prévaloir, au-delà du principe d'égalité juridique formelle, une égalité sociale réelle ; à l'égalité « devant » le droit, a succédé une égalité « dans » le droit, voire « par » le droit, pour reprendre la typologie de Jean Rivero ; le souci de remédier aux inégalités sociales a ainsi appelé l'adoption de mesures spécifiques en faveur des plus défavorisés. Cependant, si elle s'inscrit dans cette perspective d'ensemble, la discrimination positive ne s'y réduit pas : il ne s'agit pas en effet en l'espèce, de s'attaquer à n'importe quel type d'inégalités, mais à celles qui présentent un caractère « discriminatoire » ; le fait qu'elle se situe sur le terrain sensible des discriminations suffit à distinguer la discrimination positive des simples traitements différentiels visant à assurer une égalité sociale réelle, au nom d'un principe d'équité.

A) Des traitements différentiels...

Le principe d'égalité devant la loi, solennellement posé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, n'a jamais eu pour effet d'interdire l'adoption des traitements différentiels qui sont appelés, sinon imposés, par les situations différentes dans lesquelles les individus et les groupes se trouvent placés. Les règles applicables vont donc varier selon les différents contextes sociaux : au-delà du « droit commun » applicable à tous et dont tous peuvent se prévaloir, on trouvera donc des régimes spécifiques, construits en fonction des situations concrètes. Le droit a toujours été fondé sur une logique de classement et de catégorisation, par laquelle il épouse la diversité constitutive du social. En admettant que des « règles non-identiques » s'appliquent à l'égard des « catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes », le juge constitutionnel n'a fait que rappeler cette détermination inhérente au fonctionnement du système juridique.

Un pas nouveau a cependant été franchi dans la voie de cette différenciation avec l'avènement de l'État-providence, caractérisé par la volonté de promouvoir, par-delà l'égalité formelle de droits, une égalité sociale réelle¹⁵ : il ne s'agit plus seulement d'adapter le droit à la diversité du social, mais encore de tenter de corriger les inégalités sociales. L'égal accès de tous à certains biens essentiels et les actions redistributrices ne seront pas considérées comme suffisantes pour atteindre cet objectif : au nom de l'impératif de solidarité¹⁶, l'État sera aussi amené à intervenir en faveur des plus démunis : des politiques seront construites en direction de publics-cibles, qui constituent cependant moins des groupes sociaux clairement identifiés que des « catégories », définies en termes larges et à partir d'un état de vulnérabilité écono-

¹⁵ D. Schnapper, *op. cit.*

¹⁶ M. Borgetto, R. Lafore, *La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, Coll. La politique éclatée, 2000.

mique ; des mesures positives, à finalité redistributrice, compensatrice ou correctrice, seront ainsi adoptées en faveur de ces catégories.

La crise de l'État-providence a donné une portée nouvelle à ces interventions : tandis que l'explosion du chômage conduisait à la montée de la précarité et de la pauvreté, une analyse plus fine du social mettait en évidence l'existence d'autres types d'inégalités ; le traitement de toutes ces formes d'exclusion impose le recours à des dispositifs d'action différents de ceux qui avaient été mis en place dans le cadre des politiques sociales traditionnelles. L'impératif nouveau de lutte contre l'exclusion entraîne d'abord le recours à des formes d'intervention plus ciblées, centrées sur les groupes les plus vulnérables, entrant dans le détail des situations concrètes, voire prenant en compte les particularismes individuels. Ensuite, au-delà de l'« égalité des chances », ces interventions tendent désormais à l'« égalité des résultats », en s'efforçant de parvenir à une égalité effective. Enfin, pour atteindre cet objectif, l'accent est mis sur une stratégie active et volontariste, passant par le recours à des actions positives. Cette logique nouvelle est sous-tendue par un principe nouveau d'« équité » : la conception traditionnelle de l'égalité, fondée sur l'égalité des droits, se révélant insuffisante pour combattre des inégalités toujours renaissantes, il conviendrait de passer à une approche nouvelle, par l'adoption de mesures préférentielles en faveur des plus démunis ; la « forme équitable de l'égalité »¹⁷ qui tendrait à prévaloir admet des entorses au principe d'égalité de traitement, en vue de réduire les inégalités de fait existantes.

Le problème est de savoir si ces traitements préférentiels, légitimés par l'idée d'équité, doivent être considérés comme des « discriminations positives ». L'adoption d'une conception large de celles-ci conduit à une réponse affirmative : reposant sur un principe de ségrégation, puisqu'ils profitent à certains groupes et non à d'autres, ils auraient, de ce fait même, une dimension discriminatoire ; la notion de discrimination positive prend dès lors une considérable extension puisqu'elle en vient à recouvrir l'ensemble des mesures positives visant à réduire le poids des inégalités sociales¹⁸. Une conception plus restrictive est en revanche adoptée par ceux qui, faisant le partage entre les mesures « compensatrices », sous-tendues par l'objectif d'« égalité des chances », et les mesures « correctrices » visant à une « égalité de résultats », réservent la qualification de discriminations positives aux secondes : le développement de celles-ci serait le signe tangible des mutations des mutations récentes d'un État-providence devenu « sélectif ». Ces différentes approches tendent cependant à occulter l'élément de « discrimination » inhérent à la notion de discrimination positive.

B) ... Aux traitements discriminatoires

La discrimination positive n'est pas une simple mesure positive instituée par le droit en faveur de certains groupes sociaux : c'est une « discrimination » et ce terme exclut toute possibilité de banalisation ; la discrimination positive doit d'abord, et avant tout, être envisagée en tant que telle.

Le concept de discrimination comporte sans doute lui-même une marge d'incertitude, d'autant que l'approche du phénomène s'est complexifiée : à côté des discriminations « directes », on prend désormais en compte les discriminations « indirectes », pratiques apparemment neutres mais aboutissant en fait au même résultat qu'une discrimination directe, et encore les discriminations « systémiques », mesures anodines mais s'inscrivant dans un contexte glo-

¹⁷ Rapport du Conseil d'État, préc., p. 81.

¹⁸ Conception large qu'on trouve dans le rapport du Conseil d'État mais aussi dans F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, PUAM-Aix, 1996 ou encore M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse Poitiers 1999, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, n° 229, 2003.

bal, caractérisé par la combinaison et la superposition d'un ensemble d'inégalités¹⁹. Néanmoins, un point reste fondamental : la discrimination est une distinction ou une différence de traitement illégitime ; et cette illégitimité n'existe que parce qu'elle est juridiquement posée. Parler de discrimination n'a dès lors de sens qu'au regard du droit en vigueur : toute différence de traitement n'a pas en elle-même le caractère d'une discrimination ; encore faut-il que cette différence soit répréhensible et condamnable, en tombant sous le coup d'une disposition du droit positif. A la différence d'une simple inégalité, la discrimination n'existe donc pas en soi : le droit *constitue* la discrimination en même temps qu'il la prohibe ; c'est donc à partir des textes, et en fonction de l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence, que peut être établie la ligne de partage entre les distinctions fondées, et donc légitimes, et les distinctions arbitraires, et par-là même discriminatoires.

L'étude du droit en vigueur montre qu'une attention nouvelle est portée depuis les dernières années au problème des discriminations : les textes se multiplient, situés à tous les niveaux de la hiérarchie des normes, et les jurisprudences s'affinent pour s'attaquer à des formes de discrimination jusqu'alors ignorées ou occultées ; mieux encore les dispositifs tendent à converger, aboutissant à une homogénéisation progressive de l'approche des discriminations. Un mouvement irrésistible pousse ainsi à l'élargissement des catégories visées : ce ne sont plus seulement la race ou les origines ethniques, le sexe, les opinions politiques ou syndicales, les convictions religieuses, mais encore les mœurs, l'orientation sexuelle²⁰, l'âge, la situation de famille, l'apparence physique ou le handicap²¹ qui sont désormais énumérés ; même si toutes ces formes de discrimination ne font pas l'objet d'une égale protection notamment au niveau communautaire — les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique et le sexe étant sanctionnées dans tous les domaines, les autres n'étant sanctionnées qu'en matière d'emploi²² —, la tendance est à l'alignement vers le haut.

En tant que « discrimination », la discrimination positive apparaît donc comme un traitement spécifique, applicable à l'une de ces catégories visées par les textes : elle est donc plus large que l'*Affirmative Action* américaine puisqu'elle ne concerne pas seulement les minorités raciales et les femmes ; en revanche, l'ensemble des mesures préférentielles adoptées en faveur d'autres catégories de la population, et destinées notamment à compenser ou à corriger certaines inégalités dont celles-ci sont victimes n'en relèvent pas. Corrélativement, la discrimination positive tombe sous le coup d'une prohibition de principe, puisqu'il s'agit de traiter différemment des catégories qui, précisément, ne sauraient, selon le droit, être discriminées. Néanmoins, les fins qu'elle poursuit vont permettre de l'exonérer de cette prohibition, dans des conditions qui restent controversées.

II / LA DISCRIMINATION POSITIVE COMME DISCRIMINATION LÉGITIME

Si la discrimination positive est frappée d'une prohibition de principe, c'est moins en fin de compte, moins parce qu'elle rompt l'égalité de traitement au profit de certains groupes sociaux (le droit comporte en effet de nombreuses mesures positives de ce type), que parce qu'elle concerne des catégories que le droit interdit de traiter différemment, et donc qu'elle est d'emblée «

¹⁹ D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003.

²⁰ S. Garneri, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *RFDC*, n° 40, 1999, pp. 725 sq et n° 41, 2000, pp. 67 sq.

²¹ Les énumérations figurant dans le traité d'Amsterdam (art. 13 du traité TCE), dans la Charte européenne des droits fondamentaux (art. 21) et dans la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 (art. 1) sont à peu près concordantes .

²² D. Borrillo, « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2002, pp. 113 sq.

suspecte ». Ce n'est que parce qu'il s'agit de mesures positives, destinées à contrebalancer les effets des discriminations dont ces catégories ont été, ou sont, victimes, que leur légitimité sera admise : il s'agit bien d'une « discrimination », donc d'une différence de traitement fondée sur un critère prohibé ; mais cette différenciation est légitimée par l'objectif de lutte contre une discrimination. La discrimination positive est donc bel et bien une discrimination « à rebours », visant à soigner le mal par le mal ; et ce caractère paradoxal explique du même coup les controverses qui l'entourent.

A) *Une logique paradoxale*

Le recours à la discrimination pour lutter contre la discrimination traduit un approfondissement de l'analyse du phénomène. Les discriminations ne se réduisent pas à de simples inégalités socio-économiques, auxquelles il serait possible de remédier par des mesures redistributrices, compensatrices ou correctrices classiques : il s'agit en effet d'inégalités structurelles, cristallisées au fil du temps, consolidées par le poids des traditions et issues d'un contexte socio-culturel global ; et pour les combattre, une stratégie active et volontariste apparaît désormais indispensable. Poser un principe, celui de la non-discrimination, n'est plus considéré comme suffisant : encore faut-il lutter pour son application effective, en utilisant le vecteur juridique ; le droit ne doit plus seulement consacrer le principe de non-discrimination, mais encore lutter pour sa mise en œuvre concrète. C'est cette logique qui a sous-tendu, on l'a vu, aux États-Unis, la politique d'*Affirmative Action*, visant à corriger les effets des discriminations structurelles dont souffrent les minorités raciales et les femmes ; c'est elle qui constitue le principe de légitimation de toutes les politiques de discrimination positive : en autorisant le Conseil à « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », l'article 13 du traité TCE, tel qu'il résulte du traité d'Amsterdam, s'inscrit pleinement dans cette perspective, en ouvrant un large champ d'application possible à ce type de mesures.

La discrimination positive apparaît ainsi comme une mesure « bienveillante » pour les catégories victimes de discriminations ; et c'est cette bienveillance même qui lui permet d'échapper à la prohibition dont font l'objet les dispositifs discriminatoires ; une ligne de partage est dès lors tracée entre les mesures « négatives » (illégitimes) et les mesures « positives » (légitimées par la volonté de contrebalancer les effets des premières). Néanmoins, ces mesures positives se présentent bel et bien comme des discriminations dans la mesure où elles aboutissent à accorder aux uns des avantages qui seront du même coup refusés aux autres : à la différence d'une simple « action positive », de nature compensatoire, qui se lèse aucun autre groupe, la discrimination positive aboutit à octroyer à la catégorie en cause un avantage particulier, en raison des discriminations qu'elle a subies. Dans un contexte de rareté des biens disponibles²³, si elle est positive pour celui qui en bénéficie, elle est « négative pour celui qu'elle exclut »²⁴ : elle a pour résultat de « favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles »²⁵. Par cet aspect, les discriminations positives se distinguent des simples mesures positives, à caractère redistributif ou compensatoire, sous-tendues par un objectif d'équité et visant à rétablir l'égalité des chances, qui ne lèsent pas les autres groupes sociaux. Il y a donc bien par-là même entorse faite au principe d'égalité de traitement. Saisi du problème de la légalité de ces mesures, le juge sera dès lors conduit, à tous les niveaux, à effectuer une opération

²³ En ce sens, B. Renauld, préc.

²⁴ A.M. Le Pourhiet, *RFDA*, 1998, pp. 519 sq.

²⁵ F. Mélin-Soucramanien, *op. cit.* et aussi « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997, n° 3, pp. 946 sq.

complexe de pesée des intérêts en présence : d'un côté, celui des groupes discriminés, objets de discriminations de fait ou de droit passées ; de l'autre, celui des groupes qui subissent le contrecoup des mesures de rééquilibrage. La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis atteste des difficultés d'un tel exercice²⁶, auquel se trouvent également astreints le juge communautaire²⁷ et le juge constitutionnel.

Dans la mesure où elle vise à éradiquer les effets des discriminations, ouvertes ou latentes, dont ont souffert certaines catégories, la discrimination positive a, par essence, une vocation temporaire : une fois l'égalité obtenue, elle perd toute raison d'être. Ce caractère temporaire est souvent considéré comme inhérent au concept de discrimination positive et la condition de sa légitimité : visant, non pas seulement à l'égalité des chances, mais à une égalité de résultats, elle est vouée à disparaître dès l'instant où cet objectif aura été atteint. Néanmoins, la réalité est plus complexe : c'est en effet céder à l'illusion juridique que de penser que les discriminations dont une catégorie sociale fait l'objet puissent être définitivement éradiquées par la seule force du droit : indissociables du fonctionnement social, les pratiques discriminatoires persistent et réapparaissent sans cesse, au-delà des textes qui les prohibent, sous des formes apparemment anodines ou neutres, qui les rendent difficiles à saisir et à combattre. Aussi, les discriminations positives auront-elles tendance à se pérenniser, pour contrebalancer les effets de cette persistance, en suscitant du même coup des mouvements réactifs en sens contraire.

B) Une pratique controversée

Les politiques de discrimination positive se sont développées de manière très variable selon les pays : alors qu'aux États-Unis, l'*Affirmative Action* a connu un spectaculaire essor à partir des années soixante, essentiellement en faveur des minorités raciales, les principes constitutionnels semblaient opposer en France un obstacle infranchissable à de telles pratiques²⁸ et le Conseil constitutionnel avait paru en prendre acte²⁹ ; cependant, le problème de la discrimination positive a été en fin de compte posé, sous des formes et avec une intensité différentes, partout³⁰, ce qui témoigne d'une sensibilité nouvelle au phénomène des discriminations et d'une prise de conscience de la nécessité d'actions plus énergiques pour les combattre.

En France aussi, même si l'on s'en tient à une conception stricte excluant tout amalgame trompeur, la discrimination positive n'est plus inconnue : tandis que l'affirmation dans le discours politique de la nécessité de « refléter la diversité ethnique de la population »³¹ atteste d'une inflexion de la rhétorique républicaine, la mise en place de certains dispositifs, tels les « zones d'éducation prioritaire » (ZEP), révèle le souci de s'attaquer par des mesures positives à des discriminations indissociables de l'origine ethnique. Sans doute, cette dimension ne saurait-elle être clairement affichée, compte tenu de la prohibition de toute discrimination fondée sur la race³² : cependant, des mesures qui, à première vue, sont seulement destinées à remédier

²⁶ G. Calvès, *op. cit.*

²⁷ Dans l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, la Cour de justice des communautés européennes estime par exemple qu'une réglementation garantissant la priorité absolue et inconditionnelle des femmes lors d'une nomination ou d'une promotion excède le principe d'égalité des chances.

²⁸ Voir notamment la prohibition par l'article 2 de la Constitution de toute distinction fondée sur la race, l'origine ou la religion.

²⁹ Voir notamment les décisions relatives aux quotas en faveur des femmes (18 novembre 1982), le statut de la Corse (9 mai 1991) ou le mode d'élection des conseils régionaux (14 janvier 1999).

³⁰ D. Sabbagh (dir.), « Les discriminations positives », *Critique internationale*, n° 17, oct. 2002.

³¹ Notamment dans la police et à la télévision.

³² M. Maisonneuve, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, n° 3, p. 562.

à des inégalités socio-économiques inscrites dans l'espace, et relèvent à première vue d'un simple souci d'équité, sont en réalité sous-tendues par la volonté de lutter contre des discriminations de fait ; derrière le respect apparent du principe d'indifférenciation des citoyens à raison de leur origine, se profile bien la prise en compte de la réalité ethnique de cités où sont concentrées les populations issues de l'immigration. Sous couvert de ce « double-jeu »³³, de ce « montré-caché de l'ethnicité »³⁴, c'est bien la logique de la discrimination positive qui tend à se profiler.

Au demeurant, cette logique a fait l'objet de traductions plus explicites. L'obligation pesant sur tout employeur, public ou privé, occupant au moins vingt salariés, d'employer, dans la proportion de 6 % de l'effectif total, des personnes handicapées, prévue par la loi du 10 juillet 1987 constitue bien une discrimination positive : elle se présente en effet comme une mesure préférentielle en faveur des handicapés ; si le bilan de l'application du texte n'est pas négligeable, il n'est cependant pas à la hauteur des ambitions initiales³⁵, ce qui a justifié récemment le recours à un dispositif d'accompagnement et de relance³⁶. De même, le nouveau statut de la Nouvelle Calédonie, résultant de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 et de la loi organique du 19 mars 1999, a prévu des discriminations positives au profit des populations calédoniennes en matière d'emploi ; et le Conseil constitutionnel, qui avait déjà dans sa décision du 30 août 1984, validé des dispositions établissant des différences de traitement en faveur des populations autochtones, a avalisé ce dispositif, en l'adossant à la « citoyenneté de la Nouvelle Calédonie » consacrée par l'accord de Nouméa. Quant à l'institution de la parité par la réforme constitutionnelle du 8 juillet 1999, prolongée par la loi du 6 juin 2000, elle n'établit pas à première vue de discrimination positive, puisqu'il s'agit de « favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » ; cependant, derrière cette égalité de principe, c'est bien la volonté de remédier aux discriminations de fait dont souffrent les femmes pour l'accès au champ politique qui sous-tend le dispositif. Sans doute, le fait que ces deux derniers systèmes aient imposé une réforme constitutionnelle montre bien les obstacles que les principes traditionnels opposent à l'extension de la pratique ; l'essentiel est cependant que la discrimination positive existe bien en droit français, même si sa place reste marginale.

Cela ne signifie pas pour autant la fin de toute controverse autour d'une politique dont la légitimité et la faisabilité restent aléatoires³⁷. La remise en cause de l'*Affirmative Action* aux États-Unis a donné de nouveaux arguments à ceux qui dénoncent ses effets pervers³⁸. Source de « passe-droits » et de « privilèges » pour les bénéficiaires, les mesures de discrimination positive tendraient à ancrer les groupes sociaux concernés dans l'affirmation de leur particularisme : alors même qu'ils militent pour la fin des discriminations qui les frappent et qu'ils se battent pour obtenir l'application des règles communes, ils réclament le bénéfice d'un traitement spécifique et préférentiel ; se posant en victimes, ils risquent, paradoxalement, d'entretenir le processus de ségrégation et d'alimenter le communautarisme. Corrélativement, ceux qui subissent le contrecoup des mesures préférentielles consenties aux groupes victimes de discriminations se perçoivent comme étant eux-mêmes discriminés. Modifiant la répartition de ressources rares entre les groupes sociaux, les politiques de discrimination positive devien-

³³ G. Calvès, *Le Débat*, préc., 2001.

³⁴ V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourch, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000.

³⁵ En 1999, le pourcentage de personnes handicapées dans la fonction publique d'État s'élevait par exemple à 3,06 %.

³⁶ Voir le protocole d'accord du 8 octobre 2001 pour la fonction publique d'État.

³⁷ Voir par exemple les vives controverses provoquées début 2003 par l'adoption par l'Assemblée de l'État de Rio de Janeiro d'une loi sur la discrimination positive dans l'enseignement supérieur, au profit des noirs et des métis

³⁸ A.M. Le Pourhiet, *Le Débat*, 2001, p. 175.

nent ainsi une source de tensions sociales et un enjeu de luttes politiques ; exacerbant les réactions d'ostracisme et de rejet vis-à-vis des bénéficiaires, elles risquent d'aboutir à l'effet inverse à celui qui était recherché, en compromettant l'intégration sociale.

Depuis longtemps observés aux États-Unis, ces effets négatifs, d'autant plus sensibles que les dispositifs tendent à se pérenniser, expliquent que ces politiques ne sauraient avoir qu'un champ d'application limité : les mesures de discrimination positive sont vouées à ne tenir qu'une place secondaire dans le dispositif de lutte contre les discriminations, qui privilégie d'autres moyens, moins lourds d'ambiguïtés et moins générateurs d'effets pervers. Dans la mesure où l'objectif est d'interdire les pratiques discriminatoires et où celles-ci proviennent d'auteurs clairement identifiés, la voie pénale paraît à première vue la mieux adaptée : de la loi du 1 juillet 1972 à celle du 16 novembre 2001, le législateur a introduit en France un dispositif pénal de plus en plus consistant, visant à réprimer les différentes formes de discriminations (art. 225-1 à 225-4 et 432-7 du nouveau code pénal) ; néanmoins, la machine pénale est lourde à actionner et peu appropriée pour lutter contre les discriminations au quotidien. Aussi d'autres méthodes, misant sur la prévention, la médiation et la régulation, tendent-elles à être parallèlement utilisées : tandis que l'on cherche à sensibiliser l'opinion publique au problème des discriminations et à inciter les intéressés à agir, par des dispositifs d'« affichage » et de « démarchage »³⁹, des institutions d'information et de recours sont mises en place en vue d'apporter au problème une réponse plus efficace.

Le paradoxe inhérent à l'institution des discriminations positives n'est donc pas vraiment surmonté : même si elles sont légitimées par le souci d'éradiquer les manifestations ou les séquelles des discriminations frappant certaines catégories sociales, en créant les conditions d'une égalité sociale réelle, elles n'en épousent pas moins inévitablement les contours des discriminations qu'elles cherchent à combattre ; ce faisant, elles risquent de contribuer à leur perpétuation. Aussi la discrimination positive ne saurait-elle être qu'une réponse exceptionnelle et conjoncturelle à un problème devenu un enjeu politique majeur dans les sociétés contemporaines.

³⁹ G. Calvès, préc.