



HAL
open science

**Gwénaële Calvès, L'affirmative action dans la
jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le
problème de la discrimination " positive "**

Denis Lacorne

► **To cite this version:**

Denis Lacorne. Gwénaële Calvès, L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination " positive ". Revue Française de Science Politique, 1999, 49 (6), pp.860-862. hal-01044904

HAL Id: hal-01044904

<https://sciencespo.hal.science/hal-01044904>

Submitted on 24 Jul 2014

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.

Gwénaële Calvès, L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »

In: Revue française de science politique, 49e année, n°6, 1999. pp. 860-862.

Citer ce document / Cite this document :

Lacorne Denis. Gwénaële Calvès, L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive ». In: Revue française de science politique, 49e année, n°6, 1999. pp. 860-862.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1999_num_49_6_395427

parvenue sont singulièrement crédibles et la spécificité de la situation américaine en la matière paraît moins évidente.

Sophie DUCHESNE
CNRS

Centre d'étude de la vie politique française
Fondation nationale des sciences politiques

CALVÈS (Gwénaële) – L'affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*. Préf. de Jacques Chevallier. – Paris, LGDJ, 1998. 380 p. Index des arrêts cités.

Dérivé d'une thèse soutenue en juin 1997 à l'université Paris II, le livre de Gwénaële Calvès marque un exceptionnel renouveau des études américaines en France. Il offre toutes les qualités d'un ouvrage de référence : rigueur du raisonnement, élégance du style, soin de la traduction de concepts juridiques d'origine américaine, mise en perspective comparative. Dans la première partie de l'ouvrage, G. Calvès analyse en détail la jurisprudence constituée par les seize décisions que la Cour suprême a rendues en matière d'*affirmative action* : elle montre que cette jurisprudence est éminemment « politique ». Dans une deuxième partie, elle se propose de démontrer la « fragilité » d'une jurisprudence qui ne repose pas, selon elle, sur des principes solidement établis : « Le juge américain ne dispose pas d'un cadre théorique qui lui permette de penser la prohibition des discriminations racistes »¹.

L'ouvrage, c'est son intérêt, dépasse le cadre étroit d'une analyse *stricto sensu* de l'*affirmative action*. Il offre une description, tout à fait nouvelle pour un lecteur français, des méthodes d'interprétation et des mécanismes de contrôle imposés par le juge américain et il révèle l'existence de divisions politiques stables au sein de la Cour suprême, qui opposent trois types de juges : des « progressistes », des « conservateurs » et des « modérés ». G. Calvès ne se contente pas d'analyser les opinions majoritaires de la Cour ; elle donne toute sa place aux *dissenting opinions* (toujours publiées aux États-Unis), qui donnent de précieuses indications sur les débats internes à la Cour et qui anticipent, souvent, de futurs revirements jurisprudentiels.

Qu'est-ce que l'*affirmative action* ? « L'*affirmative action*, au sens strict de l'expression, écrit G. Calvès, est... une politique raciale, qui instaure une préférence raciale...². » Partant de cette définition lapidaire, G. Calvès s'interroge sur la logique « paradoxale » qui va conduire les juges de la Cour suprême à légitimer l'*affirmative action*, tout en réaffirmant leur attachement indéfectible aux principes d'égalité et de non-discrimination, inscrits dans la Constitution (clause d'égale protection des lois du 14^e amendement) et défendus par le législateur (loi des droits civiques de 1964).

Les ambiguïtés et les incohérences des jugements de la Cour, bien mis en évidence par G. Calvès, soulèvent une question éminemment politique : faut-il, au nom de la clarté doctrinale, que les tribunaux tranchent de façon définitive en faveur (ou contre) les programmes d'*affirmative action* ? N'est-il pas souhaitable, au contraire, que l'ambiguïté soit maintenue pour relancer le débat public et inciter le législateur à prendre ses responsabilités ?

1. L'*affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, op. cit. p. 223. Cet ouvrage a reçu le « Prix Marie-France Toinet », accordé par la Société d'études nord-américaines (SENA).

2. *Ibid.*, p. 4-5. Cette définition est précisée un peu plus loin : « L'instauration d'une *affirmative action* – par voie judiciaire, réglementaire, législative ou contractuelle – a donc pour effet de suspendre partiellement l'application des mécanismes concurrentiels qui président à la répartition de ressources rares. Le principe de préférence se substitue aux critères "neutres" et "objectifs" d'allocation des biens que sont le mérite ou l'effort individuels (en matière d'accès à l'université ou à l'emploi), l'ancienneté (en matière de promotion professionnelle ou de protection contre le licenciement), la compétitivité (pour les marchés publics) », p. 6.

La première solution, la plus cartésienne, a manifestement la préférence de G. Calvès. La deuxième solution, qualifiée de « minimaliste » par Cass Sunstein dans un ouvrage récent, aurait l'avantage de contrer l'idée que les choix de société sont déterminés aux États-Unis par un gouvernement des juges¹. La réalité, selon Sunstein, est qu'il n'y a pas eu de véritable délibération démocratique en matière d'*affirmative action*. Mais cette deuxième solution, malgré ses vertus « cathartiques »², est risquée, car le processus de délibération parlementaire peut être, à son tour, court-circuité par des mesures populistes, comme le projet de loi référendaire n° 209, récemment adopté en Californie, qui abolit tout système de préférence fondé sur la race³.

Mais réexaminons la jurisprudence de la Cour suprême. Est-elle aussi « fragile », aussi « incohérente » qu'il y paraît au premier abord ? S'il est vrai que la Cour n'a jamais exclu toute référence aux assignations raciales, ni jamais ouvertement proclamé « [qu']aux yeux de la Constitution, un homme est un homme. Il n'est ni blanc, ni indien, ni noir »⁴, il reste qu'elle privilégie implicitement la logique de la *color-blindness* sur celle de la *color-consciousness*⁵. G. Calvès observe ainsi que lorsque des juges progressistes invoquent, à l'appui de leurs thèses, les précédents *color-conscious* (qui posent le primat du groupe sur l'individu), ils sont rarement convaincant, car la prise en considération du groupe racial n'est jamais pour eux complètement « pertinente ». À leurs yeux, écrit justement G. Calvès, « l'*affirmative action* est... une exception à un principe général de *color-blindness* : si le lien entre race et statut socio-économique peut ici valablement être pris en compte, c'est parce qu'il est la marque ou la séquelle d'une discrimination passée »⁶. Or ce point de vue, me semble-t-il, est aussi partagé par des juges « modérés », dont les opinions sont souvent décisives, même si elles manquent d'élégance et de clarté comme l'illustrent bien l'opinion du juge Powell dans l'arrêt *Bakke* ou celle du juge O'Connor dans l'arrêt *Adarand*.

Considérons ce dernier arrêt. La Cour affirme que la Constitution « protège des individus, et non des groupes » et elle insiste que « toute classification fondée sur la race » devra être « soumise au degré de contrôle le plus strict »⁷. Mais il est clair, pour O'Connor, que l'exercice d'un contrôle strict ne doit pas être « mortel en fait », parce qu'il est « strict en théorie ». Et elle ajoute : « La malheureuse persistance de la pratique et des effets anciens de la discrimination raciale contre les groupes minoritaires de ce pays est une réalité déplorable, et le gouvernement n'a pas tort de réagir [en prenant des mesures adéquates]... Quand une intervention fondée sur la race (*race-based action*) est nécessaire pour mettre en œuvre un intérêt [général] primordial (*compelling interest*), cette intervention se situe bien dans les confins de la Constitution, si elle satisfait le test de "l'ajustement étroit", déjà utilisé par ce Tribunal dans d'autres cas antérieurs »⁸.

Comment réconcilier ces logiques contradictoires ? D'un côté, la Cour pose le primat de l'individu sur le groupe, de l'autre elle insiste sur le fait que les discriminations présentes et passées touchent d'abord et avant tout des groupes (ou plutôt des individus parce qu'ils appar-

1. Cass Sunstein, « Affirmative Action Casuistry », dans *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 117-136.

2. *Ibid.*, p. 131-132.

3. Sur ces débats récents, cf. Charles Fried, « Uneasy Preferences : Affirmative Action in Retrospect » ; Peter Schrag, « The Diversity Defense » ; William Julius Wilson, « Affirming Opportunity », *The American Prospect*, Septembre-Octobre 1999, p. 50-64.

4. G. Calvès, *op. cit.*, p. 243, qui cite l'opinion d'un juge d'une Cour inférieure, le juge Wisdom.

5. Le principe de « cécité à la couleur de la peau », implique le refus de prendre en compte toute référence à la « race » ou à l'« ethnie » à laquelle appartiendrait un individu. À l'inverse, le principe de « prise de conscience de la couleur de peau » rattache l'individu à un groupe d'origine (une « race » ou une « ethnie »), étant bien entendu que cette assignation de fait est « bénigne » ou « bienveillante » et n'a d'utilité que pour corriger les effets délétères de discriminations passées subies par le groupe de référence.

6. G. Calvès, *op. cit.*, p. 254-255.

7. *Adarand Constructors v. Federico Pena, Secretary of Transportation, 115 Supreme Court 2097 (1995)*, cité dans G. Calvès, *ibid.*, p. 154. G. Calvès analyse brillamment les principales caractéristiques du dispositif du contrôle juridictionnel, p. 191-220.

8. *Adarand v. Pena*, cité dans Cass Sunstein, « Affirmative Action Casuistry », p. 124, ma traduction.

tiennent à des groupes) et nécessitent donc une prise en compte du groupe ciblé. La solution, implicite, est qu'il y a bien, au départ, une hiérarchie de valeurs : un principe premier, – la *color-blindness* – mais aussi des dérogations à ce principe, justifiées au nom de l'intérêt général. Le principe de *color-consciousness* serait donc ainsi subordonné au principe de *color-blindness*.

Il reste que l'instabilité des jugements de la Cour et le caractère *ad hoc* de la plupart de ses décisions rendent l'avenir incertain. Vingt et un ans de jurisprudence n'ont pas suffi à régler la question de l'*affirmative action*. Faut-il le regretter ? Oui, si l'on attend de la Cour suprême qu'elle dise le droit et qu'elle fixe tout en même temps le contenu d'une éthique¹ ; non, si l'on souhaite qu'elle agisse de façon « minimaliste » pour redonner toute sa place au débat et à la délibération politiques.

On pourrait reprocher à G. Calvès d'avoir sous-estimé le poids des facteurs socio-politiques dans le développement des politiques d'*affirmative action*. Mais là n'était pas son propos, même si elle n'ignore pas complètement ces facteurs, ni l'influence indéniable de l'opinion publique sur certaines des opinions de la Cour².

Les sociologues et les politologues qui se pencheront sur les avatars de l'*affirmative action* à l'américaine et sur les répercussions françaises du débat américain, ne pourront faire l'impasse sur ce travail de référence. Ils trouveront là une information sûre, une argumentation originale et stimulante et ils feront bien de méditer les propos iconoclastes de l'auteur, pour qui il est clair que, dans un pays comme le nôtre – qui se refuse depuis deux siècles à classer les individus selon leur « race » ou leur « ethnie » –, il n'y a « aucun enseignement pratique à retirer de l'expérience américaine »³.

Denis LACORNE

Centre d'études et de recherches internationales
Fondation nationale des sciences politiques

LEFORT (Claude) – *La complication. Retour sur le communisme*. – Paris, Fayard, 1999. 258 p.

Pour comprendre la signification de l'intitulé du dernier ouvrage de Claude Lefort – *La complication* – il est utile de s'interroger d'abord sur son sous-titre : *Retour sur le communisme*. Que signifie en effet ici le terme de « retour » ? Il pourrait indiquer un regard rétrospectif, un bilan, visant à tirer les leçons d'une période historique désormais close : dans cette optique, le constat objectif de l'effondrement des régimes communistes (avec cependant plusieurs exceptions, et notamment celle, considérable, de la Chine) autoriserait une lecture définitive de leur histoire. Mais c'est justement ce projet d'une clôture de l'interprétation du communisme que Cl. Lefort critique au début de son ouvrage, à travers deux de ses représentants : François Furet (*Le passé d'une illusion*⁴) et Martin Malia (*La tragédie soviétique*⁵). L'idée de retour, dans l'acception de Cl. Lefort, doit plutôt se comprendre comme une reprise, une remise sur le métier

1. Je fais ici référence à l'argument de J.-P. Lassale, (*La démocratie américaine*, Paris, Armand Colin, 1991, p. 317), cité et discuté par G. Calvès, *op. cit.*, p. 337.

2. Pour une interprétation politologique de l'ensemble de ces débats, on se reportera à la thèse de doctorat de Daniel Sabbagh, « L'*affirmative action* aux États-Unis : construction juridique et enjeux politiques des dispositifs de lutte contre l'inégalité et la discrimination raciale », qui sera soutenue à l'Institut d'études politiques de Paris, le 23 juin 2000. Cf. aussi Denis Lacorne, *La crise de l'identité américaine. Du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Fayard, 1997, ch. 8 et id., « Pour un multiculturalisme modéré », *Le Débat*, 97, novembre-décembre 1997, p. 158-167. Cet article répond aux critiques de Éric Fassin, Christian Jelen, Élise Marienstras et Philippe Raynaud.

3. G. Calvès, *op. cit.*, p. 339. Et cf. G. Calvès, « Affirmative Action in French Law », *La Revue Tocqueville*, 19 (2), 1998, p. 167-177.

4. François Furet, *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX^e siècle*, Paris, Robert Laffont/Calmann-Lévy, 1995.

5. Martin Malia, *La tragédie soviétique. Histoire du socialisme en Russie, 1917-1991*, Paris, Le Seuil, 1995 (traduction de J.-P. Bardos).