



HAL
open science

La “ mise à mort ” de la discrimination positive par la Cour Suprême des États-Unis

Denis Lacorne

► **To cite this version:**

Denis Lacorne. La “ mise à mort ” de la discrimination positive par la Cour Suprême des États-Unis. 2023. hal-04222449

HAL Id: hal-04222449

<https://sciencespo.hal.science/hal-04222449>

Submitted on 29 Sep 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

LA « MISE À MORT » DE LA DISCRIMINATION POSITIVE PAR LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

Denis Lacorne, Centre de recherches internationales (CERI), Sciences Po/CNRS

Les Analyses du CERI, 8 juillet 2023

La récente et double décision de la Cour Suprême des Etats-Unis, *Students for Fair Admissions, Inc. Petitioner v. President of Harvard College et id. v. University of North Carolina* (29 juin 2029) renverse une jurisprudence ancienne, remontant à l'arrêt *Bakke* (1978). Cette dernière décision était complexe : elle opposait des groupes de juges favorables à l'*affirmative action* à des groupes qui s'y opposaient et elle restait fondée sur le compromis majoritaire d'un seul juge, le juge Powell. Celui-ci rejetait l'usage de quotas d'admission à l'université pour des élèves issus de minorités ethniques, sans fermer la porte à une prise en considération, limitée et contrôlée, de certains critères ethno-raciaux. Il n'était pas question, pour le juge Powell, de remédier à des discriminations passées en privilégiant l'admission d'étudiants noirs sous-représentés au sein des universités d'élite. Il suffisait de leur donner un coup de pouce, un « bonus » au nom d'un principe neuf : la diversité du corps étudiant. Ce principe, consacré par d'autres arrêts ultérieurs, risquait de violer un autre principe, fondateur : la Clause d'égalité des lois inscrite dans la Constitution par le 14^e amendement, en 1868. Ce principe d'égalité, tel qu'il a été interprété par les tribunaux, garantissait que les lois des États étaient les mêmes pour tous et que les Noirs et les Blancs étaient traités de façon identique. Bref, il interdisait toute hiérarchie raciale, tout système de caste et toute distinction entre dominants et dominés. La Constitution américaine depuis cette époque était, théoriquement du moins, « indifférente » à la couleur de peau ; elle était littéralement *color-blind*.

La jurisprudence *Bakke* admettait des exceptions à ce principe fondateur – la possibilité d'une « prise en compte de la race » – mais à

une condition : un contrôle maximum (*strict scrutiny*) des politiques d'admission encourageant la diversification du corps étudiant par les juges fédéraux. Le juge Roberts, l'auteur de l'opinion majoritaire considérée ici, rappelait que la référence à des critères ethno-raciaux a toujours été considérée comme « suspecte », « dangereuse » et même « odieuse » par les tribunaux américains. Elle était néanmoins acceptable si le contrôle maximum était effectivement respecté et « étroitement adapté » aux objectifs annoncés, tout en témoignant d'un intérêt public « essentiel » (*compelling state interest*). Or ce contrôle maximum, estimait Roberts, est impossible à réaliser, tant sont flous, confus, mal définis, les éléments invoqués pour mettre en œuvre la « diversité » du corps étudiant. Mêlant l'ironie au sarcasme, le juge Roberts remettait en cause les bénéfices pédagogiques ayant trait à la diversification du corps étudiant dans la jurisprudence Bakke et sa suite.

Quel poids donner au « bonus » invoqué par le juge Powell ? Le jeu de la discrimination positive, selon Roberts, n'est pas un jeu à somme nulle. Si les candidats issus de minorités ethniques bénéficient d'un bonus, il existe un « malus » pour ceux qui ne viendront pas à Harvard, malgré leur mérite équivalent ou supérieur, qu'ils soient blancs ou issus d'autres minorités ethniques, par exemple les Asiatiques –, la discrimination positive s'accompagnant dans tous les cas d'une discrimination négative parfaitement inacceptable. Roberts accepte ici l'argument du requérant, le SFFA (Students For Fair Admission) selon lequel certains groupes ethno-raciaux, et *a fortiori* certains candidats non-minoritaires sélectionnés par l'université Harvard, « ne sont pas les bénéficiaires » des préférences fondées sur la race.

En même temps, Roberts ne ferme pas toutes les portes à l'usage de critères ethno-raciaux. La race peut être mentionnée dans un dossier d'admission, à condition qu'elle soit subtilement mêlée à des considérations liées au caractère et au mérite individuel du candidat, à ses capacités à surmonter des handicaps, y compris de nature ethno-raciale. La juge Sotomayor, dans sa vigoureuse opinion dissidente, ne cache pas son scepticisme. Personne n'est dupe, opine-t-elle, « *consider race in application essays is nothing but an attempt to put lipstick on a pig* » (« la référence à la race est cosmétique, cela revient à mettre du rouge à lèvres à un cochon ») et elle ne sert qu'à camoufler le fait que nous

sommes devant un véritable renversement de jurisprudence (lequel mot n'est jamais prononcé par Roberts).

Derrière ce conflit d'interprétation se cache un autre conflit, philosophique, sur l'identité même des personnes. Pour Roberts, la liberté individuelle prime sur l'appartenance au groupe. L'individu se construit lui-même et la référence à la race n'est pas nécessairement la « pierre de touche » de son identité. Pour Sotomayor, au contraire, le caractère de l'individu est indissociable de son groupe d'appartenance et du contexte d'une vie marquée par les stéréotypes et les discriminations. Elle cite à cet effet les témoignages d'étudiants de couleur, d'origine américaine, mexicaine, vietnamienne, etc. qui affirment que la race figure « au cœur de leur identité ».

Quels seront les effets probables du tournant conservateur de la Cour suprême ? Les tutorats et les officines de préparation des dossiers d'admission ont de beaux jours devant eux. A plus long terme, l'industrie de la DEI (Diversité, équité, inclusion) est toutefois menacée. A quoi bon défendre et institutionnaliser la « diversité » si celle-ci est remise en cause par les tribunaux ? Le lobby des équipes de la DEI est puissant, il dispose d'une association nationale de plus de 10 000 membres mais il est aujourd'hui vulnérable, faute de légitimité. Ceci concerne aussi, indirectement, les ressources humaines des entreprises qui ont de plus en plus souvent recours à des programmes de recrutement et de formation du personnel, centrés sur les valeurs de la DEI. Dans la crainte de procès à venir, les directions des relations humaines vont mettre en sourdine leurs objectifs de lutte contre les discriminations et peut-être développer de nouvelles formes de lutte contre les discriminations.

Petite bibliographie

- Daniel Sabbagh, *L'Égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 2003

- Magali Bessone et Daniel Sabbagh, « Les discriminations raciales : un objet philosophique » in M. Bessone et D. Sabbagh, *Race, Racisme, Discriminations. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, coll. « L'avocat du diable », 2015

- Gwénaële Calvès, « [La Cour suprême des Etats-Unis et le démantèlement de l'affirmative action](#) », Conseil constitutionnel, Titre 7, n° 4, avril 2020,