

PIERRE BOURETZ

## *L’Affirmative Action ou les infortunes de l’égalité*

L’Amérique a ceci de particulier qu’elle sait offrir au travers de certains épisodes de son histoire ou de quelques-uns de ses débats un miroir grossissant des idéaux qui l’animent et de leurs contradictions, une image exacte de ce qui forge son unité en même temps que l’éclat de ses divisions. Proclamée sous les auspices d’un glorieusement optimiste « nous, le peuple des Etats-Unis », la Constitution de 1787 avait été précédée du plus beau séminaire de philosophie politique qu’ait connu l’époque moderne. Et tout se passe depuis comme si l’Union avait besoin à intervalle irrégulier de revenir à Philadelphie. Pour retrouver la ferveur des fondateurs et vérifier auprès de Thomas Paine que ce « sens commun » hérité des Lumières continue d’éclairer ses destinées. Mais pour chercher aussi dans l’intention des origines la solution aux conflits que n’a pas manqué de faire surgir une histoire vouée par ses Pères à trancher cette redoutable alternative : savoir « si les sociétés humaines sont capables de se donner un bon gouvernement par réflexion et par choix, ou si elles sont condamnées à jamais à recevoir leurs constitutions politiques du hasard et de la force » (*Fédéraliste*, n° 1).

Les discussions qui ont entouré aux lendemains de la guerre de sécession la rédaction du XIV<sup>e</sup> amendement appartiennent à la première catégorie de ces épisodes qui témoignent d’un effort pour ne jamais laisser à la force le dernier mot. Ainsi en est-il aussi des travaux d’élaboration du *Civil Rights Act* de 1964 visant à rendre au Droit l’énoncé des principes qui cherchent à enrayer la violence

raciale. D'une autre manière, l'énorme débat récemment suscité par la candidature du juge Bork à la Cour suprême atteste du souci de ne pas donner au hasard la possibilité de décider des orientations futures de la jurisprudence et de l'équilibre des pouvoirs. Il n'est dès lors pas surprenant que les questions liées aux mesures prises en faveur des « minorités » puissent être perçues comme un prisme où s'aperçoit tout à la fois la confiance accordée au droit pour résoudre les tensions sociales et politiques, les hésitations de la doctrine quant au sens à donner aux principes fondateurs, mais aussi les difficultés associées à l'effectuation pratique des idéaux modernes d'égalité et de liberté.

On peut emprunter à Ronald Dworkin une définition de la notion d'*Affirmative Action* : des programmes « qui visent à accroître la place et le nombre des Noirs et autres minorités dans l'industrie, le commerce et les différentes professions, en leur accordant une forme de préférence s'agissant du recrutement, de la promotion et de l'admission dans les collèges et écoles professionnelles »<sup>1</sup>. En pratique, elle recouvre principalement deux types de procédés, quotas et traitements préférentiels, qui concernent en premier lieu les Noirs et les femmes pour s'étendre ensuite aux autres catégories entendues sous le vocable incertain de « minorités ». Il faut tout d'abord noter que les nombreuses controverses qui entourent ces questions ne portent que très rarement sur la finalité, mais concernent les moyens légaux pour réaliser une égalité postulée. Formulées en termes constitutionnels, elles mettent au jour un conflit entre deux visions associées à la clause d'égalité protection : l'objectif qui consiste à lever les obstacles opposés à l'égalité ; le principe du traitement des individus sur la base de leurs mérites et non de leur appartenance à un groupe particulier. Plus techniquement, elles posent le problème de l'usage en droit des classifications opérées parmi les citoyens. Faut-il les bannir au nom du formalisme ou les accepter par réalisme ? Certaines d'entre elles sont-elles bénignes au point de devenir les instruments bienveillants d'une réparation artificielle par le droit des inégalités nées de la nature ou de la société ?

Sur fond de l'exceptionnalité de l'histoire américaine, l'*Affirmative Action* surgit au point exact où se rencontrent le consensus sur les valeurs fondatrices et les déchirures d'une société qui n'en a jamais tout à fait fini d'effacer les taches de l'esclavage. L'ombre qui planait sur les premières décennies fut-elle suffisamment dissipée par les tra-

1. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass., London, Harvard University Press, 1986, p. 393.

vaux de la reconstruction ? Ou bien une nation si longtemps travaillée par le mythe de la Frontière a-t-elle atteint le moment où il lui faut rendre compte de ses promesses ? Entre Philadelphie 1787 et Montgomery, Alabama 1955, avec Abraham Lincoln et Martin Luther King, il s’agit de lever le doute qui s’attache à *une obscure cécité à la couleur*. Ce d’autant qu’au sein d’une culture politique pourtant attentive aux valeurs juridiques et constitutionnelles, le droit achoppe parfois à fournir ses raisons. Les efforts conjugués de l’exécutif et des cours peuvent bien tendre à réaliser cette alchimie qui transforme l’inégalité en égalité, il suffit qu’un jeune étudiant nommé Allan Bakke fasse éclater le paradoxe en 1978 pour que la jurisprudence s’affole en quête de fondements : *back to Bakke, de l’activisme à la retenue*. Mais il y a plus, et l’on doit toujours se souvenir avec Tocqueville qu’il faut voir, dans l’Amérique, « plus que l’Amérique » : une image de la société démocratique et des tensions qui traversent son idéal. Ici elles sont exemplaires puisqu’elles touchent à ce problème qui taraude la modernité depuis Rousseau sans même qu’il soit réellement besoin de Marx : celui qui tient au statut de l’égalité, entre le droit et le fait, le formalisme des principes et l’effectivité des pratiques. *De l’égalité selon la justice*, ou comment les débats jurisprudentiels reconduisent aux antinomies de la raison juridique et politique.

### *Une obscure cécité à la couleur*

« Mais selon la Constitution et aux yeux du droit, il n’y a dans ce pays aucune classe de citoyens qui soit supérieure ou dominante. Il n’y a pas de castes ici. Notre Constitution est aveugle à la couleur. »<sup>1</sup> L’histoire de cette formule illustre parfaitement la série des paradoxes qui président à l’émergence de la notion d’*Affirmative Action*. Elle est due au juge Harlan qui structure autour d’elle son opinion dissidente à la décision rendue par la Cour suprême dans l’affaire *Plessy v. Ferguson* en 1896. Résumons les faits. Pour mettre fin solennellement à la guerre civile, le Congrès propose en 1866 le XIV<sup>e</sup> amendement à la Constitution qui dispose que « toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis et sujette à leur juridiction est citoyen des Etats-Unis et de l’Etat dans lequel elle réside. Aucun Etat ne pourra adopter ou appliquer une loi qui limiterait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis ; aucun Etat ne pourra priver une personne de sa vie, de sa liberté ou

1. Opinion dissidente du juge Harlan, *Plessy v. Ferguson*, 163 us 559 (1896).

de ses biens sans procédure légale régulière, ni refuser à quiconque relève de sa juridiction la protection égale des lois ». Est ainsi inventé le principe de l'*Equal protection of law*, qui semble supposer que la Constitution de l'Union et les droits qu'elle contient sont supérieurs à celles des Etats fédérés.

Longtemps le principe demeure toutefois doublement contrarié. S'agissant de l'incorporation des droits de l'homme, le *Slaughter House Case* de 1873 réaffirme contre toute attente une jurisprudence de 1833 (*Barron v. Baltimore*) qui réserve aux Etats la possibilité d'interpréter à leur gré les libertés fondamentales<sup>1</sup>. Mais surtout, la majorité de la Cour construit en 1896 dans l'affaire *Plessy v. Ferguson* la doctrine *separate but equal* qui considère que le traitement séparé des Noirs est compatible avec l'idée d'égalité promue par le XIV<sup>e</sup> amendement. Première ambiguïté donc : au moment où triomphe le principe de l'égalité formelle, il ne se trouve interprété qu'au travers de formules éminemment paradoxales qui en obscurcissent le sens. A cela s'ajoute le fait que si la constitutionnalité du traitement séparé est annulée en 1954 par la décision *Brown v. Board of Education* qui le qualifie de « nécessairement inégal », c'est au prix d'une autre imprécision. Déclarant en effet que la ségrégation dans les écoles prive les enfants noirs d'un égal accès à l'éducation, la Cour achoppe à définir un standard qui préciserait les modalités de sa suppression et demeure vague quant aux délais<sup>2</sup>.

Entre-temps, s'est installée une autre jurisprudence, qui rend « suspecte » toute forme de classification des citoyens. Mais, second paradoxe, celle-ci s'établit par le biais de l'une des décisions les plus contestables de la Cour suprême, celle qui, en 1944, valide le regroupement des populations japonaises dans des camps. Dans *Korematsu v. United States*, les juges affirment que « toutes les restrictions légales qui portent atteinte aux droits civils du moindre groupe racial sont *immédiatement suspectes* (...). Les cours doivent les soumettre au plus *strict examen* »<sup>3</sup>. En ajoutant toutefois aussitôt qu'elles sont en l'occurrence justifiées par la « nécessité publique » afin de lutter contre l'« antagonisme racial ». Reste que les principes de la suspicion immédiate et du strict examen font l'objet d'une jurisprudence qui rapidement s'étend à la plupart des classifications possibles. Celles des Noirs bien sûr, à partir de *Brown* et

1. Voir sur cette histoire Pierre Bouretz, L'héritage des droits de l'homme France/Etats-Unis, *Esprit*, septembre 1988.

2. Ceux-ci ne sont évoqués qu'au travers de la seule formule « with deliberate speed », *Brown v. Board of Education*, 349 US 294 (1955).

3. 323 US 214 (1944), je souligne.

selon différents standards incluant la liberté individuelle, la notion de « buts légitimes du gouvernement » ou la clause de la « procédure légale régulière »<sup>1</sup>. Mais celle aussi des étrangers<sup>2</sup>, des enfants illégitimes<sup>3</sup> et enfin toutes celles qui peuvent être liées au sexe<sup>4</sup>.

Le *Civil rights Act* de 1964 vient apporter l’appui de la loi à cette construction jurisprudentielle. Par deux de ses titres, en effet, il réaffirme et renforce le principe de l’interdiction des discriminations. Le titre VI pose leur interdiction dans les programmes recevant une aide fédérale et subordonne l’attribution de fonds publics au strict respect de cette clause. Quant au titre VII, il pénalise toute forme de discrimination liée « à la race, à la religion, au sexe ou à l’origine nationale ». Paradoxalement, c’est au moment même où les efforts conjugués de la loi et de la jurisprudence font prévaloir le principe de l’égalité formelle qu’émerge une idée apparemment contradictoire. Le 4 juin 1965, le Président Lyndon Johnson développe une métaphore qui veut donner un fondement à l’*Affirmative Action*. Soit un homme qui a passé des années enchaîné. Vous le libérez et le conduisez au départ d’une course en lui disant « vous êtes libre de participer avec les autres » : pouvez-vous en conclure que vous avez été « parfaitement équitable »<sup>5</sup> ? Dans ce sens, des directives fédérales vont inverser la logique en enjoignant aux employeurs de recruter des personnes issues des minorités, y compris en l’absence de discriminations constatées à leur rencontre<sup>6</sup>. C’est dans ce contexte que l’université peut devenir un microcosme révélateur au travers d’un ultime paradoxe : le fait qu’un étudiant

1. Sur ces standards et leurs utilisations, cf. John E. Nowak, Ronald D. Rotunda et J. Nelson Young, *Constitutional Law*, third Ed., West Publishing Co. St. Paul Minn., 1986, p. 528-543. Ils fondent une longue série de décisions qui accompagnent la déségrégation progressive des plages et piscines publiques (*Mayor of Baltimore v. Dawson*, 1955), des autobus (*Gayle v. Browder*, 1956), des parcs (*New Orleans Park Development Ass’n v. Detiege*, 1958) ou encore des restaurants d’aéroport (*Turner v. City of Memphis*, 1962)...

2. Le principe de protection est posé dès 1938 dans *United States v. Carolene Products Co.*

3. A partir de *Lévy v. Louisiana*, 1968.

4. Qui sont en réalité les plus tardives, puisqu’il faut attendre 1971 pour que la Cour admette que les préférences liées au sexe sont « arbitraires » et contradictoires avec la clause d’égalité de protection. Cf. *Reed v. Reed*, 404 us 76 (1971). Sur l’extension du principe classification suspecte, cf. Laurence Tribe, *American constitutional law*, p. 1544-1571.

5. Discours, Howard University, *Public Papers of the Presidents of the United States : Lyndon Johnson — 1965*, Book 2, Washington, DC, Government Printing Office, p. 636.

6. Executive order II, 246, 30 Fed. Reg. 12319. Voir sur ce point Archibald Cox, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1987, p. 269-270.

blanc soulève l'objection d'un traitement inégal à son égard contre une institution utilisant la technique de l'admission préférentielle en faveur des Noirs.

Lorsque l'école de médecine de l'Université de Californie à Davis ouvre ses portes en 1968, elle ne recrute pour sa première promotion de 50 étudiants aucun Noir et aucun étudiant d'origine mexicaine. Afin de corriger cette distorsion de sa population par rapport à celle de la Californie (qui est composée à l'époque de 7 % de Noirs et 14 % de Mexicains d'origine) elle met en place dès 1969 un programme spécial d'admission, réservé aux membres des « minorités ». Par ce biais, des étudiants dont les résultats aux tests d'admission sont inférieurs aux normes peuvent être intégrés sur une liste spéciale réservant 16 places. En 1973 puis en 1974, Allan Bakke est refusé, ayant obtenu des résultats immédiatement inférieurs à ceux exigés par la procédure normale, mais supérieurs à ceux retenus par la procédure spéciale. Il se tourne alors vers les tribunaux de l'État, faisant valoir qu'il a été victime d'une injustice : son exclusion n'est due qu'à l'existence du programme spécial qui viole tout à la fois la Constitution de l'État de Californie, le titre VI du *Civil Rights Act* et la clause d'égalité de protection du XIV<sup>e</sup> amendement. La Cour de l'État reconnaît qu'il y a bien eu triple violation, mais refuse un jugement en sa faveur, arguant du fait qu'il ne peut démontrer qu'il aurait été admis sans le programme spécial. Renversant la décision, la Cour suprême de Californie ordonne l'admission de Bakke, considérant que le programme de Davis viole effectivement le XIV<sup>e</sup> amendement mais qu'il ne revient pas à l'étudiant de faire la preuve qu'il eût été admis dans d'autres conditions. C'est donc à la Cour suprême des États-Unis saisie par l'université qu'il revient de trancher en dernière instance.

La décision *Regent of the university of California v. Bakke* est exemplaire à la fois des subtilités de la procédure américaine et des difficultés de la Cour suprême à établir une jurisprudence en matière d'*Affirmative Action*. Elle exige un examen détaillé des différentes opinions qui concourent. En premier lieu, aucune majorité ne se dessine quant au fond. Quatre juges estiment en effet que le programme de Davis viole le titre VI du *Civil Rights Act* et qu'il n'est donc pas besoin d'élever l'examen jusqu'au niveau constitutionnel. Quatre autres considèrent au contraire que le même titre VI ne prohibe que les discriminations visées par le XIV<sup>e</sup> amendement et que le programme de Davis ne viole ni le titre VI ni la clause d'égalité de protection. Tout repose donc sur la position et le raisonnement du juge Powell. Pour ce dernier, le bloc constitué par la clause d'égalité de protection et le titre VI entraîne l'invalidation du

programme de Davis. Mais il ne s’ensuit pas qu’il faille rejeter en principe tout programme d’*Affirmative Action* reposant consciemment sur la race. Fabriquant ainsi la décision de la Cour, le juge Powell vote à la fois pour l’admission de Bakke à l’université et pour la révision de la décision de la Cour suprême de Californie<sup>1</sup>. Une jurisprudence s’établit donc qui n’invalide pas systématiquement les classifications raciales au regard du XIV<sup>e</sup> amendement, sans que soit toutefois précisé le standard qui permet de distinguer entre classifications bénignes et malignes.

La même indétermination pèse sur les décisions ultérieures de la Cour suprême en des matières similaires, même si se dessine une jurisprudence favorable à l’*Affirmative Action*. Avec toutefois des raisonnements aux fondements variables et des majorités fragiles. Ainsi, la décision *United Steelworkers of America v. Weber* reconnaît-elle en 1979 la légalité d’un programme d’apprentissage réservant 50 % de ses effectifs à des Noirs jusqu’à reconstitution d’un pourcentage d’employés noirs similaire à celui de la population locale. Mais la majorité en l’affaire n’est que de cinq voix, qui précisent d’ailleurs qu’un tel programme n’est justifiable que dans la stricte mesure où il ne constitue pas une discrimination appuyée sur la race mais vise à « rompre de vieux modèles de ségrégation et de hiérarchie raciale »<sup>2</sup>.

Confrontée en 1980 à un nouveau problème de quota en faveur des minorités similaire à ceux condamnés dans *Bakke* et acceptés avec *Weber*, la Cour reconnaît par une majorité plus large (6-3) la légitimité de ce type de technique<sup>3</sup>. Il s’agit en l’occurrence de réserver 80 % des fonds fédéraux en faveur de l’emploi public à des *Minority Business Enterprises* (MBE)<sup>4</sup>. Mais trois raisonnements différents se dégagent au travers de cette décision. Pour le chief Justice Burger et les juges White et Powell, un tel programme n’a pas à être soumis à un test constitutionnel dans la mesure où il relève de la capacité qu’a

1. Il faut noter que les quatre juges qui rejoignent Powell ne concourent que sur ces deux conclusions et développent des opinions dissidentes sur les autres points de son raisonnement.

2. 443 us 208. Un raisonnement similaire sera suivi en 1987 en faveur des femmes. Dans *Johnson v. Transportation Agency*, une majorité de la Cour (6 juges) soutient un programme visant à limiter la sous-représentation féminine. Déboutant le plaignant refusé en faveur d’une femme moins qualifiée, la Cour considère que la seule considération d’un « déséquilibre manifeste » suffit à justifier un programme d’*Affirmative Action* anti-ségrégationniste.

3. *Fullilove v. Klutznick*, 448 us 448 (1980).

4. Entreprises dont la majorité du capital est possédée par des « citoyens américains noirs, hispaniques, etc. » au terme du *Public Work Employment Act* de 1977.

le pouvoir fédéral d'engager des actions à fin d'élimination des discriminations. Les juges Marshall, Brennan et Blackmun quant à eux estiment qu'un test de constitutionnalité des classifications raciales est requis, mais qu'il est en l'espèce satisfait en considération des objectifs. Enfin, si les juges Stewart, Rehnquist et Stevens réfutent dans une opinion dissidente les classifications raciales, ils concourent néanmoins à la décision finale. Mais la double imprécision qui pèse sur ces décisions, qu'elle soit liée à leur fragile fondement ou aux modifications de la composition de la Cour, oblige à engager une autre perspective. A la recherche des principes qui pourraient clarifier une jurisprudence incertaine et préciser le rôle du juge en une matière qui touche aux fondements mêmes de la société démocratique.

### *Back to Bakke, de l'activisme à la retenue*

Reconduit à ses racines juridiques et philosophiques, le débat sur l'*Affirmative Action* fait surgir la question du statut de l'égalité dans une société qui repose sur le principe de l'identité des individus. Entendu en son sens initial, ce dernier signifie que chaque personne a droit à une « égale protection », au respect des libertés fondamentales énoncées dans les Déclarations des droits de l'homme dans la stricte limite de leur compatibilité avec la même liberté pour autrui. En un sens plus institutionnel et politique, il contient l'idée selon laquelle les individus ont « des droits contre l'Etat » qui canalisent et encadrent les formes légitimes de l'action publique conduite au nom du bien commun<sup>1</sup>. Mais si ce principe est relativement clair quant à son application du point de vue de la liberté, il demeure plus obscur lorsqu'il touche à l'autre grande valeur démocratique qu'est l'égalité. Les révolutionnaires tant américains que français l'avaient perçu, qui y virent une objection contre l'idée même de droits de l'homme<sup>2</sup>. Quant aux débats contemporains, ils font d'autant plus ressortir la difficulté qu'ils interviennent sur fond d'effondrement de la grande utopie messianique égalitariste pour laisser à la démocratie et à ses procédures la charge de la preuve d'une capacité à réaliser ses promesses d'égalité.

On trouvera chez Ronald Dworkin l'effort le plus soutenu pour

1. Voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977.

2. Cf. Pierre Bouretz, *Egalité et liberté : à la recherche des fondements du lien social*, *Droits*, n° 8, octobre 1988.

tenter de construire — dans le sillage de la *Théorie de la justice* de John Rawls — un modèle juridique d’égalité démocratique<sup>1</sup>. Ramené à ses formes élémentaires, le problème a deux aspects relativement distincts. L’interprétation de la Constitution met-elle à jour une conception univoque de l’égalité qui doit s’imposer à toute forme d’action publique ? Si tel n’est pas le cas, que reste-t-il de l’idée d’égalité des droits pouvant être opposés par les individus à l’Etat ? A la première question, la réponse est à l’évidence négative. Une constitution démocratique ne peut être interprétée selon un seul schéma philosophique, qui accepterait une lecture unilatéralement utilitariste, libérale, ou égalitariste au sens marxiste par exemple. Tout au contraire, la démocratie trouve sa valeur dans le fait de ne pas s’appuyer sur une instance ultime garantissant le sens du juste, du vrai et du bon, mais de rester ouverte à la pluralité de leurs conceptions. Reste dès lors à trouver une interprétation du principe selon lequel les individus doivent être traités de manière égale qui soit compatible avec l’objectif qui consiste à supprimer les discriminations.

Selon Dworkin, trois modèles de droit peuvent être construits, qui doivent successivement subir l’épreuve d’une critique au prisme des principes constitutionnels<sup>2</sup>. Le premier est contenu dans l’idée que toutes les classifications sont suspectes : si tous les individus doivent être effectivement traités en égaux, il n’est aucune raison d’envisager un quelconque droit distinct à n’être pas victime d’une discrimination. Une telle théorie peut être parfaitement soutenue d’un point de vue purement académique et selon la logique pure du philosophe. Mais elle se heurte en pratique au fait que les intérêts de certains groupes ne sont pas pris en compte lors même que des classifications bien construites permettraient de le faire en respectant le principe d’égalité. S’il s’agit par exemple de décider dans le cas de *Bakke*, la théorie des *classifications suspectes* ne permet pas de trancher au fond entre arguments ségrégationnistes et anti-ségrégationnistes.

La théorie des *catégories bannies* reconnaît quant à elle qu’il existe un droit contre les discriminations qui s’impose quelles que puissent être les conceptions concurrentes de l’intérêt général. Ce qui veut dire que l’appartenance des individus à un groupe (race ou sexe par exemple) ne peut en aucun cas être retenue pour déter-

1. Cf. *Law’s Empire*, *op. cit.*, chap. 10. On se reportera également à *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1985, chap. 5.

2. *Law’s Empire*, *op. cit.*, p. 382-387.

miner leur traitement. Interprétation littérale du principe de la cécité à la couleur de la Constitution, cette théorie n'a d'autre effet pratique que d'interdire tout traitement séparé, fût-il au bénéfice de catégories minoritaires ou défavorisées. Apparaît alors un ultime modèle qui, pour admettre ce principe, distingue les préférences fondées sur un préjugé et celles qui reposent sur d'autres considérations. Rejetant à l'évidence toute forme de ségrégation comme reposant sur un préjugé, cette théorie des *sources bannies* admettrait à l'inverse des classifications justifiées par des considérations d'équité. Elle requiert alors en pratique un examen scrupuleux et argumenté du juge, qui puisse justifier au cas par cas le recours à des techniques de traitement spécifiques qui tout à la fois poursuivent un objectif d'équité et ne violent pas de droits constitutionnels.

Si l'on revient un instant à l'affaire *Bakke*, Dworkin au terme d'un méticuleux examen des argumentations possibles choisit celle qui reposerait sur la dernière de ces théories. Procédant par élimination, on refusera en effet la première, qui, parfaitement relativiste, considère que les préférences individuelles sont toutes de même valeur et rend indécidable le jugement sur la ségrégation. Reste donc le choix entre deux théories qui ont en commun de refuser la ségrégation, mais fondent ce refus sur des considérations différentes : le rejet de toute classification en droit pour l'une ; le fait de considérer que certaines préférences sont inacceptables de par leur origine pour l'autre. Ici le raisonnement devient plus difficile, ne serait-ce que parce qu'il éclaire au-delà du cas d'espèce des attendus plus stratégiques et politiques<sup>1</sup>. On pourrait par exemple appuyer un choix en faveur du modèle des catégories bannies sur un argument historique. Il faudrait alors interpréter l'intention des rédacteurs du XIV<sup>e</sup> amendement dans un sens de stricte égalité raciale, arguant du fait qu'il intervient au lendemain de la guerre de sécession.

Mais outre le fait que cette interprétation demeure improbable au regard de l'exégèse des textes, Dworkin développe une méfiance d'une autre nature vis-à-vis de ce type d'historicisme constitutionnel<sup>2</sup>. De manière générale, ce mode de raisonnement qui

1. S'agissant de justifier une décision dans l'affaire *Bakke*, Dworkin présente les deux arguments qu'il réfute comme pouvant être avancés par les avocats d'Allan Bakke contre le programme d'*Affirmative Action* de l'Université de Davis (cf. p. 395-396). Mais la discussion porte plus loin et touche le débat engagé par les conservateurs américains contre la jurisprudence libérale de la Cour suprême.

2. Voir *Lau's Empire*, *op. cit.*, p. 359-379.

cherche à fonder la jurisprudence sur la seule intention des fondateurs retreint le rôle du juge à une sorte de déférence qui en altère la créativité. D’où deux objections. Comment décider en des matières qui d’évidence étaient hors du champ de préoccupation des rédacteurs de la Constitution et des différents amendements ? Comment trancher par exemple la question de l’avortement<sup>1</sup> ? Et puis, plus profondément encore, peut-on admettre qu’une société ne se donne pour cadre de référence normative que la stricte pensée intentionnelle de ses pères ? A l’encontre d’une telle perspective, on ne peut prendre les droits de l’homme au sérieux qu’en accordant au juge un rôle d’interprète qui cherche à déceler dans les textes fondateurs des principes de portée générale qu’il faut ensuite appliquer aux circonstances mouvantes de l’histoire.

On pourrait encore argumenter contre toute forme de classification par des moyens liés à des considérations de politique. Dire par exemple que l’utilisation de techniques préférentielles risque d’exacerber les tensions raciales et de prolonger les discriminations. A cette logique s’opposent à nouveau deux objections. L’une, de nature institutionnelle, tient au fait qu’il n’est pas du rôle du juge de trancher en une matière politique qui est du ressort de la volonté du Congrès<sup>2</sup>. L’autre a une portée plus générale à l’encontre d’une conception passive du pouvoir judiciaire. Celle-ci lie le pouvoir du juge à une conformité attestée vis-à-vis de l’opinion majoritaire au moment de sa décision. A cette thèse Dworkin oppose une fois encore que si l’on veut prendre au sérieux le rôle du juge comme protecteur des libertés individuelles, il faut l’étendre jusqu’au point où ses raisonnements peuvent s’opposer tant à la majorité politique qu’aux opinions dominantes. A charge pour lui de justifier ses choix par l’argumentation, de les appuyer sur un jugement interprétatif fondé sur des principes de justice et d’équité.

C’est donc sur une théorie de l’interprétation que Dworkin fonde son choix en faveur de la théorie des sources dans l’affaire *Bakke*. En l’occurrence il s’agira tout d’abord de la reconnaître

1. Cf. Ronald Dworkin, La controverse sur l’avortement aux Etats-Unis, *Esprit*, octobre 1989.

2. L’argument a été plusieurs fois utilisé par la Cour suprême afin de rejeter l’idée selon laquelle les procédés d’*Affirmative Action* risqueraient de soulever une réaction de fuite de la part des Blancs. Cf. *Cooper v. Aaron*, 358 US 1, 78 (1958), qui pose que les anticipations de rejet violent de la part des blancs ne peuvent motiver des délais contre l’intégration scolaire. Ou encore *United States v. Scotland Neck City Bd of Education*, 407 US 484 (1972) : la crainte d’un *white flight* n’a aucune valeur constitutionnelle et ne saurait entraver le projet de suppression d’un système scolaire dual.

comme la meilleure interprétation de la Constitution, non parce qu'elle serait directement tirée de la bouche de ses fondateurs ou adéquate à la volonté politique du moment, mais en ce qu'elle offre l'articulation la plus efficiente du principe d'égal respect dû aux personnes et de l'idée de justice comme équité. A quoi s'ajoute aussitôt le fait que cette même théorie requiert de la part du juge un travail d'élaboration d'une liste de classification opérant le tri entre celles qui sont suspectes et celles qui sont légitimes. Travail critique si l'on veut qui vise, au-delà du fondement en droit d'une jurisprudence, à léguer un test permettant de l'appliquer à d'autres cas<sup>1</sup>. Et c'est en tant qu'elle fait bien figure de justification philosophique de la jurisprudence libérale de la Cour suprême, s'agissant de l'*Affirmative Action* comme en beau-coup d'autres matières, que la théorie de l'interprétation développée par Ronald Dworkin fait l'objet d'une abondante controverse dans le contexte de la « révolution conservatrice ». Controverse qui, arrachée à ses connotations politiques, concourt à renouveler un débat classique de la philosophie politique s'agissant des principes abstraits de la démocratie et de leur effectuation pratique.

### *De l'égalité selon la justice*

Nommé *Attorney General* en 1985 par Ronald Reagan, Edwin Meese déclare clairement son hostilité aux programmes d'*Affirmative Action*, qu'ils soient le fait de directives fédérales ou de décisions de justice. De fait l'administration Reagan a bien supprimé un certain nombre des premières, lors même que quelques actions en justice par elle sollicitées ont été récemment jugées par la Cour suprême<sup>2</sup>. Au terme de ces dernières décisions, la jurisprudence semble se stabiliser autour de deux positions. Reprenant le raisonnement construit dans *Bakke*, la Cour considère par sa décision *Wygant v. Board of Education* de 1986 que les préférences raciales ne sont en aucun cas justifiées, même pour compenser des discriminations passées en matière d'emploi, d'éducation ou de logement. Inversement, il est confirmé que s'agissant d'emplois publics dans des secteurs où persiste la discrimination, des préférences peuvent être tolérées voire requises en

1. On aura compris que la démonstration de Dworkin rejoint en large part l'opinion du juge Powell qui esquissait d'ailleurs une typologie critique des classifications à fin d'utilisations futures.

2. Cf. sur ce point Archibald Cox, *The Court and the Constitution*, *op. cit.*, p. 282-287.

faveur de membres des minorités<sup>1</sup>. Mais les changements récents de la composition de la Cour associés au caractère tenu de la distinction rendent possibles bien des évolutions, compte tenu des majorités qui demeurent en ces matières variables.

Il est en revanche significatif que le débat se soit déplacé, hors de la Cour suprême et lors de son renouvellement, de la justification même des techniques d'*Affirmative Action* vers leurs conséquences s'agissant du rôle du juge<sup>2</sup>. Dénonçant l'activisme judiciaire tant du point de vue de ses principes que de ses effets, Edwin Meese s'est fait le porte-parole officiel d'une doctrine alternative, dite de la restriction<sup>3</sup>. Professée par l'actuel Chief Justice William H. Rehnquist et fer de lance du juge Robert H. Bork bien avant sa candidature à la Cour suprême, la doctrine de la *Judicial restraint* repose sur l'idée d'une déférence due à la Constitution qui interdirait toute interprétation autre qu'étroite de son texte et limiterait le rôle du juge à l'application de l'intention initiale aux cas d'espèce<sup>4</sup>. Les intentionnalistes opposent donc deux arguments à une théorie de l'interprétation justifiant, comme celle de Dworkin, l'activisme des Cours. L'un est de nature proprement juridique et noue la recherche d'un considérant dans l'exégèse d'une pensée censée exprimer le sens commun propre à la nation américaine. L'autre, plus politique, repose sur une théorie limitative du rôle du juge qui ne saurait opposer à la majorité populaire dûment exprimée sa propre conception de la justice, même philosophiquement argumentée.

Théorisée hors de tout contexte polémique, la doctrine qui associe la restriction du rôle du juge et sa contrainte par l'intention constitutionnelle est tout à la fois compatible avec le républicanisme (au sens français) et le positivisme juridique. Lors même qu'elle identifie

1. Même si les individus qui en bénéficient n'ont pas été personnellement victimes de discrimination. Voir *Local 28 of Sheet Metal Workers v. EEOC*, 106 S. Ct. 3019 (1986) et *Local 93, Firefighters v. City of Cleveland*, 106 S. Ct. 3063 (1986).

2. Les quelque 6 500 pages des auditions effectuées par le Sénat lors de la candidature du juge Bork concernent largement ce problème et offrent une sorte de vaste séminaire public de théorie juridique et politique. Cf. *Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the United States*, us Government Printing Office, Washington DC, 1989, 5 vol.

3. Voir son discours devant l'American Bar Association du 9 juillet 1985, in *The Great Debate : interpreting Our Constitution*, The Federalist Society, Washington DC, 1986, p. 6 s. On trouvera une remarquable présentation de la discussion et de ses attendus doctrinaux ou historiques dans Leonard W. Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, Macmillan Publishing Company, 1988.

4. Cf. l'ouvrage, directement critique des thèses de Dworkin, de Walter Berns, *Taking the Constitution Seriously*, New York, Simon and Schuster, 1987.

l'essence de la démocratie dans la formulation d'une volonté majoritaire, elle conçoit mal qu'un quelconque étalon lui puisse être opposé qui l'évalue ou la limite. En ce sens elle enferme la justice dans la figure d'une « bouche qui dit la loi » en énonçant une parole qui coule en syllogismes appliquant une règle générale à des situations concrètes. A cette forme de retenue, la conception procédurale de la justice pourrait opposer la critique kantienne de la logique formelle selon laquelle « un médecin, un juge ou un homme d'État peuvent avoir en tête beaucoup de belles règles pathologiques, juridiques ou politiques, à un degré qui peut en faire de solides professeurs en ces matières et pourtant faillir aisément dans leur application »<sup>1</sup>. Il lui manque en effet de pouvoir déceler l'autre voie nécessaire à l'interprétation juridique, celle qui part d'une situation pour construire un principe universalisable et l'appliquer à la décision<sup>2</sup>.

Il se pourrait alors que le débat américain concernant les conditions de l'égalité aille bien au-delà des frontières que sagement il s'assigne. Au point où toute théorie politique moderne rencontre la question du statut qu'elle accorde aux idéaux éthiques de la justice et à ces droits qui reconduisent le Droit dans des limites humaines. Au moment aussi où toute conception de la démocratie doit subir l'épreuve d'une double critique. Celle de la justification en raison de ses principes selon les catégories de la pensée abstraite. Mais celle aussi de son effectuation sur un autre trajet où se rencontrent la multiplicité des biens, la diversité des estimations qui leur sont attachées et finalement la pluralité des visions du monde qui composent un espace public libéré des entraves de la tradition<sup>3</sup>. C'est dire sans doute qu'au travers des infortunes de l'égalité s'énoncent des problèmes qui touchent à la vertu même de la démocratie : sa capacité à montrer que ce qui se pose pour vrai en théorie n'est jamais définitivement faux en pratique.

1. E. Kant, *Critique de la raison pure*, A. k. III, 132, in *Œuvres philosophiques*, éd. F. Alquié, t. 1, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1980, p. 881-882.

2. On aura reconnu la notion kantienne de « jugement réfléchissant » opposé au « jugement déterminant » et qui, pour être formulée en matière esthétique, devrait servir de fondement à toute théorie juridique du jugement. Cf. E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, A. k. V, 179-180, in *Œuvres philosophiques*, *op. cit.*, t. 2, p. 933-934.

3. J'emprunte la distinction entre trajets de la justification et de l'effectuation des théories de la justice à Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 307 et 306. L'ensemble de l'ouvrage, et plus précisément les chapitres centraux qui forment ce que l'auteur nomme, une « petite éthique », offrent d'ailleurs le cadre philosophiquement exact où se déploie la discussion ici esquissée. Puisqu'il y est question des antinomies propres à la raison politique et juridique ainsi que des réquisits de toute sagesse pratique.