

Anne-Marie Le Pourhiet

## Pour une analyse critique de la discrimination positive

L'analyse des discriminations dites « positives » par les juristes français pêche le plus souvent par excès de positivisme neutre et refus frileux de se livrer à une approche *in concreto* des justifications avancées. Dans sa grande majorité, la doctrine juridique se réfugie derrière les formules convenues et un peu confuses du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel selon lesquelles « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit », sans s'interroger sur la réalité du contrôle opéré par le juge qui révèle souvent un faux-semblant plutôt qu'une exigence concrète. En effet, contrairement à la Cour de justice des communautés européennes, le juge français n'effectue pas de contrôle de proportionnalité véritable sur les aménagements du principe d'égalité. Alors que, depuis 1971, par

exemple, il contrôle très concrètement l'utilité publique justifiant les expropriations, en vérifiant si les avantages du projet d'aménagement sont bien supérieurs à ses inconvénients (jurisprudence dite du « bilan »), on ne retrouve pas du tout la même rigueur sur les atteintes au principe d'égalité, bien que la Constitution exige aussi que les distinctions sociales soient fondées sur l'« utilité commune ». Le juge constitutionnel comme le juge administratif se fient à l'intention affichée par le législateur ou l'autorité administrative, sans regarder plus avant l'adéquation des mesures prises, tant à la situation de fait et à ses causes qu'à leur finalité, en oubliant volontiers que l'enfer est souvent pavé de bonnes intentions. Il est clair que la jurisprudence française sur le principe d'égalité manifeste une politique de *self restraint* transformant

Ce texte est issu d'une communication à la troisième conférence franco-britannique sur les politiques de transferts publics, Aix-en-Provence, 22 et 23 septembre 2000.

ainsi le politiquement correct en juridiquement correct<sup>1</sup>.

Sans doute aperçoit-on, depuis quelque temps, chez le juge constitutionnel, une tendance à froncer davantage le sourcil sur certains privilèges injustifiés, mais elle ne semble pas encore bien établie ni très cohérente. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il invalidé récemment la remise de dettes sociales accordée aux agriculteurs corses en observant qu'aucune situation particulière n'était démontrée et « que la seule circonstance que les retards observés dans le paiement des cotisations sociales agricoles sont plus importants qu'ailleurs ne saurait justifier la différence de traitement » entre les exploitants insulaires et les continentaux<sup>2</sup>. Il n'en demeure pas moins que, quinze jours auparavant, il n'avait nullement songé à censurer d'office une identique remise de dettes, non seulement sociales mais aussi fiscales, à toutes les entreprises des quatre départements d'outre-mer<sup>3</sup> alors que la vraie raison invoquée était l'impossibilité de recouvrer plus de 10 % des créances publiques outre-mer, et qu'il serait sans doute équitable de cesser d'accorder à tous les territoires insulaires une véritable prime à l'incivisme et à la maladministration<sup>4</sup>.

Mais je souhaiterais cependant laisser ici de côté l'approche purement juridique pour effectuer une analyse critique sous l'angle plus éclairant de la science politique, plus précisément de l'étude de la prise de décision publique, complétée par des observations philosophiques et psychosociologiques.

Que les promoteurs ou militants des discriminations « positives » utilisent, en effet, la morale ou la justice pour défendre leurs politiques préférentielles n'a rien d'étonnant ni de nouveau. On n'a jamais vu une catégorie socioprofessionnelle (agriculteurs ou fonctionnaires, par

exemple) réclamer des subventions, indemnités ou avantages divers sans se poser en victimes et invoquer la morale sociale à l'appui de leurs exigences. On n'a jamais vu non plus un lobby quelconque faire pression sur le décideur public en se bornant à mettre en avant de purs intérêts corporatistes ou financiers : la morale, la justice et même l'intérêt général seront toujours appelés à la rescousse de leurs prétentions.

Or, justement, il semble que beaucoup d'études menées sur la question qui nous occupe ont trop souvent tendance à prendre ces arguments moraux pour argent comptant, comme s'ils allaient de soi, ou, en tout cas, à ne pas oser les regarder en face et dans le détail. Deux phénomènes sont observables : soit ces études sont menées par des militants acquis à la cause et sont donc bardées de préjugés en sa faveur sur le modèle des *studies* américaines qui camouflent (si peu) la militance subjective derrière une prétendue science objective, soit quelques chercheurs *a priori* plus neutres acceptent de s'y aventurer, mais étant extérieurs à la catégorie en cause, ils ont déjà intériorisé une telle culpabilité qu'ils s'autocensurent en n'osant pas vraiment se livrer à une analyse critique ou en cantonnant leur propos à un haut degré de généralité leur évitant d'affronter concrètement chaque question.

Il y a, en effet, sur le sujet des discriminations, une forte base idéologique, cousine du marxisme, consistant à analyser systématique-

1. Voir notre article « Discriminations positives ou injustice ? », *Revue française de droit administratif*, 1998, n° 3, p. 519.

2. Ccel, Décision n° 2000-441 DC, 28 décembre 2000, Loi de finances rectificative pour 2000. Voir aussi : Conseil d'État, 20 décembre 2000, Cartel des syndicats Force ouvrière de la défense en région Corse, requête n° 218123.

3. Ccel, Décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer.

4. *Marianne*, 6 au 12 novembre 2000 et 27 novembre au 3 décembre.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

ment les rapports humains ou sociaux en dialectique dominants/dominés ou bourreaux/victimes, et qui tend à interdire au dominant d'intervenir dans les recherches que seuls les « martyrs » auraient vocation et compétence à mener.

Il me sera, par exemple, plus facile qu'à un homme ou à un Parisien de critiquer les arguments des féministes ou des celtistes parce que je suis une femme et d'origine bretonne, donc deux fois dominée... Encore que d'aucuns n'hésiteront pas à me rétorquer que ma démarche critique résulte de mon aliénation à la culture dominante du mâle hétérosexuel ou du colonisateur français. Ainsi n'est-il pas rare d'entendre les nationalistes antillais traiter le « natif » qui a l'impertinence de se trouver très à l'aise dans sa langue et son département français de « négropolitain », de « nèg-zagonal » ou de « suppôt du colonialisme »... Une mécanique totalitaire est ainsi en place tendant à qualifier de déviant ou d'aliéné le membre du groupe qui s'écarte de la « bien-pensance » imposée et refuse de suivre le troupeau<sup>5</sup>.

Dans un tel contexte intellectuel, il est pourtant indispensable d'évacuer les dogmes, les préjugés et les tabous, et de résister aux tentatives d'intimidation et de culpabilisation pour se livrer à une approche à la fois rationnelle et objective, conceptuelle et pragmatique, sous un angle pluridisciplinaire.

Les deux principales observations concernant le « discours » sur les discriminations « positives » tiennent d'abord à l'ambiguïté conceptuelle majeure qui domine la question, ensuite à la stratégie opportuniste à court terme qui l'anime.

---

### Une ambiguïté conceptuelle majeure

---

Les discriminations « positives » étant censées réparer les conséquences de discriminations tout court, c'est l'ensemble du discours sur les discriminations qu'il convient de passer au crible. On s'attachera essentiellement ici à la distinction différenciation/discrimination, aux méthodes de repérage des discriminations, à la pertinence de l'adjectif « positive » attaché au terme de discrimination et à la notion de « discriminations passées ».

#### *Différenciation ou discrimination : l'amalgame des minorités*

Il importe, tout d'abord, de ne pas céder à l'amalgame couramment pratiqué consistant à mettre sur le même plan la race, le sexe, les mœurs (ou orientation sexuelle, doit-on dire maintenant), la nationalité, l'état de santé, les coutumes, les religions ou territoires. Un constat valable dans un cas ne l'est pas forcément dans l'autre et il convient de faire preuve de discernement en évitant des associations abusives ou ridicules telles que, par exemple, « les femmes et les handicapés » ou « les Noirs et les homosexuels ».

Il y a, en premier lieu, une catégorisation à faire entre les différences non choisies, échappant à la libre détermination de chacun, et celles qui résultent de choix (ou de non-choix) sur lesquelles l'individu a un minimum de prise. La race et le sexe échappent indubitablement au choix du nouveau-né et sont inhérents à la nature. La religion, la coutume ou les mœurs ne sont en

5. Richard Bach, *Jonathan Livingston le Goéland*, Paris, Flammarion, 1973.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

revanche pas des données innées, mais acquises, sur lesquelles l'individu peut donc influer.

Une discrimination apparaîtra généralement d'autant plus injuste qu'elle porte sur une qualité qu'il n'a pas été loisible à l'individu de choisir ou maîtriser. Mais on ne peut non plus mettre sur le même pied deux différences naturelles comme le sexe et la race. On ne voit pas quelle différence de traitement pourrait justifier, à elle seule, la couleur de peau, indépendamment de tout critère culturel ou religieux. Cependant, on voit immédiatement l'incongruité qu'il y aurait pour des hommes, noirs ou blancs, à se plaindre de ne pas bénéficier de congés de maternité, de prime d'allaitement ou de détection gratuite du cancer du sein ou du col de l'utérus. Il s'agit ici de pure différenciation absolument dépourvue de caractère discriminatoire. Réserver des vestiaires ou des lavabos distincts pour les Noirs et les Blancs constituait, aux États-Unis, une ségrégation insupportable, mais la même distinction pour les hommes et les femmes ne choque évidemment personne.

On pourrait également relever l'aberration consistant, pour le lobby homosexuel, à se plaindre de discrimination dans l'accès à l'adoption et à la P.M.A. en invoquant les droits de l'homme. Si ces derniers sont issus de la doctrine jusnaturaliste posant que l'homme tient de la nature des droits antérieurs à la société et au droit positif, et qu'il peut donc leur opposer, le moins qu'on puisse dire est que le droit des homosexuels à procréer n'est pas un droit de l'homme, et que la réservation de l'adoption et des P.M.A. aux couples hétérosexuels repose plutôt sur une différenciation lucide et rationnelle que sur une discrimination arbitraire<sup>6</sup>. L'ouverture de l'adoption aux célibataires avait déjà été justifiée par une volonté d'égalité entre les femmes mariées et les femmes célibataires

dont on a quelque peine à établir la pertinence. Que des familles mono- ou homo-parentales existent, en fait, à la suite des accidents et aléas de l'existence est une chose, qu'on en fabrique de façon préméditée sur ordonnance médicale et judiciaire en est une autre que l'on peut légitimement contester.

La race et la nationalité ne sauraient non plus être confondues. Qualifier de discriminatoire, raciste ou xénophobe le fait de réserver, par exemple, les emplois publics ou le droit de vote aux nationaux d'un État est pour le moins abusif et de mauvaise foi<sup>7</sup>. La nationalité est fondamentalement et substantiellement différentielle, elle *est* une différenciation que l'on ne saurait qualifier de discrimination sans lui faire perdre sa raison d'être. C'est la raison pour laquelle un Martiniquais participe à l'élection du président de la République française, mais pas un Polonais non naturalisé. On voit mal ce qu'il y a de raciste ou de discriminatoire dans cet état du droit. Il est sans doute opportun de s'interroger sur les éventuels bienfaits civiques d'une ouverture du droit de vote aux immigrés, même si l'on peut constater que la naturalisation est le meilleur moyen d'y parvenir, mais on doit relever aussi l'étourdissant silence de ses partisans lors de la révision constitutionnelle consacrant le droit du sang pour les élections en Calédonie, établissant une ségrégation entre citoyens français sur le territoire de la République<sup>8</sup>. Les mili-

6. Bernard Beignier, « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Droit de la famille, Juris-classeur*, décembre 1999, n° 12 *ter*, p. 20.

7. Danièle Loschak, « Comment l'État pourrait-il bannir la discrimination dans le privé alors qu'il donne le mauvais exemple ? », *Le Monde*, 21 avril 1999. Alima Boumediène-Thiéry et Olivier Duhamel, « Le droit de vote des étrangers : une question européenne », *Le Monde*, 27 avril 2000.

8. Voir notre article « Nouvelle-Calédonie : la dernière mésaventure du positivisme », *Revue du droit public et de la science politique*, 1999, n° 4, p. 1005.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

tants de l'antidiscrimination ont l'indignation étrangement sélective.

La première analyse critique consiste donc à observer des stratégies de groupes consistant à traiter toute différenciation en discrimination. On peut toujours, bien entendu, discuter du bien-fondé de telle ou telle différenciation, mais la qualifier *a priori* de discrimination est l'expression d'un préjugé de la part de ceux qui prétendent justement combattre les préjugés. Nul ne songerait (encore) à faire descendre les enfants dans la rue pour protester contre la règle de la majorité à dix-huit ans qui les discriminerait dans leurs droits civils et politiques. L'égalité républicaine n'a jamais exigé de Marianne qu'elle se meuve avec un bandeau sur les yeux et une canne blanche à la main. Il lui appartient de déterminer avec discernement les différences qu'elle entend consacrer et celles qu'elle veut ignorer, dans l'intérêt supérieur de la société tout entière, présente et à venir.

On constate aussi une tendance lourde des militants à raccrocher les wagons de prétentions discutables et contestables à la locomotive des éléments indiscutés et incontestés. Les codes français sont ainsi le parfait exemple de l'amalgame et de l'effet « aspirateur » de la condamnation du racisme. On a commencé par y réprimer les discriminations à raison de la race, en application de la convention de l'Onu, et on a fini par y trouver le sexe, la religion, l'origine nationale, les mœurs, le handicap, l'état de santé ou autres éléments n'ayant rien à voir les uns avec les autres. Le discours militant manifeste ainsi une propension certaine à utiliser le mot « racisme » à tort et à travers en raison de sa force dissuasive, et l'on entendra ainsi proférer des absurdités insensées telles que racisme anti-corse ou racisme anti-homo, etc.

### *La méthode de repérage des discriminations*

La méthode de repérage habituellement utilisée consiste en une approche purement quantitative et arithmétique assez primaire : s'il n'y a « que » 11 % de femmes députés à l'Assemblée nationale, par exemple, cela suffit à conclure à une pratique partisane sexiste et donc discriminatoire. De même s'il n'y a « que » trois ou quatre femmes préfets ou recteurs, c'est forcément à cause de tendances « androcentristes », conscientes ou inconscientes, dans la haute fonction publique française. On se bornera également à constater qu'il y a peu d'acteurs ou de figurants noirs au cinéma, à la télévision ou dans la publicité pour en déduire, sans plus d'approfondissement, l'existence de discriminations volontaires ou « indirectes » dans les médias.

Or l'existence d'une intention discriminante sera bien souvent effectivement impossible à démontrer, tout simplement parce qu'elle n'existe pas, mais on taira les raisons qualitatives et objectives de cette situation quantitative, aussi simples et évidentes soient-elles, en allant jusqu'à instaurer des présomptions de discrimination sur le seul fondement de la statistique. Partant du fait que l'intention discriminante est difficile à prouver pour les « victimes », les militants ont obtenu du législateur qu'il inverse la charge de la preuve, en obligeant le présumé coupable à démontrer qu'il n'a pas commis de discrimination. Mais comme il lui sera tout aussi difficile de prouver sa « non-intention » discriminante, on aboutit à un régime juridique arbitraire dont sont évacués tous les grands principes libéraux de droit répressif, à savoir l'interprétation stricte de la loi répressive, la présomption d'innocence et la règle selon laquelle le doute bénéficie à l'accusé. Là encore, les idéo-

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

logues anti-répression adeptes du « vivre sans contraintes et jouir sans entraves » se révèlent de redoutables maccarthystes quand il s'agit de défendre « leur » cause.

Voici quelques mois, un sondage indiquait que 14 % des femmes françaises se disaient « peut-être » intéressées par une carrière politique. Si l'on enlève les 3 % qui ne le seraient finalement pas, on tombe à 11 %, c'est-à-dire exactement au nombre de femmes députés à l'Assemblée nationale. Le pourcentage actuel pourrait donc bien refléter tout simplement les souhaits et les goûts des Françaises. Peut-on, dans ces conditions, continuer à parler de pratiques sexistes dont les femmes seraient « victimes » ? Inversement, la généralisation des femmes dans la magistrature conduit aujourd'hui certains à envisager des quotas masculins dans l'accès à l'École nationale de la magistrature, sans que nul ne songe cependant ici à invoquer des discriminations « indirectes » qui auraient éloigné les hommes de la profession.

Le rapport de Mme Colmou sur la haute fonction publique française laisse également songeur. On y lit que les horaires de travail tardif des directions centrales des ministères sont dissuasifs pour les femmes. On suggère donc de modifier les habitudes de travail desdits services pour qu'ils s'arrêtent plus tôt dans la soirée. On a ainsi parfois le sentiment qu'une recherche purement dogmatique et sectaire de l'égalité au forceps devrait conduire soit à la stérilisation des femmes, soit à la dégradation du service public. Admettons que c'est de la quadrature du cercle qu'il s'agit plutôt que de discrimination.

Deux « études » récentes sur les femmes et les quotidiens de presse illustrent encore les incohérences du discours sur les discriminations<sup>9</sup>. S'agissant des femmes journalistes, on indique d'abord qu'elles « restent le plus souvent canton-

nées » (mode passif supposant qu'un élément extérieur les y contraint) aux sujets familiaux et ménagers. On en conclut donc l'existence d'affectations sexistes dans les rédactions de journaux, écartant les femmes des sujets « nobles ». Mais quand les « chercheuses » examinent le cas des lectrices, elles repèrent que les femmes lisent beaucoup moins les quotidiens que les hommes au motif qu'ils ne développent pas assez les sujets qui les préoccupent, c'est-à-dire... la santé, l'éducation, la culture et le temps libre. On y apprend aussi que les journaux ont tendance à privilégier le discours d'expertise, du pouvoir et du savoir, au détriment de « l'expérience de proximité et du témoignage » à laquelle les femmes sont plus réceptives, et que celles-ci attendent surtout de la presse qu'elle « parle d'elles » et qu'elle « les touche par de l'affectif et de l'émotion ». Et les « chercheuses » de conclure, là encore, au sexisme des quotidiens. Les deux constats se télescopent pour aboutir à un propos incohérent, mais l'essentiel, pour ce type d'études, est toujours de mettre les femmes en posture de victimes, qu'elles soient ici lectrices ou journalistes. Quel que soit le crédit à apporter à ces thèses, on pourra, en tout cas, y trouver une possible explication de l'explosion du narcissisme et de la « cuculture<sup>10</sup> » dans la pensée post-moderne, rejoignant les analyses de François Furet sur les causes du rôle grandissant de la compassion sur la scène publique<sup>11</sup>.

Sur la question des promotions et des

9. Virginie Barré, Sylvie Debras, Natacha Henry et Monique Trancart, « Dites-le avec des femmes : le sexisme ordinaire dans les médias », Éditions CFD-AFJ, 1999; Sylvie Debras, « Lectrices au quotidien » (thèse), Paris II-Panthéon-Assas, 2000.

10. Alain Finkielkraut, « La révolution cuculturelle à l'école », *Le Monde*, 19 mai 2000.

11. François Furet, « L'Amérique de Clinton II », *Le Débat*, n° 94, mars-avril 1997, p. 3.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

salaires, jamais les choix personnels, l'absentéisme et les congés divers ne sont mentionnés parmi les paramètres d'évaluation, là encore on se borne à des constats purement quantitatifs.

Mais, surtout, on ne songe jamais à remettre en cause les présupposés initiaux. Dire qu'il y a « peu » ou « pas assez de » suppose d'avoir déjà intériorisé un standard numérique idéal, mais quel est-il et sur quoi se fonde-t-il ? La parité absolue et l'égalité professionnelle stricte sont-elles vraiment indispensables ? Qui a décrété qu'elles s'imposaient et constituaient le but à atteindre ? A-t-on bien mesuré les effets de l'absence ou de l'indisponibilité des deux parents sur l'éducation et la psychologie des enfants, et donc sur la société à venir ? L'égalité des sexes doit-elle être conçue comme une égalité rivale ou comme une égalité complémentaire ? Ne remplace-t-on pas, là encore, un préjugé par un autre ?

De la même façon, la question des discriminations des immigrés à l'embauche ou dans les lieux publics est souvent décrite de façon délibérément superficielle et partielle. On omet, notamment, de mesurer les effets pervers des doctrines multiculturalistes qui, à force de discréditer l'assimilation, d'inciter à cultiver la différence et à refuser les codes dominants, quand ce n'est pas de légitimer ouvertement la violence et la délinquance, finissent par créer une méfiance diffuse que l'on qualifie à tort de racisme puisque ce ne sont pas la race et l'origine qui sont en cause, mais les attitudes et les comportements.

Il convient donc de faire le plus objectivement et sérieusement possible la part entre ce qui relève de la discrimination sexiste ou raciste évidente et ce qui est imputable aux membres des groupes considérés eux-mêmes, et qui relève donc de leur responsabilité. Ce dernier terme est d'ailleurs assez tabou dans le post-modernisme, qui oublie souvent les principes de base du

droit civil selon lesquels la faute de la victime exonère partiellement ou totalement de la responsabilité, et *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« nul n'est fondé à se plaindre de sa propre turpitude »).

*Discrimination « positive »  
et « négative »*

Une fois distinguée la discrimination véritable de la différenciation légitime, il convient de s'interroger sur la pertinence de la notion même de discrimination « positive ». Dès lors, en effet, qu'est bien introduite une discrimination, elle sera toujours positive pour celui qui en bénéficie et négative pour celui qu'elle exclut. Si l'on réserve des quotas d'emplois pour les femmes ou les Noirs, on élimine par là même des hommes, des Blancs ou des Asiatiques. Lorsque les lois américaines excluaient les Noirs du droit de vote, elles instaurent une discrimination « positive » en faveur des Blancs. La discrimination est donc toujours un concept double face, de telle sorte que parler de discrimination seulement positive est un faux conceptuel, une imposture intellectuelle tendant à masquer, à mettre un cache, sur la face négative que l'on veut occulter. Il s'agit, là encore, d'une stratégie de communication destinée à mettre le produit en valeur par une présentation en trompe l'œil.

*La notion  
de « discrimination passée »*

L'invocation de discriminations « négatives » passées pour justifier le bénéfice actuel (et éternel ?) de discriminations « positives » mérite également un examen approfondi.

Un individu contemporain donné n'a pu être victime de discrimination « passée » puisque ce

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

terme vise généralement des générations précédentes plus ou moins lointaines. Tout l'intérêt de l'appel au groupe et du recours à la catégorie est donc de permettre le rattachement de l'individu actuel à un être collectif, une sorte de personne morale ayant la propriété de traverser les âges.

Ainsi, par exemple, je n'ai personnellement jamais été victime d'une quelconque discrimination dans mes droits politiques et ne suis donc pas fondée, en tant que telle, à me plaindre et à exiger une quelconque compensation. En revanche, si, au lieu de me présenter en individu Madame X, je me présente en tant que membre du groupe «les femmes», je vais pouvoir arguer du fait que «les femmes» ayant été privées du droit de vote par le passé, mon appartenance à ce groupe me permet d'exiger des privilèges politiques.

Le subterfuge est astucieux. En supposant une sorte de reproduction par clonage des groupes à travers le temps, il permet la constitution de catégories entières d'ayants droit. Ma grand-mère n'ayant obtenu le droit de vote qu'à quarante-cinq ans va, en quelque sorte, me transmettre un «droit au quota» alors que pourtant j'ai pu voter moi-même à dix-huit ans comme les garçons de mon âge, tandis que mon grand-père semble éliminé de mon ascendance.

Cette stratégie se retrouve également dans le cas des «spécificités» juridiques ultra-marines. L'esclavage est toujours brandi par les élites «domiennes» pour conserver ou obtenir des privilèges fiscaux, salariaux, sociaux ou des trombes de subventions, alors même que pas un seul intéressé contemporain n'a connu l'esclavage, et quand bien même son métissage indique qu'une moitié de ses ancêtres ne l'a pas connu du tout ou était même propriétaire d'esclaves. Là aussi, on occulte la partie «dominante» de l'ascendance pour ne retenir que la partie «dominée», plus

payante dans l'optique du droit à réparation. En Corse ou en Bretagne, à défaut d'esclavage, on ira rechercher au grenier de l'histoire les différentes humiliations subies par les ancêtres dont on serait censé descendre par lignée «ethniquement pure». On ne manquera pas une occasion, par exemple, de rappeler le fameux «Défense de cracher par terre et de parler breton» pour transformer les «hussards noirs» de la III<sup>e</sup> République en tortionnaires, mais on oubliera soigneusement d'autres épisodes ou formules telles que «tant qu'il restera un francisant dans notre pays, ce sera un francisant de trop<sup>12</sup>», ou «jusqu'au temps ou feu Marianne livrait notre pays à ses juifs<sup>13</sup>».

La victimisation et l'infantilisme si bien analysés par Pascal Bruckner dans *La Tentation de l'innocence*<sup>14</sup> jouent ainsi à des fins purement stratégiques d'obtention de passe-droits ou de privilèges, quand ce n'est pas pour justifier les pires sectarismes et le national-crétinisme.

---

#### Stratégie opportuniste à court terme et effets pervers

---

Ces stratégies qu'on vient de décrire ont, en outre, l'inconvénient de n'envisager la satisfaction d'intérêts catégoriels qu'à court terme, en ignorant les effets pervers à long et moyen termes tant pour l'intérêt général que pour les membres des catégories bénéficiaires eux-mêmes. On se bornera ici à en analyser les plus significatifs.

12. Roparz Hemon, *Arvor*, n° 74, 7 juin 1942.

13. *Arvor*, n° 81, 26 juillet 1942; «Des écrivains dénoncent le silence sur les pages noires du nationalisme breton», *Le Monde*, 23 mars 2000; Henri Fréville, *Archives secrètes de Bretagne, 1940-1944*, Éd. Ouest-France, 1985. Voir aussi Michel Giraud, «Crispation identitaire et antisémitisme en Martinique: le cas d'«Antilla»», *Traces*, 1985, p. 129.

14. Grasset, 1995.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

### *L'effet boomerang*

La victimisation comme mode de légitimation des revendications, accompagnée d'une exagération et d'une déformation des causalités, ainsi que d'une culpabilisation corollaire des « dominants » finit inmanquablement par induire chez ceux-ci une exaspération plus ou moins exprimée. Les spécialistes de la société indienne s'accordent à penser que le nationalisme religieux fondé sur le slogan « L'Inde aux hindous » a été provoqué par un paradoxal « complexe d'infériorité majoritaire » fondé sur le sentiment, objectif ou subjectif, que les gouvernements successifs auraient accordé trop de privilèges aux minorités religieuses. L'un des détonateurs de cette exaspération aurait été le vote d'une loi, très électoraliste, destinée à contourner un arrêt de la Cour suprême indienne reconnaissant le droit de divorcer à une femme musulmane.

Il y a donc à prendre en compte un risque de seuil psychologique au-delà duquel la « tyrannie des minorités<sup>15</sup> » peut produire un effet boomerang. Cet effet s'observe en France à l'égard de la Corse, mais on y voit aussi apparaître des exaspérations misogynes et les symptômes du fameux « sanglot de l'homme blanc<sup>16</sup> ».

### *Le renforcement des stéréotypes et des préjugés*

Le second effet pervers des politiques de discriminations « positives » est aussi de prendre le risque de renforcer les stéréotypes et les préjugés qu'elles prétendent combattre. En évacuant ou en minimisant la prise en compte « des vertus et des talents » au profit d'autres critères, elles conduisent toujours, quelles que soient les intentions affichées, à recruter ou promouvoir des individus moins compétents ou méritants,

de telle sorte que du « *il est moins compétent parce qu'il n'a pas été recruté au mérite* », on passera vite au raccourci « *il n'est pas compétent parce qu'il est noir ou autre* ». En tout état de cause, le caractère officiel et public des politiques préférentielles conduit à inscrire un « D.P. » (discrimination positive) indélébile sur le front des intéressés, qu'ils auront ensuite le plus grand mal à faire oublier.

Il ne suffit pas d'affirmer que « les Réunionnais acceptent mal le regard stigmatisant des métropolitains qui voient la Réunion comme une société assistée ou, pire, une société d'assistés<sup>17</sup> », il faut encore faire en sorte de changer la réalité et les chiffres offerts au regard, au lieu de les aggraver sans cesse.

Quant à certains discours féministes présentant les femmes comme des aliénées de la domination masculine, quasiment dépourvues de libre arbitre et d'autonomie de comportement, « contraintes à l'hétérosexualité par la publicité » (*sic*) et auxquelles « les sexologues des années 1920 ont réussi à imposer non seulement le devoir conjugal mais l'obligation d'aimer ça » (*re-sic*)<sup>18</sup>, on finit par se demander s'ils n'ont pas pour finalité exclusive de ridiculiser les femmes en les décrivant comme des écervelées.

15. José Woerhling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de Mac Gill*, n° 43, 1998, p. 325 ; Ferdinand Mélin-Soucramanien, « La République contre Babel. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999 sur la charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *Revue du droit public et de la science politique*, 1999, n° 4, p. 1000.

16. Pascal Bruckner, *Le Sanglot de l'homme blanc*, Paris, Éd. du Seuil, 1983 ; « États-Unis : le malaise de l'homme blanc », *Le Monde*, 18 février 1995.

17. Rapport sur le projet de loi d'orientation de l'outre-mer, Assemblée nationale, 9 mai 2000, n° 2359, p. 33.

18. Christine Delphy, « Comment nous en venons à avorter (nos vies sexuelles) », *Le Monde*, 22-23 octobre 2000.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

*Le sacrifice des générations futures  
à l'impatience de générations présentes*

La relativisation de la méritocratie a également des effets immédiats sur la satisfaction des usagers ou des clients du service public ou de l'entreprise. C'est particulièrement évident dans l'enseignement où le localisme (qui se confond, dans les Dom-Tom, avec l'ethnocentrisme) dans les recrutements des professeurs finit par nuire à l'image et à la réputation des établissements qui le pratiquent<sup>19</sup>. Le résultat peut se révéler catastrophique pour les élèves et les étudiants dont la formation et les diplômes se trouvent ainsi dépréciés ou méprisés et qui perdent donc, en réalité, l'égalité des chances que l'on a voulu hâter artificiellement pour leurs aînés. L'absence totale de réflexion prospective à long terme des politiques de recrutement préférentielles est particulièrement stupéfiante. Tout se passe comme si l'on organisait délibérément le sacrifice des générations futures à l'impatience des générations présentes.

*La banalisation du comptage  
et la régression féodale*

L'autre risque des politiques quantitatives à prétention «représentative» fondées sur des pourcentages est aussi que, en légitimant au présent le «il n'y a pas assez de», elles balisent le terrain pour un futur (ou concomitant) «il y a trop de». La banalisation du comptage catégoriel peut ainsi se révéler redoutable. L'affaire Renaud Camus fut ainsi particulièrement révélatrice, non seulement de la publicité inespérée faite par la «bien-pensance» indignée à des propos antisémites dont elle a démultiplié les lecteurs, mais aussi de l'embarras dans lequel se sont trouvés les militants des politiques

de quotas devant la réponse du berger à la bergère.

Mais, surtout, il reste à mener une réflexion théorique sur la notion même de «représentation» telle qu'elle est aujourd'hui utilisée. Que signifient exactement des affirmations péremptives telles que : «les femmes sont sous-représentées dans les lieux de décision», «il s'agit de rendre l'entreprise, à tous ses niveaux hiérarchiques, aussi diverse que la société, que les clients de l'entreprise<sup>20</sup>», ou «les minorités *visibles* sont sous-représentées dans les médias<sup>21</sup>», ou encore «une armée qui soit en osmose avec la nation<sup>22</sup>»? Depuis quand l'entreprise, les médias, l'armée ou l'administration ont-ils vocation à représenter le sexe, la couleur de peau ou les mœurs de leurs clients ou usagers? Il semble que l'entreprise ait pour vocation de réaliser son objet social, une administration de servir le public, une armée de défendre la nation et un média d'informer, de cultiver et de distraire le public, ils n'ont aucunement pour mission de «représenter» qui que ce soit ni quoi que ce soit. Vais-je devoir boudier un journal télévisé au motif que son présentateur masculin ne me «représente» pas ou douter de la capacité de notre armée au motif qu'elle n'est pas assez féminisée? Quant aux assemblées politiques, elles ont, en principe, à représenter les différents courants d'opinion, les programmes politiques et les conceptions distinctes du bien commun, non pas des testicules, des ovaires ou des pigmentations de peau. Et même pour ce qui est des partis politiques, il semble avoir été démontré par l'expérience que le scrutin majoritaire est

19. Olivier Beaud, «Pour une défense républicaine de l'Université», *Le Monde*, 11 décembre 1997.

20. *Le Monde*, 19 décembre 2000.

21. *Le Monde*, 23 mai 2000.

22. *Le Monde*, 4 mai 2000.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

finaleme nt préférable à la proportionnelle, en raison des effets pervers de l'émiettement partisan et de la partitocratie qu'elle engendre. Les minorités que la démocratie libérale veut laisser s'exprimer dans les assemblées politiques sont des minorités d'idées sur la meilleure façon de gérer la chose publique, et non des caractères d'ordre privé dont la représentation ne signifie rien d'autre que la privatisation de la *res publica* et donc le retour à la féodalité, fût-elle déguisée en « modernité ». Cette déformation de la notion de représentation traduit, en réalité, une conception du pouvoir selon laquelle celui-ci ne serait plus destiné à « servir » mais à « se servir », ce qui ne peut que favoriser la corruption, le népotisme et le clientélisme.

*Irresponsabilité  
et « incivilité »*

Les discriminations positives, dont les théoriciens affirment qu'elles ne sauraient être que provisoires et devraient disparaître une fois l'égalité réelle obtenue, n'ont en réalité aucune chance de s'interrompre en raison de l'accoutumance au passe-droit et à l'irresponsabilité qu'elles produisent. Dans un permanent climat de victimisation et de dérogation à la règle commune, la tentation de l'innocence est une incitation directe à l'incivilité et à la surenchère, pour ne pas dire à la violence ou à la délinquance. Imagine-t-on les représentants de la Corse ou des Dom-Tom décréter soudain avec un sourire satisfait qu'ils sont parvenus à l'égalité économique et sociale et qu'ils peuvent donc désormais se passer de subventions et d'exonérations fiscales ou sociales? Quelle fut la réaction des maires de zones franches devant les rapports de l'Igas et de l'I.G.F. démontrant la totale inefficacité du dispositif, son coût prohibitif et le

caractère plus électoral que social du découpage effectué, tous éléments qui auraient dû conduire à leur immédiate suppression? Ils ont évidemment prétendu que tout cela était faux et obtenu le maintien de leur aubaine.

La déficience citoyenne découle logiquement de l'apologie des droits au détriment des devoirs, mais il est frappant de voir comment les politiques répondent aux crises qui s'ensuivent par des chartes des droits de l'élève, de l'étudiant, des enfants, etc., ou des statuts territoriaux accordant toujours plus de droits et toujours moins d'obligations, c'est-à-dire qu'on répond inlassablement à la cause du mal par son accentuation. De l'hypertrophie des droits et de l'ego narcissique on passe ainsi, par glissements successifs, à la création de zones de non-droit ingouvernables et ingouvernées. Il est tout à fait curieux que les pouvoirs publics français n'aient pas songé, pour le traitement des « quartiers difficiles », à tirer les conséquences des politiques calamiteuses menées en Corse et outre-mer. Les mêmes causes engendrant les mêmes effets, on y voit se développer aussi la gabegie et le détournement de l'argent public, le clientélisme et le népotisme organisés, le chantage à la violence, la surenchère systématique, l'engraissement des caïds et des profiteurs de toutes sortes<sup>23</sup>.

*L'insatisfaction  
et la frustration générales*

Le « suivisme » politique et la traduction systématique du fait et des mœurs en droits aboutissent à l'apparition d'un État dont la seule fonction semble être celle d'un « self-service nor-

23. « Les profiteurs de banlieue », *Le Point*, juin 1999; voir aussi Jacky Dahomay, « Identité culturelle et identité politique : le cas antillais », *Comprendre*, n° 1, 2000, pp. 116 et s.

Anne-Marie Le Pourhiet  
De la discrimination  
positive

matif<sup>24</sup>» ou d'un «*lex-shop*<sup>25</sup>» à la disposition de tous les intérêts catégoriels.

On a tendance à oublier que l'intérêt général n'est pas la simple somme d'intérêts catégoriels ou personnels, mais les transcende au point de devoir les contrarier d'autorité. Un pouvoir qui dit oui à chacun est assuré de déplaire à tous et de susciter une insatisfaction générale<sup>26</sup>. On ne compte plus aujourd'hui les parlementaires que l'on pourrait surnommer les «contre-pour» puisqu'ils sont, en privé, archi-contre un texte qu'ils s'empressent cependant de voter publiquement. La corruption financière n'est que la partie immergée d'une vénalité bien plus profonde et généralisée qui conduit à préférer perdre son âme que son siège. Les politiques imaginent ainsi coller à l'«opinion» exprimée dans les sondages et s'assurer de sa bienveillance lors des futures élections, tandis que les mêmes sondages ne cessent pourtant de les accuser de mensonges et de leur témoigner un profond discrédit. Le référendum sur le quinquennat, en France, fut particulièrement symptomatique du mépris que finit par nourrir le peuple (qu'il ne faut surtout pas confondre avec l'«opinion») à l'égard d'une classe politique trop complaisante gouvernant les yeux rivés sur les sondages et à coup d'oukases médiatiques. Quelle est donc cette étrange «démocratie d'opinion» que les électeurs eux-mêmes sanctionnent si sévèrement ?

Les effets sur le droit sont également ravageurs : constitution incohérente ne ressemblant plus à rien et posant dans plusieurs articles des règles radicalement contraires à la philosophie politique du préambule ; droit pénal désobéissant

à tous les principes d'un gouvernement libéral et atteint de profonds strabismes divergents, proclamant la présomption d'innocence dans un article et la bafouant dans un autre, et multipliant les cas de censure à la façon d'un droit totalitaire ; droit civil consacrant l'infantilisme et l'irresponsabilité qu'il a pour rôle de sanctionner ; droit du travail devenant promotion du non-travail ; droit administratif perdant progressivement sa raison d'être, c'est-à-dire l'intérêt général. Le droit objectif pulvérisé en droits subjectifs<sup>27</sup> meurt d'incohérence et de contradictions, sanctionnant les discriminations d'une main et discriminant à tout va de l'autre. Les juges improvisent dans la jungle, tantôt célèbrant la dignité humaine sur requête d'un lobby, tantôt la niant effrontément sur requête d'un autre lobby. Le relativisme moral<sup>28</sup> et philosophique entraînant le relativisme juridique nous mène droit au nihilisme<sup>29</sup>, trop de droits tuent le droit, et le droit-de-l'homme finira par avoir raison de l'humanisme.

*Anne-Marie Le Pourhiet.*

24. *Droit constitutionnel local* (sous la dir. d'A.-M. Le Pourhiet), Paris, Economica, 1998, p. 18.

25. Philippe Muray, *Désaccord parfait*, Paris, Gallimard, 2000, p. 185.

26. Marcel Gauchet, *La Religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 111 et s.

27. Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1999.

28. Chantal Delsol, «Du relativisme moral», *Le Monde*, 16 février 1999.

29. A.-M. Le Pourhiet, «À propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate», *Revue Pouvoirs*, n° 59, p. 159, et «Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale», *Mélanges en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 213.