

La Cour suprême des États-Unis et le démantèlement de l'affirmative action

Écrit par

Gwénaële CALVÈS



Professeur de droit public, Université de Cergy-Pontoise

RÉSUMÉ

Depuis la fin des années 1990, la discrimination positive (*affirmative action*) fait, aux États-Unis, l'objet d'offensives qui visent à son démantèlement. Dans différents États, les opposants à l'*affirmative action* ont obtenu d'importantes victoires, devant les tribunaux comme dans les urnes. La Cour suprême fédérale a accepté d'intervenir, à partir de 2003, pour encadrer et accompagner ce processus de mise en extinction.

Par définition, les mesures de discrimination positive sont temporaires. Ces mesures consistent à accorder diverses formes de traitement préférentiel, ou à tout le moins spécifique, aux membres de groupes jadis tenus en lisière de la société, dans le but de résorber les inégalités de situation qui résultent d'un long passé de discriminations massives et institutionnalisées⁽¹⁾. Il est donc presque superflu de préciser qu'elles ne doivent pas aboutir « au maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents » (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale), ou de souligner qu'elles « doivent être abrogées dès que les objectifs d'égalité des chances et de traitement ont été atteints » (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes).

Aux États-Unis, les politiques d'*affirmative action* ont été instituées - sans réel plan d'ensemble - à partir de la seconde partie des années 1960. Elles ont pour bénéficiaires, dans le domaine de l'emploi, de l'attribution des marchés publics et de l'accès à l'enseignement supérieur, des groupes définis, historiquement et juridiquement, comme des groupes « raciaux » (les Noirs, et les Asiatiques jusqu'aux années 1980) ou « ethniques » (les Hispaniques), auxquels s'ajoutent les Amérindiens et, dans une moindre mesure, les femmes. Elles peuvent être instaurées par voie judiciaire, réglementaire ou législative, au niveau fédéral comme à celui des différents États.

Il est bien sûr exclu de proposer, en quelques lignes, une vue d'ensemble des dilemmes juridiques inhérents à l'*affirmative action*. On s'en tiendra au défi le plus aigu qu'elle pose, depuis son émergence, au droit constitutionnel états-unien : celui de savoir s'il existe une pierre de touche qui permette au juge de distinguer, autrement qu'au cas par cas, entre les préférences « raciales » bienveillantes (*benign*) et celles qui sont illégitimes, odieuses ou injustes (*invidious*)⁽²⁾. La question a suscité, au sein de la Cour suprême des États-Unis, une entreprise - hautement tourmentée - de réexamen de la clause d'égalité protection des lois, insérée en 1868 dans la Constitution fédérale par le XIV^e Amendement.

Jusqu'à l'irruption du problème de l'*affirmative action*, il était en effet acquis que la clause d'égalité protection des lois, dans l'interprétation progressivement imposée par la Cour à partir du milieu des années 1940, frappait d'une présomption d'inconstitutionnalité quasi-irréfragable toute

décision des pouvoirs publics explicitement fondée sur un critère « racial ». Or c'est le cas, à l'évidence, de n'importe quelle mesure d'*affirmative action*. La Cour a donc dû bricoler, au fil d'arrêts qui n'ont jamais cessé d'être âprement critiqués, des solutions qui, sans condamner le principe des préférences raciales « bienveillantes », encadraient leur mise en œuvre et limitaient leurs conséquences les plus choquantes aux plans moral, politique et constitutionnel.

Depuis 1995, la Cour n'avait accepté aucun pourvoi qui l'aurait amenée à ré-ouvrir le dossier (bien ou mal ficelé) de la conformité à la Constitution fédérale des politiques d'*affirmative action*.

Elle s'y est pourtant résolue en 2003, dans un contexte où plusieurs États avaient décidé de démanteler leurs dispositifs de discrimination positive. Par quatre arrêts rendus entre 2003 et 2016, elle a entrepris de durcir le contrôle juridictionnel applicable aux mesures d'*affirmative action* (I). Elle a outre décidé, en 2014, que les décisions de bannissement de l'*affirmative action* seraient justiciables d'un contrôle restreint (II).

I. Le durcissement du contrôle juridictionnel des mesures d'affirmative action

Les programmes de discrimination positive qui ont fait l'objet d'un examen sur le fond organisaient l'accès préférentiel des membres de « minorités raciales ou ethniques sous-représentées » dans des établissements d'enseignement supérieur : l'Université du Michigan, d'une part (*Gratz v. Bollinger* et *Grutter v. Bollinger*, 2003), l'Université du Texas, d'autre part (*Fisher I* en 2013, *Fisher II* en 2016).

Un rappel : les quotas raciaux sont interdits

La question de l'intégration volontariste des membres de certains groupes ethno-raciaux dans les universités publiques avait déjà été abordée par la Cour suprême, dans l'affaire *Bakke* examinée en 1978, qui avait inauguré sa jurisprudence relative à l'*affirmative action*. La Cour s'était scindée en deux blocs aux positions irréconciliables, et il revint au juge Powell de rédiger une Opinion de la Cour qui recueillit, pour partie, le soutien du bloc favorable à l'*affirmative action* et, pour une autre partie, l'adhésion du bloc hostile à l'*affirmative action*.

Les deux points centraux de l'Opinion sont confirmés, vingt-cinq ans plus tard, par les arrêts *Gratz* et *Grutter*.

Le premier point concerne l'objectif même des politiques d'*affirmative action* mises en œuvre par les Universités. Le juge Powell, rejoint par l'aile progressiste de la Cour, avait annulé l'interdiction formulée par les juridictions inférieures de toute prise en compte de la « race » des candidats par l'institution universitaire, dans la mesure où celle-ci peut valablement se fixer pour but la diversification ethno-raciale de son public étudiant. La diversité ethno-raciale est en effet susceptible de favoriser le brassage culturel, l'échange de points de vue, et l'apprentissage du respect mutuel (la Cour n'évoque jamais l'objectif primordial, aux États-Unis comme partout dans le monde, des politiques de discrimination positive : faire émerger des élites issues des groupes dominés et marginalisés).

Les arrêts de 2003 consacrent expressément, à une franche majorité, cet objectif de diversité à l'Université (*educational diversity*). Ils soulignent toutefois que la diversité « raciale » ne renvoie à rien d'autre qu'à une diversité des profils et des parcours de vie, et qu'elle crée, sur les campus, une forme *parmi d'autres* de diversité éducative. La « diversification ethno-raciale », par ailleurs, forme un objectif inhérent aux missions spécifiques des établissements d'enseignement supérieur, dont la Cour n'a jamais admis qu'il soit invoqué dans d'autres cadres. Depuis la fin des années 1980, les employeurs et les acheteurs publics sont ainsi tenus, pour satisfaire aux exigences du contrôle juridictionnel, de montrer que leurs dispositifs préférentiels visent à réparer des discriminations *clairement identifiées* qui ont infecté, naguère, leurs *propres* procédures de recrutement, de gestion du personnel, ou de passation de marchés (la même solution s'applique au secteur privé, soumis au respect de lois anti-discriminatoires dont l'interprétation juridictionnelle, sur ce point, a été *grosso modo* alignée sur celle de la clause d'égalité protection des lois).

Le second aspect de l'opinion du juge Powell confirmé par les arrêts du XXI^e siècle est celui qui avait suscité, en 1978, le ralliement des quatre juges hostiles à l'*affirmative action*. Il réside dans l'interdiction de toute préférence absolue et inconditionnelle accordée à raison de la « race ». Dans l'affaire *Bakke*, 16 des 100 places ouvertes en première année de médecine étaient réservées aux postulants noirs, *chicanos*, asiatiques et amérindiens. Ce pur et simple quota avait été jugé inconstitutionnel, et le juge Powell avait érigé en contre-modèle le système alors en vigueur à Harvard, où la « race » des candidats était prise en compte au seul titre de bonus (« *plus factor* »).

Sur les modalités d'une telle prise en compte, les arrêts des années 2000 et 2010 apportent des précisions, dans un sens toujours plus restrictif.

Les deux décisions de 2003, rendues le même jour, invalident, pour l'une (*Gratz*), le dispositif d'accès à la faculté des lettres et sciences de l'Université du Michigan, et valident, pour l'autre (*Grutter*), la politique de sélection de la Faculté de droit de la même Université. Dans le premier cas, l'accès en première année était fonction du nombre de points attribués à divers éléments des dossiers de candidature (résultats scolaires, expériences

personnelles, lieu de résidence, etc). Tout candidat issu d'un « groupe racial ou ethnique sous-représenté » bénéficiait automatiquement de 20 points, soit un cinquième du total requis pour garantir l'admission. La Cour a décelé, dans ce dispositif excessivement généreux et, surtout, totalement mécanique, « l'équivalent fonctionnel d'un quota ». Par contraste, le dispositif d'accès à la Faculté de droit (arrêt *Grutter*) a été jugé conforme à la Constitution, parce qu'il reposait sur un examen « hautement individualisé et holistique de chaque candidature, analysant sérieusement les diverses manières par lesquelles le candidat est susceptible de contribuer à la création d'un environnement éducatif diversifié ». Le dispositif - faiblement - préférentiel admis par la Cour dans cet arrêt « appréhende la race comme un facteur parmi de nombreux autres, dans le cadre d'un effort pour constituer un corps étudiant diversifié en un sens bien plus large que celui d'une simple diversification raciale* ». Son caractère flexible et individualisé garanti par ailleurs que, contrairement à ce qui se produit lorsqu'un quota est appliqué, « aucun membre d'aucun autre groupe racial ne se trouvera indûment lésé ».

De la même manière, le dispositif d' *affirmative action* mis en place par l'Université du Texas a été jugée conforme aux exigences constitutionnelles (arrêt *Fisher II*). Il était composé d'un *Top Ten Percent Plan* qui garantissait aux meilleurs élèves de tous les lycées de l'État l'accès au premier cycle universitaire (ce qui assure un apport régulier en étudiants « minoritaires ») et d'un *Personal Achievement Index* qui, pour attribuer les places restantes (un quart du total), permettait une appréciation individualisée de chaque candidature, où la « race » pouvait constituer un bonus. La Cour a admis ce second dispositif (le premier n'était pas contesté par la requérante), car la « race » y apparaît comme « : un sous-facteur d'un sous-facteur d'un facteur, pris en compte dans le cadre d'un calcul holistique : ».

Un avertissement : l'affirmative action a vocation à disparaître

Les arrêts des années 2000 et 2010 ne se bornent toutefois pas à confirmer et préciser certains points de l'opinion du juge Powell. Ils franchissent deux nouvelles étapes.

Sur le choix d'un degré de contrôle, d'abord la Cour affirme nettement, dès 2003, que toutes les mesures d' *affirmative action* qui reposent sur une prise en compte explicite de la « race » doivent être soumises à un contrôle maximum (*strict scrutiny*). L'arrêt *Fisher I* est particulièrement clair à cet égard, puisqu'il casse la décision de la Cour d'appel fédérale pour le 5^e circuit, et lui renvoie l'affaire pour qu'elle la réexamine à l'aune du degré de contrôle maximum : « la Cour d'appel doit s'assurer que l'Université prouve de manière suffisante que sa politique d'admission est étroitement adaptée (*narrowly tailored*) à la recherche des bénéfices pédagogiques liés à la diversité ».

Ce degré de contrôle, il est vrai, était déjà de mise pour la grande majorité des mesures d' *affirmative action*, depuis les arrêts *City of Richmond v. Croson* (1989) et *Adarand Constructors* (1995). Il est désormais étendu à l'Université et, surtout, il se voit imprimer, entre l'arrêt *Grutter* et l'arrêt *Fisher II*, une inflexion notable.

Dans l'arrêt *Grutter*, la juge O'Connor, rédactrice de l'opinion majoritaire, avait rappelé que l'auteur d'une mesure d' *affirmative action* doit, dans le cadre d'un contrôle maximum, convaincre le juge qu'il « a recherché, sérieusement et honnêtement, s'il pouvait atteindre l'objectif de diversité par des moyens racialement neutres (*race-neutral*) ». Il n'est toutefois pas nécessaire, avait-elle ajouté, que toutes les options alternatives soient envisagées. Or le ton change en 2016, avec l'arrêt *Fisher II*. Est désormais exigée la preuve, non pas que des options alternatives ont été étudiées, mais qu'elles l'ont *toutes* été, et qu'on peut démontrer qu'elles sont toutes vouées à l'échec (i.e. qu'elles conduiraient à un effondrement du taux d'acceptation des candidats noirs ou hispaniques).

Autant dire que le coût du contentieux de l' *affirmative action*, pour les Universités, devient astronomique. Dans le cas de l'Université du Texas, les autorités universitaires disposaient de toute une batterie d'études empiriques, puisqu'un arrêt de 1996, que la Cour suprême avait refusé de contrôler, les avaient contraintes à tester divers substituts à la prise en compte de la race, notamment le *Top Ten Percent Plan* évoqué plus haut (elles avaient ensuite réintroduit une dose de préférences ouvertement « raciales », en se fondant sur l'arrêt *Grutter*). Mais pour les établissements qui n'ont pas été confrontés à une telle situation, les études d'impact à produire en cas de contentieux ne peuvent qu'entraîner des frais extrêmement élevés. D'autant plus que ces études doivent être réalisées *en continu*.

En effet - c'est la seconde étape franchie par la jurisprudence récente de la Cour suprême - il est désormais entendu que l'ère de la discrimination positive dans l'enseignement supérieur touche à sa fin.

La Cour a d'abord fixé une date butoir : 2028. L'arrêt *Grutter* se conclut de la façon suivante : « vingt-cinq ans se sont écoulés depuis que le juge Powell a approuvé, pour la première fois, la prise en compte de la race pour promouvoir la diversité des étudiants à l'Université. Depuis lors, le nombre des candidats minoritaires dotés de très bons dossiers scolaires n'a fait que croître. Nous tablons sur le fait (*we expect*) que, dans vingt-cinq ans, le recours aux préférences raciales ne sera plus nécessaire pour atteindre l'objectif que nous approuvons aujourd'hui ». Cette « *sunset clause* » a suscité -- et suscite toujours -- une certaine perplexité. Faut-il comprendre qu'on doit *espérer* qu'en 2028 l' *affirmative action* ne sera plus nécessaire (interprétation des juges Ginsburg et Breyer) ? Ou la Cour a-t-elle *décidé* d'accorder quelques années de sursis à l' *affirmative action* (position des juges Thomas et

L'idée de date butoir semble avoir été abandonnée dans l'arrêt *Fisher II*, où la Cour - composée de sept juges seulement en raison du départ d'Elena Kagan et de la mort d'Antonin Scalia - a préféré imposer à l'Université du Texas l'obligation « de réexaminer à intervalles réguliers la constitutionnalité et l'efficacité de son système d'admission » : « lors de l'analyse des données statistiques dont elle dispose, elle doit garder à l'esprit que la diversité peut revêtir de nombreuses formes. Les classifications purement raciales peuvent parfois échouer à appréhender la diversité dans toutes ses dimensions [...]. L'appréciation régulière des données quantitatives et de l'expérience vécue par les étudiants doit conduire l'établissement à adapter son approche, à la lumière de l'évolution de la situation, pour s'assurer que la race ne joue pas un rôle excessif au regard des objectifs qu'il poursuit ». Une épée de Damoclès pèse ainsi sur les programmes dont la nécessité, à chaque rentrée universitaire, ne pourrait pas être démontrée.

C'est ce qui a encouragé l'équipe de militants qui avait piloté le contentieux *Fisher* à engager d'autres actions en justice. Une seule, à ce jour, a donné lieu à un jugement, rendu le 30 septembre 2019 par une juridiction fédérale de première instance. Il concerne l'Université d'Harvard, dont le dispositif d'admission *race-conscious* a victorieusement franchi l'épreuve du contrôle maximum. Au terme d'une bataille d'experts longuement analysée par le juge, la preuve a été rapportée qu'aucune des procédures alternatives (quotas géographiques, aides financières, refonte des tests d'entrée, partenariats ciblés, etc) « ne permettrait d'atteindre le niveau de diversité raciale qu'[Harvard] juge nécessaire à la réussite de sa mission éducative ».

Ce n'est sans doute pas en 2028, a conclu la Cour de district, qu'il sera possible de supprimer les mesures d' *affirmative action*. Leur but a toujours été de faire advenir une société où la « race » ne déterminerait plus les destins individuels, et aurait perdu l'essentiel de sa réalité politique, sociale ou humaine. « Avant de tirer le rideau sur les procédures d'admission qui tiennent compte de la race, [nous devons donc] tous voir accepté et compris que [citant l'écrivaine Toni Morrison] la race est l'information la moins fiable dont on dispose à propos d'un individu : de la personne concernée, elle ne dit à peu près rien ».

II. Le contrôle minimum des décisions d'interdiction de l'affirmative action

Le cinquième arrêt rendu par la Cour suprême en ce début de XXI^e siècle, l'arrêt *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action* (2014), porte sur un référendum d'initiative citoyenne qui, en 2006, avait introduit dans la Constitution du Michigan une disposition interdisant à l'État et à ses subdivisions d'instituer le moindre « traitement préférentiel sur le fondement de la race, du sexe, de la couleur, de l'ethnicité ou de l'origine nationale, en matière d'emploi public, d'enseignement public, ou de contrats publics ».

D'autres initiatives citoyennes avaient déjà conduit au même résultat, en Californie (1996, révision constitutionnelle) et dans l'État du Washington (en 1998, loi ordinaire). En Floride, où la Cour suprême de l'État s'était opposée à la tenue d'un référendum, l'abolition avait été décrétée, en 1999, par le Gouverneur. Le mouvement s'est poursuivi dans le Nebraska (2008, référendum d'initiative populaire), l'Arizona et l'Oklahoma (2010 et 2012, référendums d'initiative parlementaire) et le New Hampshire (2012, loi du parlement).

Référendum et « tyrannie de la majorité »

Ces choix n'avaient pas été remis en cause par les différentes juridictions, jusqu'à ce que la cour d'appel fédérale pour le 6^e circuit, prenant l'exact contrepied de son homologue du 9^e circuit, décide, en 2012, de déclarer contraire à la clause d'égalité de protection des lois la révision constitutionnelle adoptée dans le Michigan.

La révision s'inscrivait dans le sillage des arrêts *Gratz* et *Grutter* rendus en 2003 au sujet de l' *affirmative action* à l'Université du Michigan. Jennifer Gratz, ayant obtenu la censure de l'« équivalent fonctionnel d'un quota » (affaire *Gratz*, présentée plus haut), avait en effet poursuivi son combat, en cherchant à priver d'effet la décision *Grutter* qui, on s'en souvient, autorisait la prise en compte de la « race » des candidats à titre de « : sous-facteur d'un sous-facteur d'un facteur » dans l'appréciation globale de leur dossier.

La solution la plus efficace consistait à réviser la Constitution de l'État. Gratz, avec l'aide du promoteur de la révision constitutionnelle californienne de 1996 Ward Connerly, recueillit aisément le nombre de signatures requis pour que sa proposition de loi constitutionnelle figure sur la liste des questions soumises à référendum lors des élections générales de 2006. La révision fut adoptée par une large majorité du corps électoral.

Heurtait-elle la clause d'égalité de protection des lois de la Constitution fédérale ? La Cour d'appel pour le 6^e circuit a opiné en ce sens, en jugeant applicable à l'espèce la doctrine dite *Hunter-Seattle*, qui tire son nom des arrêts *Hunter v. Erickson* (1969) et *Washington v. Seattle School District No 1* (1982). Cette doctrine pose que l'exigence d'égalité de protection comprend deux volets : un volet matériel, qui prohibe les différences de traitement dont les pouvoirs publics ne seraient pas en mesure de justifier la rationalité (ou la nécessité, si un contrôle maximum est appliqué), et un volet procédural, qui doit conduire le juge à contrôler très strictement les mesures dont il estime qu'elles restructurent, au détriment des minorités « raciales » et religieuses, le processus de prise de décision démocratique.

Dans l'affaire *Seattle*, que la Cour d'appel estimait spécialement pertinente en l'espèce, la Cour suprême avait censuré une loi (adoptée par le corps électoral sur proposition d'un groupe de citoyens) qui retirait aux conseils scolaires la faculté d'organiser des systèmes de transport scolaire (*busing*) lorsque les écoles publiques apparaissaient « trop noires », ou « trop « blanches ». Seul le législateur serait désormais compétent pour prendre ce type de décision (ou le juge, en cas de déséquilibre résultant d'une volonté ségrégationniste avérée). Pour l'adoption d'une politique instituée au bénéfice des minorités, le centre de décision était ainsi déplacé d'une instance locale vers un organe de l'État, organe plus difficile d'accès (*remote*) pour les groupes minoritaires soucieux de défendre leurs intérêts. Le processus décisionnel ainsi réaménagé entravait spécifiquement leur capacité à préserver leurs acquis, et diminuait, mécaniquement, leur poids politique. C'est un changement d'échelle du même ordre qui avait été censuré dans l'arrêt *Hunter*, à propos d'un transfert de compétence, en matière de lutte contre la discrimination dans l'accès au logement, du seul conseil municipal au même conseil municipal *plus* le corps électoral, un référendum local ayant été rendu obligatoire pour toute décision prise en cette matière - et en cette matière seulement.

Appliquant la grille d'analyse *Hunter-Seattle* à la révision constitutionnelle intervenue dans le Michigan, la Cour d'appel pour le 6^e circuit devait donc développer un raisonnement en trois temps. Il lui fallait d'abord caractériser l'*affirmative action* comme une politique dont les minorités tirent profit - question disputée mais résolue, en l'occurrence, par le constat d'un fort *lobbying* de leurs représentants en faveur de ces politiques. Elle devait ensuite s'assurer que la nouvelle disposition constitutionnelle restructurait un processus de prise de décision *politique*, et non simplement administratif : la Cour estime que tel est bien le cas, puisque les dirigeants des trois universités publiques du Michigan, désignés par l'ensemble des citoyens lors des élections générales, forment un organe décisionnel dont les choix sont exposés au jeu démocratique normal des stratégies d'influence, de pression et de négociation. Partisans et adversaires de l'*affirmative action* peuvent défendre leur cause lors des campagnes électorales, puis par les voies classiques du *lobbying*. Or ces canaux de l'action politique ont été fermés par la révision constitutionnelle de 2006. Depuis lors, les partisans de politiques d'admission préférentielles en faveur des sportifs de haut niveau (ou de toute autre catégorie de candidats) peuvent toujours faire valoir leur cause auprès des instances décisionnelles de l'Université, mais ceux qui prônent une meilleure prise en compte de la « race » devront nécessairement provoquer la tenue d'un nouveau référendum constituant. L'obstacle dressé devant les partisans de l'*affirmative action* est bien « structurel et spécifique ». La Cour d'appel, après avoir constaté, dans un troisième temps, que la restructuration du processus décisionnel ne résistait pas au contrôle maximum, conclut à la violation de la clause d'égalité de protection des lois, en tant qu'elle « garantit à tous les citoyens un égal accès aux instruments du changement politique ».

Vertus du débat démocratique

L'arrêt *Schuetz* casse la solution, et censure le raisonnement développé par la Cour d'appel. Les huit membres de la Cour (la juge Kagan s'étant récusée) n'ont toutefois pas réuni de majorité au soutien d'un raisonnement alternatif. Les juges Sotomayor et Ginsburg voulaient maintenir l'application à l'espèce de la doctrine *Hunter-Seattle* (et confirmer l'invalidation de la loi référendaire), le juge Breyer estimait la doctrine inopposable au référendum du Michigan, les juges Scalia et Thomas proposaient la répudiation pure et simple d'une technique de contrôle jugée impraticable, et dénuée de tout fondement constitutionnel.

C'est donc une décision de la pluralité (trois juges) qui conduit à poser que les décisions d'interdiction de l' *affirmative action*, lorsqu'elles résultent du verdict des urnes, doivent être soumises au contrôle minimum.

L'affaire *Schuetz*, explique la décision, « ne porte pas sur la réponse à apporter au débat sur les préférences raciales, mais sur *l'identité* de celui qui peut apporter cette réponse. Or aucune règle, dans la Constitution des États-Unis ou dans la jurisprudence de notre Cour, n'autorise le pouvoir judiciaire à écarter les lois du Michigan qui déposent un tel choix politique entre les mains des électeurs ». À supposer même que le choix d'interdire l'*affirmative action* soit de nature à léser « les minorités » conçues comme des blocs homogènes (les juges de la pluralité en doutent) et en admettant que sa remise en cause ultérieure soit rendue aléatoire par une « restructuration du processus décisionnel », la doctrine *Hunter-Seattle* ne sera opposable à la loi référendaire que s'il est possible de discerner, au principe de son adoption, une volonté d'exclure, de nuire ou d'opprimer. Par analogie (car la doctrine *Hunter-Seattle* n'avait pas été mobilisée), on peut penser ici - même si les juges ne l'évoquent pas - à la configuration de l'affaire *Romer v. Evans* (1996), où une révision constitutionnelle d'initiative populaire avait interdit aux pouvoirs publics du Colorado d'adopter ou de maintenir en vigueur la moindre règle protégeant les personnes contre la discrimination à raison de l'orientation sexuelle, en quelque domaine que ce soit. La Cour suprême, appliquant un contrôle minimum, avait censuré une démarche manifestement inspirée par l'animosité, et exprimant un profond sentiment de rejet.

Mais dans l'affaire *Schuetz*, les juges décident qu'une telle intention ne saurait être imputée au corps électoral. Sauf à remettre en cause la légitimité des débats publics qui, depuis des années, se déroulent dans différents États, « il faut présumer que les électeurs ont ordonné aux pouvoirs publics de mettre un terme aux préférences raciales parce qu'ils les jugeaient malavisées, propres à exciter le ressentiment et l'hostilité interraciale que notre nation essaie précisément de dépasser. De tels effets sont-ils inéluctables ? On peut, et on doit, en débattre. Les électeurs pourraient au contraire considérer, après discussion et réflexion, que les programmes destinés à accroître la diversité - selon des modalités conformes à la Constitution - sont

nécessaires pour surmonter les stigmates du racisme ».

Le débat est ouvert, et sa conclusion n'est pas dictée d'avance par la loi brutale de la majorité. De fait, il a pu arriver que des initiatives citoyennes visant à interdire les traitements préférentiels échouent à atteindre leur but. Dans le Missouri, par exemple, en 2008, une proposition de révision constitutionnelle n'a même pas atteint les isolements, faute d'avoir rassemblé le nombre de soutiens nécessaires. La même année, dans le Colorado, les électeurs ont rejeté la mesure de démantèlement général qui leur était soumise. Le cas du Washington est encore plus significatif : une initiative citoyenne y avait aboli l'*affirmative action* en 1998, une autre l'a rétablie en 2019, avant qu'une troisième intervention de citoyens mobilisés ne bloque cette décision, par la voie d'un veto populaire adopté à 50,56 % des suffrages exprimés.

Les juges de la pluralité avaient sans doute à l'esprit cette situation mouvante et contrastée lorsqu'ils ont estimé, dans l'arrêt *Schuette*, que les électeurs américains disposent de la maturité nécessaire pour « agir de concert, au niveau d'un État, afin de rechercher un consensus et résoudre une question difficile, dont la toile de fond historique est celle d'une tragédie et d'une durable injustice. Cette histoire exige que nous continuions à apprendre, à écouter, et à rester ouverts à des approches nouvelles ».

La Cour, en tout cas, annonce clairement qu'elle ne fera pas barrage à ce genre de décision collective, dès lors qu'elle est prise à l'issue d'un débat public raisonnablement éclairé, et respectueux de la diversité des points de vue.

(1) : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, 4^e éd., 2016.

(2) : G. Calvès, L'affirmative action *dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998.

Citer cet article

Gwénaële CALVÈS. « La Cour suprême des États-Unis et le démantèlement de l'affirmative action », Titre VII [en ligne], n° 4, *Le principe d'égalité*, avril 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-cour-supreme-des-etats-unis-et-le-demantelement-de-l-affirmative-action>