

French-American
Foundation

United States



SciencesPo.

Foulard, coiffure et culture comme droits du citoyen : une critique

Richard Thompson Ford

Professeur de droit, Faculté de Droit de Stanford

Chercheur invité du programme Égalité des chances, Sciences Po/French American
Foundation

Ce texte est publié dans le cadre du programme de professeur invité 2009-2010 organisé en partenariat par Sciences Po et la French-American Foundation sur le thème « Égalité des chances ». Ce programme a pour but de faire connaître en France un domaine de recherche aujourd'hui plus développé aux États-Unis afin d'alimenter le débat public sur les discriminations et les politiques antidiscriminatoires.

Contacts :

Sierra Schaller

Program Associate

French-American Foundation

sschaller@frenchamerican.org

Daniel Sabbagh

Directeur de recherche

CERI-Sciences Po

Responsable scientifique du programme

sabbagh@ceri-sciences-po.org

Traduction de l'anglais par Rachel Bouyssou

Résumé

La controverse du foulard en France et dans quelques autres pays a été suivie avec intérêt dans le monde entier et a suscité de nombreuses critiques formulées au nom de la liberté de religion. Pour beaucoup de commentateurs américains, les nations européennes, et la France en particulier, devraient s'aligner sur l'approche américaine, celle du droit à l'« accommodement » (*accommodation*), c'est-à-dire à des aménagements dérogatoires des lois et règlements en faveur des pratiques religieuses spécifiques des minorités. Mais ces censeurs grossissent la place (modeste) de l'accommodement dans le droit américain de l'égalité et manquent d'impartialité dans leur rejet des préoccupations qui ont motivé l'interdiction du port de symboles religieux apparents. En réalité, l'expérience américaine de l'accommodement comme droit du citoyen, notamment en matière de différence culturelle, justifie pour une large part les inquiétudes françaises. Bien souvent, les pratiques prétendument « authentiques » d'une minorité sont en fait imposées par ses fractions dominantes aux autres membres du groupe, qui préféreraient exprimer de façon moins ostentatoire ou moins traditionnelle leur identité raciale, ethnique ou religieuse. Dans ces cas-là, l'accommodement renforce le pouvoir exercé sur le groupe par ces dominants. Il risque aussi de favoriser les formes les plus porteuses de division sociale et les moins « libérales » de la culture d'une minorité, puisque ce sont précisément ces formes (quelle que soit la culture concernée) qui seraient interdites ou réprimées en son absence.

Les partisans de l'accommodement religieux et culturel comme composante de l'égalité des droits affirment qu'il est le seul moyen de traiter la discrimination cachée et systémique. Mais la recherche et la mise en œuvre de politiques propres à accélérer l'heureuse intégration des minorités dans les institutions de la société majoritaire sont un bien meilleur moyen de combattre les inégalités. Il conviendrait notamment de collecter et d'exploiter – de manière prudente et réfléchie – des statistiques ethniques, raciales et religieuses en vue de développer des politiques d'intégration et d'éradiquer la discrimination qui bloque l'ascension sociale des minorités. Ces statistiques, à condition de prendre garde aux risques d'atteinte à la vie privée et de réification des différences « raciales » ou autres, constitueraient un instrument puissant au service de l'égalité des chances et de l'intégration des minorités.

Introduction

Les Noirs américains ont longtemps considéré la France comme une forteresse de l'égalité, comme une source d'inspiration et un terme de comparaison humiliant pour les États-Unis, qui se disaient « terre de liberté » mais étaient aussi le pays de l'esclavage, de la ségrégation, de la discrimination et des ghettos. Des Afro-américains aussi célèbres que Joséphine Baker ou Richard Wright, comme bien d'autres, avaient fait de Paris leur patrie d'adoption et ne montrèrent jamais beaucoup d'empressement à rentrer au pays natal où les attendaient les humiliations et injustices quotidiennes qui étaient le lot de leur minorité méprisée.

Pourtant, des progrès spectaculaires (bien qu'inégaux) ont été accomplis par les États-Unis depuis l'adoption de la loi sur l'égalité des droits, le *Civil Rights Act* de 1964. Au fil de ces décennies, une législation s'est élaborée qui allait inspirer celle de beaucoup d'autres pays. Et l'on entend maintenant tous les jours des juristes et hommes politiques américains affirmer fièrement que l'égalité raciale est bien plus avancée chez eux que dans la « vieille Europe » en général et en France en particulier. Les émeutes des banlieues parisiennes et l'interminable affaire du foulard ont raffermi les Américains dans leur sentiment de supériorité en la matière, sentiment à vrai dire largement injustifié mais qui représente pour eux un délectable renversement des choses. Voici par exemple comment le professeur de droit Martha Nussbaum voit la question du foulard :

Ce mois-ci, en Espagne, l'Assemblée de Catalogne a repoussé à une faible majorité la proposition d'interdire le port de la burka musulmane dans tous les lieux publics, proposition qui, une semaine plus tôt, avait été votée par la Chambre haute du Parlement. Des textes analogues pourraient bientôt entrer dans la loi en France et en Belgique... En France, les filles n'ont pas le droit de porter [le foulard] à l'école...

Nussbaum mentionne ensuite une tradition américaine qui condamnerait ce genre de lois :

Dans les cas où... le droit porte atteinte à la liberté de conscience – par exemple en exigeant de quelqu'un qu'il vienne témoigner au tribunal en un jour sacré pour lui, ou accomplisse un service militaire contraire à sa religion, ou s'abstienne d'une drogue

nécessaire à une cérémonie religieuse..., une exemption spéciale, appelée « accommodement » (*accommodation*), doit être accordée aux minorités adeptes de cette croyance... Dans l'ensemble, la position de l'accommodement est dominante dans la culture publique et le droit américains... [Elle] s'attaque aux formes subtiles de discrimination omniprésentes dans un pays démocratique fonctionnant selon le principe majoritaire... Les affaires européennes récentes... comportent des lois discriminatoires de ce genre... Voyons ce qu'il en est de la burka¹.

Peu après la publication de ces lignes, la France a effectivement adopté un texte interdisant, dans les lieux publics, le port de la burka ou de tout accessoire dissimulant le visage². Nussbaum n'est pas la seule à en prendre ombrage. Amnesty International y voit une violation des droits de l'homme et, pour l'historienne américaine Joan Scott, la loi en question « fait partie d'une entreprise de purification et de protection de l'identité [française] par expulsion hors de la communauté nationale des éléments prétendument “étrangers” »³.

Il existe certes des justifications non discriminatoires de cette loi – la nécessité d'identifier les individus pour des raisons de sécurité, l'intérêt général qu'il y a à préserver la fonction de communication des expressions du visage – mais il ne fait aucun doute que le facteur déclencheur en a été le voile intégral islamique, et du reste les arguments les plus souvent entendus en faveur de l'interdiction portent sur la signification symbolique de la burka en particulier, et non sur la dissimulation du visage en général. Par exemple, le président Sarkozy a déclaré que « le voile intégral est contraire à la dignité de la femme », et les promoteurs de l'« interdiction générale et absolue » de la « dissimulation du visage dans l'espace public » ont invoqué les dommages qu'une telle pratique inflige aux « règles de la vie en commun », à « la dignité de la personne » et à « l'égalité entre les sexes »⁴.

Cela prouve-t-il que la loi soit discriminatoire ? Les protections contre les dispositions publiques discriminatoires reposent généralement sur l'idée que des lois ou règlements ciblant un groupe social donné sont rarement justifiés, parce qu'il existe entre les groupes peu de distinctions moralement pertinentes et qu'il est aisé de concevoir une loi inattaquable qui ne vise pas l'appartenance au groupe mais directement le comportement distinctif qu'on

¹ Martha Nussbaum, « Veiled threats », 11 juillet 2010, <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2010/07/11/veiled-threats/>

² Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

³ Joan Wallach Scott, « France's ban on the islamic veil has little to do with female emancipation », *The Guardian*, 26 août 2010.

⁴ Nicolas Sarkozy, dans *Le Figaro*, 24 mars 2010 ; Michèle Alliot-Marie, débat à l'Assemblée nationale du 6 juillet 2010. Cités dans « France's burqa ban in effect next month », CNN, 4 mars 2011.

désire prohiber. Supposons par exemple que les législateurs sachent ou soupçonnent qu'une pratique répréhensible est particulièrement répandue parmi les membres d'une certaine minorité. Cela ne suffit pas à justifier une loi imposant à celle-ci des règles spéciales : la loi n'a qu'à interdire la pratique en question. Or c'est bien ce que fait la loi sur le foulard. Il faut donc déplacer le débat sur un autre terrain et se demander si le port du foulard est une pratique suffisamment nocive pour justifier le fait que le nouveau texte pèse de manière disproportionnée sur un certain groupe. Les adversaires de l'interdiction soulignent que le foulard n'est pas un symbole d'oppression des femmes et qu'il est très important pour les musulmans : « Les ethnologues et les historiens, écrit Scott, nous disent que [le foulard] a des significations multiples et... certaines des femmes qui le portent déclarent le faire par choix, parce que c'est un signe positif de leur féminité et de leur piété »⁵. Ici, impossible d'appliquer des principes absolus : ce à quoi l'on est confronté, c'est à une question épineuse de politique publique, qui demande d'évaluer (avec ce que cela comporte de controverse) tant les maux sociaux causés par la pratique en question que l'importance qu'elle revêt pour les intéressés.

Cette question de politique publique peut recevoir plusieurs réponses également respectables. La position de Martha Nussbaum sous-entend que les Européens qui veulent interdire le foulard ignorent la tradition américaine de l'accommodement et feraient bien d'en prendre connaissance. Mais les Français ont déjà envisagé ce type d'approche par le passé. Selon le politologue Erik Bleich, certains groupes ethniques français ont commencé dès les années 1980 à invoquer le « droit à la différence » : « Des enfants d'immigrés nord-africains, cette deuxième génération qu'on appelle en France les *beurs*, ont commencé à s'organiser sur la base de leur identité ethnique... En voyant s'agréger cette nouvelle catégorie de citoyens français autour d'une définition délibérément ethnique et adresser, en tant que telle, des revendications à l'État, divers observateurs se sont demandé si la France n'était pas en train de s'engager sur la voie américaine des identités, organisations et revendications ethniques ». Mais beaucoup de militants antiracistes ont rejeté le mot d'ordre de droit à la différence. Des intellectuels français, tout à l'opposé des nombreux juristes américains qui avaient adhéré au principe de l'accommodement, s'en sont ouvertement inquiétés : « “[L]a reconnaissance de l'autre ne peut être que hiérarchique” et le “droit à la différence” risque de mener à la “différence des droits”... Les dirigeants de SOS-Racisme ont condamné publiquement la

⁵ Joan Wallach Scott, art. cité.

“logique communautariste” du multiculturalisme, contribuant ainsi à la défaveur croissante du “droit à la différence”⁶.

De toutes les démocraties occidentales ayant une longue tradition d'égalité des citoyens, la France est peut-être la plus réfractaire aux revendications d'accommodement. Le républicanisme français condamne toute distinction formelle entre citoyens. Même la collecte de statistiques ethno- raciales, aussi schématiques soient-elles – pratique relativement peu controversée aux États-Unis en dépit de l'attachement des Américains à « l'indifférence à la couleur » (*color-blindness*) –, y est pratiquement interdite. Or l'accommodement va beaucoup plus loin, puisqu'il signifie que l'État non seulement opère de telles distinctions entre citoyens mais donne à ces dernières un contenu concret : pour prendre un exemple dans le domaine religieux, la catégorie « musulman » va jouir d'un ensemble spécifique de droits garantis par la loi, déterminé par le contenu des obligations religieuses de ses membres. Les raisons ne manquent pas de se méfier d'une telle entreprise : comme on va le voir, l'expérience américaine de l'accommodement et du « droit à la différence » est plutôt de nature à conforter les Français dans leur hostilité à ce type de revendications.

Les accommodements constituent un domaine compliqué et peu consensuel du droit américain de l'égalité. Nussbaum simplifie à l'extrême quand elle écrit que la position de l'accommodement est dominante : en fait, cette petite partie assez problématique du droit de l'égalité, toujours vivement contestée, est strictement limitée dans son champ et dans ses effets. Par exemple, bien que le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 fasse obligation aux employeurs d'aménager leurs règlements pour permettre à leurs salariés de respecter leurs impératifs religieux, cette obligation se limite aux cas insignifiants où les dispositions nécessaires n'imposent à l'entreprise qu'une charge *de minimis*. Les tribunaux fédéraux considèrent que même de très légers inconvénients excèdent la charge minimale en question et dispensent alors l'employeur de son obligation. Par exemple, celui-ci n'est pas tenu d'autoriser le port d'un couvre-chef non compatible avec l'uniforme afférent au poste ou avec les nécessités de la sécurité (casque). Un service de police attaqué sur des arguments d'égalité pour avoir interdit le foulard a obtenu gain de cause en développant une argumentation étonnamment proche de celle que les établissements français opposent à leurs élèves : « Il est extrêmement important de donner l'image d'une force de police disciplinée, identifiable et impartiale en gardant à l'uniforme de la police de Philadelphie son caractère de symbole

⁶ Erik Bleich, « The French model : color-blind integration », dans John David Skrentny (ed.), *Color Lines : Affirmative Action, Immigration, and Civil Rights Options for America*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 270-296 (citation p. 282).

d'une autorité publique neutre où ne s'exprime nulle conviction religieuse, nul penchant ou préjugé personnel. »⁷ Certes, le foulard qui fait controverse en France n'est pas celui de fonctionnaires mais d'élèves de l'école publique. Mais la thèse est la même : les institutions publiques doivent se garder de l'affichage de symboles religieux. De même, les employeurs américains peuvent obliger leurs salariés à retirer les messages à contenu religieux qu'ils portent sur eux : dans l'affaire d'une employée catholique prétendant que sa foi l'obligeait à arborer un badge contre l'avortement représentant un fœtus, le tribunal a jugé que son employeur avait le droit de lui faire masquer ce badge pendant ses heures de travail⁸. De son côté, la jurisprudence constitutionnelle américaine en matière de religion a pris un très sensible virage dans le sens opposé à la position que Nussbaum prétend dominante, en se bornant désormais à censurer les lois qui réserveraient expressément un traitement inéquitable à un groupe religieux ou qui seraient motivées par une intention discriminatoire. Une loi interdisant l'usage d'hallucinogènes, dès lors qu'elle est neutre dans sa formulation et son application, n'est donc pas contraire à la Constitution même si concrètement elle empêche l'accomplissement d'un rite religieux⁹.

La jurisprudence américaine en matière d'accommodement est flottante et contradictoire, mais cela n'empêche pas de nombreux juristes de soutenir mordicus que notre tradition d'égalité des droits l'impose non seulement en matière de religion mais aussi de différence culturelle. Dans les années 1980 et 1990, les partisans du multiculturalisme ont repris les arguments du courant « accommodant » du droit américain pour soutenir que le refus, de la part d'une institution, d'aménager ses règlements en faveur des pratiques distinctives, de la façon de s'habiller ou des sentiments d'un groupe ethnique ou racial serait une forme de discrimination.

Une telle attitude a souvent pour effet d'opposer l'argument d'égalité des droits aux efforts visant à créer une communauté d'identité, de normes culturelles et de pratiques dépassant les divisions entre groupes. Or ce sont ces efforts qui permettent aux entreprises et autres organisations de susciter un *esprit de corps* favorable à la coopération de tous et à l'investissement de chacun dans le travail. Sans compter, évidemment, qu'une culture et une identité communes sont indispensables à la réussite d'un projet national, d'un État-nation. C'est la raison pour laquelle même aux États-Unis, où la culture nationale a toujours été polyglotte et cosmopolite, la position de l'accommodement se révèle souvent inapplicable.

⁷ *Webb v. City of Philadelphia*, 562 F. 3d 256 (2009).

⁸ *Wilson v. U.S. West Communications*, 58 F. 3d. 1337 (8th Cir. 1995).

⁹ *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

Un inconvénient moins évident de l'accommodement est qu'il peut aussi nuire aux groupes mêmes qui sont censés en bénéficier. Pour ses partisans, il va de soi que les pratiques et affects qui en font l'objet sont adoptés spontanément, en toute liberté, par les membres des minorités. Ainsi Nussbaum exhorte la France à autoriser le foulard parce que les femmes musulmanes choisissent de le porter. Mais si leur décision était l'effet d'un conditionnement psychologique, d'un endoctrinement, voire d'une coercition ? En ce cas, l'accommodement ne rendrait pas les femmes libres de leur choix, mais au contraire ferait pencher la balance des influences en faveur de normes religieuses fondamentalistes et sexistes et au détriment de versions plus modernes et plus cosmopolites de la foi musulmane. On voit qu'au nom de l'aménagement des règles en faveur des pratiques d'un groupe, la loi peut involontairement influencer ces dernières ; et souvent, paradoxalement, dans le sens d'un renforcement de celles qui sont les moins compatibles avec les normes républicaines et avec l'intégration dans une société cosmopolite moderne. Aux États-Unis, typiquement, les propositions d'accommodement pour différences culturelles favorisent des pratiques traditionnelles, voire régressives, au détriment des expressions les plus modernes, éclairées et cosmopolites de l'identité ethno-raciale.

Nussbaum assure que l'accommodement est nécessaire contre les formes les plus insidieuses (« subtiles ») de discrimination qui font barrage à l'ascension sociale des groupes minoritaires et les empêchent d'accéder à la pleine citoyenneté. Elle a raison d'attirer l'attention sur ces discriminations masquées – que les législations sur l'égalité des droits, tant européennes qu'américaines, n'ont pas vraiment, jusqu'ici, réussi à traiter – mais il faut bien constater qu'elles persistent aux États-Unis en dépit de la politique d'accommodement. Les partisans de celle-ci en concluent qu'il faut plus d'accommodement encore : plus large, plus résolu. Mais le coût social de ce genre de mesures l'emporte parfois sur leurs bienfaits, et les tribunaux américains sont plutôt réticents à étendre un accommodement existant à de nouveaux groupes ou de nouvelles circonstances.

Pour ma part, je propose de penser le droit de l'égalité moins sous l'angle des droits individuels que sous celui des politiques publiques les plus propres à accélérer l'intégration des groupes minoritaires dans la majorité prospère de la société, autrement dit d'adopter en la matière une approche purement utilitaire : on ne se demanderait pas, comme le fait par exemple Nussbaum, si telle pratique reflète les engagements en conscience d'un individu, mais si au bout du compte une mesure dérogatoire autorisant ladite pratique accélérerait ou freinerait l'intégration du groupe.

L'accommodement peut parfois être nécessaire mais il existe, contre la discrimination masquée, d'autres méthodes qui en évitent les pièges. La loi peut lutter contre l'intolérance et la discrimination sans chercher à définir et à sauvegarder les pratiques culturelles des minorités. À cet égard, au lieu de demander aux Français soucieux d'égalité d'adopter la ligne de l'accommodement, je les inviterais plutôt à reconsidérer leur vieille hostilité aux statistiques raciales et ethniques. Un usage judicieux de celles-ci permettrait de prendre la mesure de la discrimination masquée et d'y trouver des ripostes sans pour autant réifier les différences de groupe. Ce n'est pas des pratiques culturelles des minorités que doit s'occuper la loi, mais des pratiques discriminatoires qui empêchent les membres de ces minorités de trouver leur place dans une société prospère.

Si c'est cela qu'on vise avant tout, il faut bien que l'État classe les citoyens par race, religion ou autre, et bien sûr cela ne va pas sans risques. Mais il ne doit utiliser ces catégories que pour analyser les effets du préjugé ethno-racial. Pour ce faire, il ne doit poser de questions que sur les caractéristiques de la personne susceptibles d'en faire la cible de ce dernier ; il n'est ni utile ni souhaitable qu'il s'enquière des affects, croyances et identifications individuels. En ce sens, l'approche de l'égalité que je propose est exactement à l'opposé de ce que préconisent les partisans de l'accommodement. Celui-ci cherche en effet à protéger des pratiques auxquelles les membres des minorités sont attachés : il est donc nécessairement amené à légitimer ces pratiques, à leur donner une sorte d'imprimatur juridique qui les érige en définition même du groupe. Dans ma proposition, au contraire, la reconnaissance juridique de l'appartenance au groupe serait limitée aux caractéristiques qui exposent ses membres à la discrimination. L'État ne conférerait dès lors aucun surcroît d'importance ou de légitimité à quoi que ce soit ; il chercherait seulement à déterminer avec précision, pour pouvoir les lever, les obstacles illégitimes à la pleine participation des individus au marché et à la société civile.

L'accommodement aux États-Unis : un exemple qui incite à la prudence

Considérons le cas suivant, qui est devenu une *cause célèbre* des multiculturalistes américains dans les facultés de droit. Comme dans l'affaire du foulard, il y est question de ce que les femmes portent sur la tête.

La plaignante, Renee Rogers, est une femme noire qui demande au tribunal de prononcer un « jugement déclaratoire avec injonction » assorti de 10 000 \$ de

dommages et intérêts à propos d'un règlement intérieur de son employeur, American Airlines, interdisant aux salariées occupant certains emplois de se coiffer en petites nattes plaquées (coiffure dite *corn row*, « en rangs de maïs »). Elle argue que ce règlement est discriminatoire à son égard en tant que femme, et plus particulièrement en tant que femme noire ; que cette coiffure revêt une importance particulière pour les femmes noires ; qu'il s'agit, « historiquement, d'un style adopté par les femmes noires américaines et qui reflète l'essence culturelle et historique des femmes noires dans la société américaine... En somme, la coiffure en nattes plaquées... a fait et continue de faire partie de l'essence culturelle et historique des Noires américaines »¹⁰.

Une affaire toute simple pour les antiracistes américains. Une grande entreprise, impersonnelle, crispée, blanche et peut-être raciste, contre une travailleuse opprimée dont le mode d'expression profondément personnel est aussi l'incarnation de l'âme d'un peuple assujéti. Humble mimétisme contre fierté multiculturaliste, bureaucratie contre nattes : on a vite fait de choisir son camp.

Mais la conception de la discrimination raciale et de l'égalité des droits dont Renee Rogers étaye sa plainte pose des questions ardues. Imaginons que certaines des salariées noires d'American Airlines aient voulu se coiffer en rangs de maïs pour porter ostensiblement un certain message politique, mais que, pour d'autres, ce style ait été contraire aux intérêts des femmes noires en particulier, avec des répercussions regrettables pour les Afro-américains en général (étant donné ce qu'était le débat politique sur ces questions dans l'Amérique noire de la deuxième moitié des années 1970, il y avait très probablement des Noires de cet avis parmi les salariées de la compagnie, et encore plus sûrement parmi ses clientes). Alors on ne peut plus prétendre que la plainte porte la revendication de toutes les Noires ; elle porte la revendication de certaines d'entre elles, tandis que d'autres pourraient y trouver à redire.

Certes, personne n'aurait été obligé de se faire des nattes si la plaignante avait gagné. Mais l'argumentation développée pour faire de ce choix un droit était que cette façon d'arranger ses cheveux était un élément de « l'essence culturelle » non d'une femme noire donnée mais *des femmes noires* en général : si l'on prend un tel raisonnement au sérieux, cela veut dire que les « rangs de maïs » ne sauraient relever seulement de « l'essence culturelle »

¹⁰ *Renee Rogers et al. v. American Airlines, Inc.*, 527 F. Supp. 229 (1981).

des Noires qui décident de les porter, mais de celle de *toutes* les Noires. Dès lors, elles sont *toutes* concernées par le message politique et culturel que la coiffure proclame à leur sujet : pas seulement celles qui y adhèrent mais aussi celles qui sont contre.

Même pour les employées ayant une préférence pour ce style et pour ce qu'il était supposé dire des femmes noires, l'accommodement aurait eu un coût caché. Les idées sur lesquelles s'appuie une telle définition du droit à la différence ont fortement tendance à s'émanciper de leurs concepteurs et à prendre le large, avec des effets secondaires inattendus. Si la justice avait suivi l'argumentation de la plaignante, cela aurait pu constituer un précédent applicable à d'autres circonstances : dès lors que les nattes sont un élément de l'essence culturelle immuable des Noires, on peut se demander quels sont les autres. Il y a à cette question beaucoup de réponses possibles, dont certaines plutôt inquiétantes, que des tas de gens trouveront intuitivement aussi valables que les nattes de Madame Rogers. Voici un cas dans lequel la stratégie commerciale d'un employeur implique une théorie de la différence raciale :

TPG [The Parker Group] est une entreprise de télémarketing qui travaille beaucoup pour des candidats à des fonctions politiques. Le comportement ici mis en cause concerne les appels téléphoniques visant à inciter les électeurs à aller voter... Environ 10 % de ces appels sont racialement « assortis », c'est-à-dire que les électeurs noirs sont appelés par des salariés noirs de TPG, qui leur servent un argumentaire « noir », tandis que les blancs sont appelés par des blancs qui développent un argumentaire « blanc »... Les salariés de TPG à qui ont été confiés les appels de ce type en 1994 se voyaient assigner des quartiers et des argumentaires distincts selon la race... Ils étaient au surplus installés dans des espaces de travail séparés, les Noirs dans un bureau, les blancs dans un autre¹¹.

Si l'essence culturelle de Renee Rogers en tant que Noire lui confère une relation nécessaire avec un certain type de coiffure, un employeur de bonne foi ne serait-il pas en droit de penser que cette essence culturelle la rend plus apte à convaincre d'autres Noirs que des blancs ? TPG faisait-il de la discrimination raciale, comme l'a estimé le tribunal, parce qu'il mettait en œuvre « un stéréotype racial selon lequel les Noirs réagiraient plus positivement aux Noirs et... il existerait un lien direct entre le facteur racial et... la bonne

¹¹ *Ferrill v. The Parker Group*, 168 F. 3d 468 (1999).

exécution du travail » ? Ou bien cette stratégie commerciale, suite logique de la reconnaissance par l'entreprise des différences culturelles entre les groupes raciaux, était-elle de ce fait justifiable, voire louable ?

Passer de la lutte contre les discriminations à l'accommodement de la différence, c'est s'engager sur un chemin dont les périls sont méconnus. La position d'accommodement encourage les membres des minorités à se définir par des stéréotypes relatifs à leur groupe d'appartenance. Elle traite la discrimination motivée par les choix de comportement du discriminé de la même façon que la discrimination motivée par son identité imputée : un règlement qui interdit les petites nattes devient une discrimination contre les Noires, un règlement qui interdit le foulard devient une discrimination contre les musulmanes. Ce n'est pas en posant le problème en ces termes qu'on traitera les conflits nés des différences culturelles et sociales réelles, lesquels ont des coûts sociaux objectifs qu'il convient de répartir de façon pragmatique. Le pire, peut-être, dans cette obsession de la différence culturelle, c'est qu'elle mène à l'illusion que la hiérarchie des statuts sociaux serait avant tout l'effet de différences objectives entre des groupes ethno-raciaux ainsi naturalisés : la souffrance des minorités ne serait pas imputable à certaines institutions, pratiques sociales et idéologies qui les traitent inéquitement ou les excluent, mais à leurs propres pratiques culturelles distinctives. Un tel discours détourne l'attention des véritables causes sociales et idéologiques de la hiérarchie ethno-raciale des statuts sociaux.

L'accommodement et « l'hypothèse répressive »

Les efforts déployés par certains pour étendre au champ des « cultures raciales » les dispositions à l'accommodement présentes dans le droit américain de l'égalité étaient motivés par la crainte de voir l'État et les institutions « majoritaires » détruire la diversité culturelle et obliger les minorités à se fondre dans une culture dominante neutre et uniforme. Lisons ces lignes du professeur de droit Dorothy Roberts :

Aux États-Unis, les blancs ont longtemps usé de la loi avec brutalité pour opprimer les cultures des autres... Mais, le plus souvent, la loi défend la culture dominante de manière beaucoup plus subtile... [car] les blancs sont à même, grâce à leur position politique dominante, d'incorporer leur vision culturelle propre dans les principes du droit ; ils qualifient d'universels ces principes juridiques, alors qu'ils ne proviennent

que d'une seule source ; après quoi, les juges se prétendent impartiaux quand ils imposent ces principes... à des personnes appartenant à des minorités culturelles¹².

Le professeur de droit Alex Johnson, lui, soutient que les minorités ont besoin d'un « havre sûr »...

... pour préserver les règles, coutumes et normes spécifiques qui se sont développées dans notre communauté à l'époque où la loi nous tenait à l'écart des blancs. Ce havre sûr permet aussi, à ceux qui choisissent de ne pas pleinement épouser les normes de la société blanche, de conserver une place dans une communauté afro-américaine *où il n'y a jamais affrontement entre les normes afro-américaines et les normes blanches qui leur sont contraires*. Il protège en outre la culture afro-américaine dans son irremplaçable singularité car, là où se réalise la version assimilatrice de l'intégration, *cette culture afro-américaine ne fusionne pas avec la culture majoritaire mais est engloutie par elle sans laisser de trace*¹³.

L'histoire est bien connue. Depuis la victoire limitée, mais décisive, du mouvement américain de l'égalité des droits, le racisme – bridé, mais non terrassé – cherche un nouvel angle d'attaque. On sait de bonne source que l'une de ses armes les plus puissantes est une forme cachée de discrimination qui fonctionne par détournement de cible : seront visés non les groupes tenus pour naturels, mais leurs pratiques distinctives. La loi n'autorise pas la discrimination contre les Noirs, mais les racistes peuvent stigmatiser leur langue idiomatique (*ebonics*) ; on n'oserait pas exclure ouvertement les femmes, mais les machos peuvent étouffer leur « voix différente ». Le rejet de l'autre, nouvelle manière, ne s'exerce pas contre des catégories de gens mais contre leurs façons d'exister. L'objectif de ces méthodes détournées n'est pas d'exclure sournoisement ceux qu'on stigmatisait naguère, mais de les absorber et de les transformer, de les remodeler à l'image des *Übermenschen*. Cet objectif ultime est encore plus perfide, plus total, que l'exclusion. C'est une extermination silencieuse, un génocide culturel.

Si l'histoire est connue, ce n'est pas seulement parce qu'elle a été si souvent racontée, mais aussi parce qu'elle se conforme à un archétype. L'histoire du rejet de l'autre nouvelle

¹² Dorothy Roberts, « Why Culture Matters to Law », dans Austin Sarat et Thomas Kearns (eds.), *Cultural Pluralism, Identity Politics, and the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999, pp. 88-89.

¹³ Alex Johnson, « Bid Whist, Tonk and *United States v. Fordice*: Why Integrationism Fails African-Americans Again », *California Law Review* vol. 81, 1993, 1401, p. 1450 (c'est moi qui souligne).

manière est une histoire de répression ; c'est la reprise de ce que Michel Foucault, dans son *Histoire de la sexualité*, appelle « l'hypothèse répressive ». Celle-ci naît à l'ère victorienne et concerne les noires puissances de la sexualité ; la nôtre naît avec la bourgeoisie américaine et concerne les cultures tellement sexy des Noirs. Mais les parentés sont frappantes.

Foucault démonte la thèse banale selon laquelle les institutions de la société bourgeoise, de l'ère victorienne à nos jours, seraient une machine à réprimer la sexualité naturelle et authentique des individus (c'est cela qu'il appelle l'hypothèse répressive). Or, dit-il, les victoriens étaient (comme nous-mêmes, leurs héritiers, le sommes encore aujourd'hui) obsédés de sexualité, ils la voyaient partout, ils en discutaient tout le temps, ils insistaient sur son importance et s'en servaient pour décrire toutes sortes de comportements humains. En définissant ces derniers en termes de sexualité, en définissant les individus comme dotés de sexualités, en cataloguant et en construisant des typologies sexuelles, ils *produisaient* de la sexualité. Et cette *production* est ce qui définit le contrôle social d'aujourd'hui sur l'érotisme, « les corps et le plaisir ». La production de sexualité était (est toujours) une technologie qui définit l'individu selon sa sexualité et donc qui maintient les individus dans un certain type de surveillance sexuelle. Si quelque chose a miné l'érotisme authentique (expression dont le statut ontologique est, selon Foucault, pour le moins contestable), c'est cette incessante production de sexualité qui limitait les possibilités de l'expression érotique en imposant à l'érotisme individuel une gamme étroite de types sexuels canoniques.

En outre, pour Foucault, *l'idée même que la sexualité est réprimée* pourrait bien faire partie de l'appareil de production de sexualité et du contrôle social :

La question que je voudrais poser n'est pas : pourquoi sommes-nous réprimés, mais pourquoi disons-nous, avec tant de passion, tant de rancœur contre notre passé le plus proche, contre notre présent et contre nous-mêmes, que nous sommes réprimés ? Par quelle spirale en sommes-nous arrivés à affirmer que le sexe est nié, à montrer ostensiblement que nous le cachons, à dire que nous le taisons –, et ceci en le formulant en mots explicites, en cherchant à le faire voir dans sa réalité la plus nue... ?... [I]l faudrait se demander aussi pourquoi nous nous culpabilisons si fort aujourd'hui d'en avoir fait autrefois un péché ?... Comment s'est fait ce déplacement qui, tout en prétendant nous affranchir de la nature pécheresse du sexe, nous accable

d'une grande faute historique qui aurait consisté justement à imaginer cette nature fautive... ?¹⁴

Mais revenons à la culture. L'analyse de la discrimination avancée par les partisans de l'accommodement tient implicitement pour acquis que les différences entre groupes culturels sont naturelles, qu'elles sont l'expression authentique de la conscience et de l'identité individuelles et qu'il est en somme tyrannique de ne pas leur accorder les aménagements de la règle commune dont elles ont besoin. On a bien affaire ici, comme chez Foucault à propos de la sexualité, à une « hypothèse répressive » : le pouvoir s'exerce par la censure et la répression ; la véritable justice n'est rien d'autre que l'absence de répression, la liberté laissée à la nature humaine de suivre son cours, tel qu'il est dessiné par les forces belles et mystérieuses qui nous entourent et font de nous ce que nous sommes.

Et si pourtant notre époque était moins caractérisée par la *répression* de la différence de groupe que par sa *production* ? Et si, comme dans l'analyse de Foucault, l'hypothèse répressive était elle-même l'un des mécanismes par lesquels s'accomplit cette production de la différence ? Voyons s'il y a de quoi étayer ce soupçon.

Dans la société américaine, les êtres humains sont classés (et se classent eux-mêmes) d'une manière remarquablement exhaustive, précise et efficace, en un certain nombre de groupes sociaux pour ainsi dire canoniques. Ces groupes, chacun les connaît (et, plus important, chacun reconnaît *le sien*). Allons faire un tour au kiosque à journaux du quartier, où le marketing ethnique et ses niches bien définies nous ont donné le magazine *Ebony*, en concurrence pour la surface d'exposition avec : *Essence* (pour les femmes noires), *Latina*, *Yolk* (« jaune d'œuf » : pour les Américains d'origine asiatique, vous aviez compris ?) et *Out* (gays et lesbiennes). Les associations d'étudiants ou même de lycéens, avec leur spécialisation par groupe ethnique ou racial et orientation sexuelle, présentent une incroyable floraison de sigles : en faculté de droit, voici BLSA (Black Law Student Association), SALSA (South American and Latino Law Student Association), APALSA (Asian and Pacific, etc.) et, particulièrement astucieux, OutLaws (Out Gay and Lesbian Law Students) Enfin, comme on le verra plus loin, les résultats du recensement rénové (qui depuis 2000 permet à chacun de cocher autant de cases « raciales » qu'il veut) acquièrent à la fois l'aura de la science objective et la douceur de l'affirmation subjective. S'il y a un complot pour

¹⁴ Michel Foucault, *Histoire de la sexualité* vol. I, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 16-17.

réprimer les différences de groupe, il possède assurément des ennemis nombreux et puissants dans les médias, les cercles du pouvoir économique et politique et l'enseignement supérieur.

Voyons par exemple comment la discrimination positive à l'américaine repose aujourd'hui sur une théorie implicite des différences de groupe. La Cour suprême a en effet arrêté en 1978, dans *U.C. Regents v. Bakke*¹⁵, que les établissements d'enseignement supérieur ne sont autorisés à la pratiquer – sauf pour remédier à des cas très précis de discrimination directe – que dans un but de « diversification ». Depuis, les établissements s'emploient à établir que les minorités ont des normes, des façons de voir, des modes d'expression et des pratiques culturelles distinctes (donc susceptibles de contribuer à la « diversité ») et ont mis au rancart les motivations plus évidentes et plus pressantes qui étaient les leurs à l'origine.

L'argument de la diversité codifié dans l'arrêt *Bakke* pousse toutes les institutions souhaitant faire de la discrimination positive et les groupes minoritaires eux-mêmes à *souligner* la différence culturelle. Depuis *Bakke*, les universités ne peuvent plus justifier la discrimination positive qu'en s'appuyant sur l'argument de fortes différences raciales en matière de visions, de normes, de vécus. Cela les oblige à introduire dans leurs procédures de recrutement une théorie de la différence raciale dotée d'un contenu concret : car les universités et leurs candidats issus de minorités ne peuvent se contenter d'affirmer que ces derniers, de ce seul fait, accroîtront la diversité des idées formulées dans les amphithéâtres et les séminaires, mais doivent aussi esquisser, ne serait-ce que grossièrement, en quoi consistent ces visions distinctes. Et une conséquence encore plus perverse de l'arrêt est très vite apparue : ce n'est qu'en soulignant leur propre différence que les étudiants issus de minorités peuvent justifier leur présence dans les universités qui les ont admis ou auxquelles ils postulent.

Ce message, les étudiants n'ont pas besoin d'aller le chercher dans les arrêts de la Cour suprême. Le manuel Kaplan de préparation aux tests d'admission intitulé *Graduate School Admission Advisor* (Guide d'admission en deuxième et troisième cycles), par exemple, le glisse à ceux qui n'y auraient pas pensé tout seuls : « Votre point de vue ethnique ou culturel vous donne-t-il une vision du monde différente ? » Un autre guide Kaplan, *Get into Law School : A Strategic Approach* (Comment entrer en faculté de droit : approche stratégique), promet sur sa couverture les « conseils d'importants responsables du recrutement » et comporte une section intitulée « Considérations particulières » divisée en

¹⁵ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

chapitres tels que : « Étudiants plus âgés » ; « Minorités » ; « Femmes » ; « Homosexuel(le)s » ; « Handicapés ». Le chapitre sur les minorités recommande :

La Cour suprême a arrêté dans *Bakke* que la race peut être prise en considération pour diversifier la population étudiante. Par conséquent,... si vous avez été membre d'une organisation d'étudiants issus de minorités, signalez-le dans votre dossier... S'il y a quelque chose d'unique ou qui présente un intérêt spécial concernant votre identité ethnique ou raciale, qu'il s'agisse de votre évolution personnelle ou professionnelle ou que cela montre en quoi votre présence apporterait aux autres étudiants une vision unique ou différente, dites-le dans votre lettre de candidature¹⁶.

Ces conseils ont porté leurs fruits : les candidats aux universités sélectives et aux facultés de droit et de médecine les ont évidemment suivis. Voici, offert par un autre guide¹⁷, un petit échantillon de lettres de candidature rédigées par des candidats admis en faculté de droit à Harvard : « Ma première motivation pour obtenir un diplôme de droit provient de mon expérience personnelle des luttes des immigrants latino-américains » ; « Mon expérience d'autres cultures me rend sensible aux voix multiples de l'Amérique internationale d'aujourd'hui » ; « Quand j'ai milité pour le financement de l'Association des gays et lesbiennes de Caroline... » ; « Ma curiosité pour les cultures étrangères... s'est déclarée précocement » ; « En tant que fils d'immigrés paraguayens, je me situe moi aussi sur une sorte de frontière » ; « J'ai étudié le langage des signes américain et j'ai été initié à la culture des sourds » ; « À mon entrée en première année, je maîtrisais déjà la langue de trois communautés : l'espagnol paraguayen parlé par ma mère à la maison, l'argot truffé de jurons de notre quartier pauvre et noir de Washington et l'anglais des manuels scolaires tel que pratiqué par les écoles privées que j'avais fréquentées » ; « Je suis un Américain d'origine mexicaine de quatrième génération, avec des ancêtres cajuns » ; « Comme expatrié, j'ai développé une conscience aiguë de la diversité culturelle du fait de mon appartenance réelle à différentes cultures » ; « Je désire faire du droit ici afin que ce pays reste riche de ses cultures et de sa diversité ». Et enfin celui-ci, qui compense un certain manque de contenu par un style sans détours : « Si je suis admis, j'apporterai à la faculté de droit de Harvard la richesse de mes origines très diverses ».

¹⁶ Kaplan, *Graduate School Admissions Advisor*, 4th ed., 2001, p. 139.

¹⁷ Willie J. Epps, Jr., *How to Get into Harvard Law School*, Boston, McGraw-Hill, 1996, p. 273.

Les étudiants sont donc encouragés à mettre en avant leur identité ethno-raciale, et c'est une habitude qui leur restera. Pire encore, l'idée que la « race » s'accompagne nécessairement d'un ensemble spécifique de pratiques laisse supposer que ceux qui ne les adoptent pas ne sont pas « authentiques », voire qu'ils sont des traîtres. C'est là qu'on trouve le « Bounty » (celui qui, ayant la peau noire, « n'agit pas comme un Noir » et donc est « blanc à l'intérieur » ; aux États-Unis, la friandise industrielle remplissant cet office s'appelle Oreo) et les équivalents dont les autres groupes raciaux n'ont pas tardé à se doter : la « banane » asiatique, la « noix de coco » latino, la « pomme » amérindienne (tous dans le registre alimentaire, on se demande pourquoi). Ces termes disent qu'il y a une seule manière par « race » d'être comme il faut et flétrissent les déviations : une orthodoxie, sinon aussi globale et omniprésente, du moins aussi puissante et coercitive que celles des bonnes mœurs dans l'Angleterre victorienne.

Une telle façon d'appréhender les différences de groupe est un acte de pouvoir visant à légitimer une certaine conception de la culture du groupe contre toutes les autres, et à l'imposer à ceux qui n'en veulent pas. Cette idée que les minorités doivent coller à « leurs » traditions culturelles paraît bien être aujourd'hui, aux États-Unis, aussi puissante que l'idée de leur nécessaire intégration dans la majorité blanche. C'est pourquoi l'accommodement en matière de différence culturelle, loin de simplement « libérer » les gens d'une certaine répression, aura pour effet d'officialiser une certaine conception de ce qu'implique, pour tout membre du groupe prétendument « protégé », son appartenance au groupe.

Enfin, remarquons que l'idée de cultures minoritaires assiégées, livrées à la répression et en danger d'extinction est un élément du mécanisme qui assure leur perpétuation sous leur forme canonique. Elle justifie la revendication d'une protection juridique dérogatoire (accommodement) pour certaines pratiques. Elle renforce la pression qui s'exerce sur les membres d'un groupe minoritaire pour leur faire afficher lesdites pratiques. Cette mise en conformité n'est pas une option parmi d'autres mais une obligation morale : celle de serrer les rangs contre une majorité puissante et répressive.

L'identité comme mise en scène collective du soi et l'accommodement comme contrôle social

En tant que lesbienne noire féministe à l'aise avec les différentes composantes de mon identité..., je constate qu'on me demande constamment de choisir l'un des aspects de moi-même pour l'afficher comme ma totalité en occultant ou en niant les autres

parties de ce que je suis. Mais... je ne dispose de toute mon énergie que lorsque j'intègre toutes les parties de mon être... *sans les restrictions qu'exerce une définition imposée de l'extérieur*¹⁸.

Cette citation d'Audre Lorde est très représentative des sentiments qui animent les revendications d'accommodement culturel. Il est aisé de voir comment on passe de là à la demande de protection juridique contre les « définitions imposées de l'extérieur », de manière que chacun de nous puisse disposer de toute son énergie. Mais est-il possible d'appréhender, sans parler d'épouser ou d'être « à l'aise avec » des identités telles que « noire », « lesbienne » ou « féministe », « sans les restrictions qu'exerce une définition imposée de l'extérieur » ? Ces catégories identitaires (par opposition à leur référent concret supposé : peau sombre, sexe féminin, érotisme homosexuel, engagement dans une certaine pratique du genre) ne seraient-elles pas plutôt le *produit* de ces restrictions ? C'est une question cruciale à adresser à ceux qui affirment que l'accommodement de la différence relève de l'égalité des droits.

Remarquons d'abord qu'ici le statut de membre d'un certain groupe social (« noir », « lesbienne ») devient un aspect du soi (« un aspect de moi-même », « toutes les parties de mon être ») susceptible d'occuper l'espace d'un pouvoir social évacué (« sans les restrictions qu'exerce une définition imposée de l'extérieur »). Par ce tour de prestidigitation, les identités de groupe qui sont les *effets* d'un discours social imposé de l'extérieur – celui du racisme, celui de l'homophobie – sont magiquement transformés en aspects d'un soi autonome qui peut alors les intégrer « sans les restrictions qu'exerce une définition imposée de l'extérieur ».

Cette conception de l'identité est motivée par la vaine prétention que les identités sociales seraient des éléments du monde naturel et/ou le reflet de choses qui peuvent être considérées comme des faits. La conception de l'identité qui nourrit ma présente réflexion est au contraire que les identités sociales sont des pratiques sociales qui ne sont jamais « formées » mais toujours en cours de formation et de reformation, en un processus perpétuellement inachevé. La critique sociale appelle cela une conception « performative » de l'identité. C'est un terme évocateur, mais on aurait tort de se laisser prendre à la métaphore de l'acteur qui « joue un rôle » (en anglais : *perform*), car cela voudrait dire que l'individu

¹⁸ Audre Lorde, « Age, Race, Class and Sex: Redefining Difference », in R. Ferguson *et al.* (eds.), *Out There : Marginalization and Contemporary Cultures*, New York, The New Museum of Contemporary Art, 1990, p. 285 *sq.* (c'est moi qui souligne).

qui « a » l'identité fait tout le travail, le reste de la société se contentant d'exiger un certain « jeu » et de punir ceux qui ne sont pas conformes. Si la métaphore théâtrale est utile, c'est en ceci que, sur scène, les acteurs « jouent » les rôles les uns des autres. Si un homme laid tient le rôle d'une belle femme dans une comédie de Shakespeare, les autres acteurs « jouent » aussi son rôle en le traitant comme on s'attend à voir traiter une belle femme. De la même façon, quant un vigile de grand magasin, ayant jeté les yeux sur moi, décide de suivre mes moindres mouvements jusqu'à ce que je m'en aille, *il joue mon identité*. Quand un blanc de gauche plein de bonnes intentions mais mal inspiré serre la main de mon ami blanc comme s'il s'agissait d'un PDG du CAC 40, puis tourne vers moi sa paume ouverte pour me taper dans la main (*give me five*) ou s'efforce maladroitement d'exécuter un *soul handshake*, il joue mon identité. Mais un noir qui me fait un *soul handshake* joue aussi mon identité. Et c'est vrai même si le *soul handshake* me paraît le geste le plus naturel du monde ; c'est même peut-être dans ce cas-là que c'est le plus vrai.

Cette sorte de « jeu » évoquerait pour moi ce que le philosophe Louis Althusser nomme « interpellation » en l'illustrant par l'exemple d'un policier criant : « Hé, vous, là-bas ! » Dans la foule, celui qui n'a pas la conscience tranquille va peut-être s'arrêter et se retourner, « répondant » ainsi à l'appel. En reconnaissant dans l'appel un message qui s'adresse à lui (« aïe, me voilà pincé »), il devient le sujet d'une idéologie, dans le cas présent l'idéologie du droit pénal. Je veux dire par là qu'il reconnaît une certaine idéologie de la criminalité et sa propre place, en tant que malfaiteur, dans cette idéologie. De même, le récit justifiant l'accommodement culturel apostrophe d'un « Hé, vous, là-bas ! » les membres d'un certain groupe. À la femme noire, on dit que les petites nattes sont un élément de son essence culturelle ; à la lycéenne musulmane, on dit que le foulard fait partie intégrante de sa foi. Et, comme le suggère le personnage du policier, nous ne sommes pas libres d'ignorer un tel appel, ni ce qu'il implique. L'accommodement considéré comme un droit n'est pas simplement quelque chose qui donne aux individus la liberté de choix : il interpelle aussi les membres du groupe minoritaire et définit pour ce dernier une norme qui a force de loi.

La coercition du « temps libre »

Nous concevons souvent notre vie comme divisée entre temps de travail et « temps libre ». Le jeu (*performance*) social associé à notre « temps libre » devient donc le modèle de la liberté : si nous subissons, à l'école ou au travail, une pression pour nous faire faire autre chose, la conclusion naturelle est que ce qu'on attend de nous en ces lieux est « imposé de

l'extérieur ». Mais il suffit de réfléchir un instant pour comprendre notre erreur. La « définition par l'extérieur » vient de partout : la famille, les amis, le mari ou l'amant ont des attentes aussi puissantes et prescriptives que le chef de service ou le collègue. Ceci n'est pas une critique des relations que l'on entretient dans le « temps libre », mais une critique de l'idée selon laquelle ces relations-là seraient « libres » au sens fort du mot. Le vif plaisir tiré de nos relations avec autrui provient même justement de la diversité des attentes que présente chacune de ces relations. Comme presque tout le monde, j'imagine, j'aime passer d'un rôle social à un autre : professionnel sérieux, compagnon décontracté pour vider un verre, intellectuel concentré, bon vivant exubérant, ami intime, fils dévoué, tendre époux, amant passionné. La raison pour laquelle je prends plaisir à ces rôles n'est pas qu'ils me permettent d'exprimer mon identité « sans les restrictions qu'exerce une définition imposée de l'extérieur » (dans la mesure où cette expression a un sens). Chacun d'eux – en fait, chaque situation qui implique d'autres gens – est associé à des attentes complexes, et les relations ainsi nouées ont besoin que chacun des partenaires tienne la promesse implicite contenue dans l'échange. Rien ne nous autorise donc à présupposer que l'identité « maison » avec laquelle un individu se présente dans d'autres contextes sociaux est un produit de sa liberté ; on peut même être à peu près sûr qu'il n'en est rien. Notre image de nous-mêmes, l'identité que nous nous donnons, se développent dans un bain social saturé de pouvoir en tous ses points.

L'idée que les modes de présentation de soi et de commerce avec autrui qui se déploient ou se forment dans la sphère privée – la maison, le quartier, les lieux de loisirs – seraient librement choisis procède d'un schéma simpliste où le pouvoir social s'exercerait uniquement de haut en bas, où les règles et la coercition ne viendraient que de l'État ou d'autres institutions clairement dotées de pouvoir comme l'école ou l'entreprise. Selon cette image-là, certains ont du pouvoir et d'autres en sont dépourvus, ce qui les met à la merci des premiers ; le contrôle social est imposé par les puissants aux impuissants.

Michel Foucault propose une conception plus complexe qui tient compte du pouvoir exercé par les pratiques, idées et groupes informels. Selon lui, tous les acteurs sociaux ont du pouvoir, et le contrôle social résulte de l'interaction d'une foule d'institutions et d'acteurs. L'État n'occupe pas de position privilégiée dans ce schéma ; il coopère et négocie avec d'autres institutions et participe, avec bien d'autres acteurs – y compris les individus et les groupes informels – à la production de savoir, de normes et de prescriptions. Les normes sociales fixant le comportement convenable de différents groupes sont produites et imposées par une très grande diversité d'acteurs : l'État, les entreprises et les écoles bien sûr, mais aussi

les Églises, les clubs de quartier, les bandes de rue, les amis, les membres de la famille. La vie sociale est définie par des relations de pouvoir même dans la sphère la plus intime et apparemment la plus privée. Du reste, les féministes le disent depuis longtemps : la sphère intime est peut-être le lieu où le pouvoir social est le plus puissant et le plus insidieux. Il n'existe aucun lieu d'où pourraient surgir des identités pures, élaborées loin des « restrictions qu'exerce une définition imposée de l'extérieur ».

Cela ne veut pas dire que nous vivions en permanence les identités du « temps libre » comme oppression, mais cela arrive parfois. Il est même probable que beaucoup de gens se servent des règles institutionnelles honnies par les partisans de l'accommodement comme excuse pour échapper à certains rôles sociaux obligatoires à la maison, ou trouvent neuf et enrichissant l'éclairage sous lequel telles normes institutionnelles placent celles du « temps libre ». Certains pourront éprouver le désir de reconsidérer leurs normes héritées ; d'autres s'apercevront qu'au fil du temps des coutumes qui étaient naguère pour eux une seconde nature cèdent le pas à de nouvelles idées. La femme noire confrontée à un règlement d'entreprise lui interdisant les petites nattes pourra finalement accepter, voire apprécier, d'autres coiffures ; la jeune musulmane à qui l'on interdit de porter le foulard au lycée pourra finalement trouver agréable de laisser ses cheveux flotter sur ses épaules.

Les cultures institutionnelles : comment l'accommodement détruit la véritable diversité culturelle

La plupart des demandeurs d'accommodement ne se soucient guère de l'effet de leurs propositions sur la culture des institutions qui, s'ils obtenaient gain de cause, devraient abandonner tout un pan de leur politique. Mais les institutions ont elles aussi des cultures, comme les groupes sociaux moins formels et comme les individus. Ces cultures institutionnelles constituent même une bonne partie de la diversité culturelle d'une société. Les institutions influent sur la vie de tous ceux qui entrent en contact avec elles. Ce sont leurs styles culturels variés, autant et peut-être plus que ceux des individus et des groupes informels, qui donnent à la vie quotidienne sa richesse et son épaisseur. Il est plaisant de voir les partisans de l'accommodement, qui parlent tant de « groupe », ignorer aussi superbement ces manifestations-là de l'appartenance et de la culture de groupe.

Si l'on oblige une institution à aménager ses règles pour laisser s'exprimer les normes et styles culturels de tous ses membres ou de tous ses salariés, on l'empêche de se donner une norme ou un style qu'elle poserait comme condition de l'appartenance. L'accommodement

entre ainsi parfois en conflit avec l'objectif de promouvoir une culture d'institution utile et digne d'éloges. Il aura alors un coût institutionnel important, ce qui n'est généralement pas le cas du droit antidiscriminatoire classique.

Voici un conflit qui concerne la politique d'une prestigieuse université américaine :

L'une des innovations les plus populaires sur les campus de tout le pays au cours de la génération précédente fut celle des dortoirs mixtes, accompagnée de la suppression de tous les règlements tendant à séparer les filles des garçons. On aura donc une bonne idée de l'ambiance actuelle, ici à Yale, en apprenant que l'un des principaux sujets de discussion à la rentrée du semestre d'automne a été la déclaration de cinq étudiants juifs orthodoxes comparant à Sodome et Gomorrhe la situation ainsi créée... Ces cinq étudiants demandent à être exemptés de l'article du règlement intérieur obligeant tous les étudiants de première et deuxième année à résider sur le campus. Ils soutiennent que leurs principes religieux de décence, de respect de l'intimité et d'abstinence sexuelle jusqu'au mariage leur interdisent de vivre dans des résidences où circulent alcools et préservatifs et où il faut partager les salles de bain.

Yale refuse... À en croire les spécialistes de l'enseignement supérieur, ce genre de problème est devenu fréquent dans les années 1990. Les administrateurs sont confrontés aux revendications de toutes sortes de groupes d'intérêt – notamment celles, de plus en plus bruyantes, des conservateurs religieux – qui exigent des conditions de logement, de restauration ou des contenus d'enseignement conformes à leurs besoins particuliers... De nombreux étudiants et membres du corps enseignant, ici sur le campus, pensent que l'affaire pose une question fondamentale : dans quelle mesure l'université doit-elle rassembler les étudiants dans une expérience partagée, et dans quelle mesure doit-elle les encourager à maintenir vivantes leurs identités de groupe ?¹⁹

La pratique des dortoirs mixtes à Yale est elle-même issue d'une rude bataille culturelle sur les relations entre hommes et femmes; et l'obligation faite aux nouveaux arrivants de résider sur le campus est aussi une politique délibérée visant à favoriser l'acculturation à un environnement inconnu. Yale a une forte culture d'institution qui fait la fierté de la plupart de ses étudiants, diplômés et salariés. Les étudiants de premier cycle

¹⁹ William Glaberson, « Five orthodox Jews spur moral debate over housing rules at Yale », *The New York Times*, Section 1, p. 45, 7 septembre 1997.

restent en contact avec la maison où ils résidaient en première année, et beaucoup d'anciens continuent à s'identifier à elle bien après avoir quitté l'université. En outre, il existe un enseignement dispensé dans les résidences et explicitement conçu pour empêcher « l'auto-ségrégation » voulue par les cinq juifs orthodoxes :

Le doyen du premier cycle à Yale, Richard H. Brodhead, a déclaré dans une interview que la possibilité offerte à tous les étudiants, par le moyen de cette vie en communauté, d'entrer en contact avec d'autres visions que la leur est partie intégrante de l'offre de son université. « Si l'on permet à tous les groupes fondés sur une affiliation ou une conviction de se tenir à l'écart de la communauté universitaire, dit-il, on ouvre la porte à toutes les auto-ségrégations contre lesquelles notre établissement s'est toujours battu »²⁰.

Un conflit analogue a surgi à l'université Cornell en 1996 autour de la proposition de ne plus autoriser les étudiants de première année à résider dans les « maisons ethniques » du campus. Le président de Cornell, Rawlings, y était favorable, afin de faire partager une expérience commune à tous les nouveaux inscrits et de faire échec à l'auto-ségrégation : « Les étudiants entrant à Cornell doivent vivre une expérience qui leur montre qu'ils entrent dans une communauté académique, d'abord et avant tout ». La controverse a atteint des sommets quand le militant noir Al Sharpton a prétendu que la volonté de donner à tous les étudiants une première année d'expérience commune procédait du racisme : « On veut plus de Noirs et de latinos sur le campus, ironisait-il, seulement on veut aussi qu'ils se noient dans la masse, de manière à pouvoir ignorer qu'ils y sont »²¹.

L'université était prise entre deux feux : l'année précédente, elle avait été accusée de discrimination pour avoir créé et conservé les « maisons ethniques » que Sharpton déclarait maintenant intouchables. Les adversaires de ces maisons auraient pu retourner son ironie contre lui : « On veut plus de Noirs et de Latinos sur le campus, seulement on veut aussi qu'ils restent entre eux, de manière à pouvoir ignorer qu'ils y sont ». La justice sociale veut-elle que les minorités soient séparées pour faire une place institutionnelle à leur culture et à leurs normes sociales propres, ou bien qu'elles soient intégrées dans le dispositif

²⁰ *Ibid.*

²¹ Nick Goldin, « Cornell battle anew over ethnic dormitories », *The New York Times*, 6 mai 1996, Section B, p. 5.

institutionnel et le mode de socialisation communs d'où proviennent, pour une large part, le prestige et le capital social attachés à une université d'élite ?

Les étudiants mécontents de Cornell, comme les « cinq de Yale », affirmaient que les dortoirs indifférenciés risquaient de saper leur identité spécifique de groupe en leur faisant connaître des chemins plus séduisants. Et, en un sens, telle est exactement l'intention des universités. Le projet libéral (au sens américain) en matière d'enseignement vise entre autres à assurer que les diplômés, quand ils sortiront, auront côtoyé une grande diversité de normes, d'idées et de styles de vie, ce qui les aura obligés à porter sur leur propre culture d'origine un autre regard. Yale et Cornell ont très consciemment adopté une politique destinée à promouvoir une culture d'institution spécifique. L'université n'est pas et ne prétend pas être neutre à cet égard : sa politique est de nourrir activement une forme de vie socialement et culturellement intégrée et d'en faire une partie de son programme éducatif. Cet objectif requiert qu'elles interdisent à leurs nouveaux inscrits de se tenir à l'écart de la vie universitaire partagée. Les partisans de l'accommodement pourraient objecter que la pédagogie de Yale et Cornell n'a qu'à s'en tenir à la transmission du savoir : ce qu'on demande à une université, c'est d'enseigner dans des amphithéâtres, non d'acculturer dans des dortoirs. Mais cette définition étriquée de la mission institutionnelle des universités est pour le moins contestable, et la plupart d'entre elles ne voient pas du tout les choses ainsi. On peut même dire qu'elle est en contradiction directe avec les préceptes les plus fondamentaux de l'éducation libérale, qui met l'accent sur le développement général de la personne plutôt que sur la seule acquisition de capacités techniques.

La volonté manifestée par Yale et Cornell sur la mixité des dortoirs représente elle-même une intervention culturelle de fond, et peut-être fragile : l'Amérique d'aujourd'hui n'est éloignée que de deux générations de l'époque où la ségrégation des sexes et des « races » était la norme. Pourquoi la norme de ces établissements, aujourd'hui attaquée, devrait-elle céder aux pressions de ceux qui veulent la séparation ? Quand bien même il s'agit d'une culture institutionnelle solide et hégémonique, cela ne veut pas dire qu'elle doive accepter de s'effacer : beaucoup de pratiques culturelles sont hégémoniques pour de bonnes raisons, parce qu'elles sont mieux adaptées à un certain environnement ou à des objectifs institutionnels légitimes.

C'est une préoccupation du même genre qui me paraît animer la résistance française contre ceux qui voudraient voir l'enseignement public autoriser le port de vêtements conformes à certaines exigences religieuses. L'argument le plus souvent entendu en faveur de l'interdiction est que les symboles religieux divisent les élèves en fonction de leur religion ou

de leur communauté ethnique alors qu'il convient de les unir dans un projet civique commun. Idéalement, l'école diffuse une éducation politique et sociale autant qu'un enseignement dans des matières plus techniques : l'enseignement public gratuit socialise les enfants dans les normes communes d'une citoyenneté républicaine. Cet objectif d'intégration peut être mal ressenti par les groupes minoritaires qui aspirent à la séparation, mais il est consubstantiel aux acquis les plus fondamentaux en matière d'égalité des citoyens. C'est même l'une des principales raisons invoquées par la Cour suprême des États-Unis pour invalider la ségrégation scolaire, dans son arrêt *Brown v. Board of Education* de 1954 :

L'enseignement... est indispensable à l'accomplissement de nos obligations publiques les plus fondamentales... C'est le fondement même de la bonne citoyenneté. C'est aujourd'hui l'un des principaux instruments pour éveiller l'enfant à des valeurs culturelles, le préparer à sa future formation professionnelle et l'aider à s'adapter normalement à son environnement²².

Ceux qui défendent l'interdiction du foulard disent qu'il entrave l'enseignement public dans sa fonction civique d'intégration. Il marque avec ostentation la personne qui le porte comme membre d'une minorité exotique. C'est un symbole agressif de différence, un rejet de l'identité nationale commune. Pire encore, comme il est porté uniquement par les filles, c'est une affirmation d'infériorité sociale de la femme, radicalement contraire aux valeurs républicaines d'égalité.

On a là de quoi répondre à ceux qui ne voient dans l'interdiction qu'une manifestation d'islamophobie ; et aussi à ceux qui estiment, comme le professeur Nussbaum, qu'elle est inacceptable en tant qu'atteinte à la liberté de religion. Cet auteur reconnaît pourtant que, « à l'époque lointaine où la Turquie décida d'interdire le voile, il y avait à cela une bonne raison : les femmes qui sortaient non voilées étaient harcelées ou agressées. L'interdiction ménagea donc un espace pour le choix de ne pas se voiler et resta légitime aussi longtemps que les femmes n'eurent pas ce choix ». Mais, ajoute-t-elle, « dans l'Europe d'aujourd'hui, les femmes peuvent s'habiller à peu près comme elles l'entendent ; rien ne justifie donc une telle limitation de la liberté de religion ». C'est peut-être vrai dans le centre des grandes villes cosmopolites qui ont le plus de chances d'être visitées par les Américains de passage, mais il semble bien que ce ne le soit pas dans les quartiers plus périphériques, les banlieues ou les

²² *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

petites agglomérations, où les femmes sont précisément confrontées au type de harcèlement que Nussbaum admet pouvoir justifier l'interdiction. Sans compter que la coercition peut prendre différentes formes : même les femmes qui sont « libres » de s'habiller comme elles l'entendent peuvent faire l'objet de pressions indirectes de la part de leur communauté ou de leur famille. Et, bien sûr, les jeunes filles d'âge scolaire sont particulièrement sensibles aux pressions venues des parents et des camarades.

Les partisans de la loi interdisant le port de symboles religieux protestent qu'« il s'agit de préserver la république et sa tradition laïque et démocratique ». Voici par exemple ce que nous dit, en termes poignants, un directeur d'école :

L'école publique française est censée être un lieu de liberté où s'exerce la raison critique. Elle est censée être un espace libre où les adolescents forment leurs opinions sans être gênés par leur identification à une communauté religieuse. Elle entend être un havre où les filles peuvent se développer librement, loin des interdits et prescriptions sexistes comme le foulard qui les met à l'écart du reste de l'humanité. L'école doit, en définitive, être un endroit qui permet à tous, quelles que soient leurs communautés d'origine et l'expression légitime de leur diversité, de progresser vers l'universalité de la condition humaine. La laïcité nous permet de construire à partir de ce qui nous unit et non de ce qui nous divise, et de faire prévaloir des préoccupations universelles en laissant les croyances dans le domaine privé et individuel²³.

Cet idéal n'est pas culturellement neutre ni universellement accepté, mais il est puissant et propre à emporter la conviction. C'est du moins un idéal qu'une institution ou une société peut légitimement adopter et promouvoir. Comme l'a dit un jour l'historien américain Arthur Schlesinger Jr., le libéralisme est une foi combattante. La France a raison de penser que les idéaux républicains de laïcité et de raison critique doivent être défendus. Ils sont peut-être hégémoniques en France, mais malheureusement loin de dominer le monde.

Ici, le contexte est très important : le coût de l'accommodement varie selon la dimension et la situation sociale du groupe qui le revendique. Quand Nussbaum affirme que l'Amérique est plus tolérante que la France, c'est peut-être qu'elle oublie d'autres accoutrements ostentatoires que les Américains supportent mal. Dans l'ensemble, les minorités religieuses visibles ne constituent pas une présence significative dans la société

²³ James Graff, « Should France ban head scarves ? » *Time*, 1^{er} février 2004.

américaine. À titre de comparaison, une enseignante française favorable à l'interdiction du foulard raconte que son école compte « environ un quart d'élèves d'origine nord-africaine et un autre quart de Juifs »²⁴. Si seulement la moitié des effectifs de chacun de ces deux groupes choisit d'arborer un symbole religieux ostentatoire, cela peut singulièrement altérer l'ambiance de l'école et compromettre sa fonction de transmission d'un idéal laïque et civique. Il est donc plus facile pour les Américains d'accepter les accommodements vestimentaires à marque religieuse que pour les Européens, qui sont confrontés à des immigrations très massivement issues de traditions religieuses différentes. En revanche, les Américains sont plus rigides face à des attitudes qui leur paraissent comporter un vrai danger de division sociale. Par exemple, beaucoup d'écoles privées, religieuses ou non, imposent l'uniforme afin d'empêcher les effets de clan associés à des codes vestimentaires. Le port de vêtements signalant l'appartenance à des bandes est interdit dans de nombreux établissements du pays. Il y a même des municipalités qui prohibent le « style rap », avec le pantalon porté si bas sur les hanches qu'il laisse voir les sous-vêtements²⁵ ; c'est ressenti par certains comme une atteinte aux droits de l'individu, mais d'autres estiment que « le style hip-hop est... arboré comme un signe de déviance sociale et s'accompagne d'une démarche distinctive, le balancement du voyou tout gonflé de son importance et sans respect pour l'autorité ». Les tribunaux laissent aux établissements scolaires une très large marge d'appréciation pour interdire les tenues ou accessoires susceptibles de diviser les élèves ou de trop accaparer leur attention : vêtements sexuellement provocants, couleurs ou styles associés à des bandes, chapeaux, bijoux, badges porteurs de messages (explicites ou implicites) inacceptables... Dans un contexte où ce seraient des divisions religieuses qui menaceraient de compromettre la mission éducative de l'école, cette crainte pourrait justifier l'interdiction des signes religieux ostentatoires.

En outre, les États-Unis et la France ont des priorités sociales différentes et, par conséquent, des approches différentes de l'égalité sociale. Depuis toujours, le pluralisme de la société américaine est manifeste, affiché et constitue même une large part de l'identité nationale. La France, au contraire, a longtemps placé l'unité nationale aux premiers rangs de ses priorités et possède un héritage culturel plus nettement circonscrit. Il en découle que le droit américain de l'égalité accepte mieux les différences sociales attachées à des

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Niko Koppel, « Are your jeans sagging ? Go directly to jail », *The New York Times*, 30 août 2007, <http://www.nytimes.com/2007/08/30/fashion/30baggy.html>.

appartenances imputées. Chacun sait qu'il en est résulté des injustices massives pendant une bonne partie de leur histoire.

L'approche française de l'égalité, qui comporte un refus radical d'admettre les catégories ethno-raciales, a ses vertus. Certes, la France n'a pas éliminé la stratification sociale injuste ; mais les États-Unis non plus, en dépit de leur attitude plus « accommodante ». L'une et l'autre traditions ont grand besoin de réformes et d'ajustements. De ce que l'accommodement est un impératif d'égalité aux États-Unis, il ne s'ensuit pas qu'il doive le devenir en France. Il serait même curieux, par souci de diversité culturelle, de vouloir que toutes les nations – dépositaires les plus évidents de la « culture » – adoptent la même approche de la justice sociale, surtout quand, comme ici, cela exigerait la remise en cause d'autres valeurs nationales profondément enracinées.

Il y a des cas où l'accommodement peut rendre une institution plus intéressante, plus vivante et plus inclusive en l'obligeant à faire siens les styles culturels divers de ses salariés et de ses clients. Mais il en est d'autres où les droits culturels et l'obligation d'accommodement auront l'effet inverse : en imposant à l'institution une sorte de « neutralité culturelle », ils l'inciteront à adopter le style le plus incolore, aseptisé et prévisible possible. Confrontée au risque de se voir traîner en justice pour ne pas avoir accordé aux styles et pratiques des minorités culturelles les accommodements auxquels elles peuvent prétendre, une institution encline à la prudence se donnera une politique uniquement fixée sur des buts objectivement défendables comme l'expertise technocratique, l'efficacité ou le chiffre d'affaires. C'est ainsi qu'en voulant garantir le droit à la différence, on arrive à un maximum d'aliénation capitaliste telle que la décrit la gauche depuis Marx. Le projet « droit-à-la-différence » encourage probablement la fade culture unique qu'il prétend être notre réalité d'aujourd'hui.

L'accommodement n'est pas affaire de droits de l'homme mais de politique publique

La cause de l'accommodement est sur un terrain assez solide quand il s'agit de religion, parce que toute protection juridique de la liberté de religion implique une certaine protection des pratiques. Il serait absurde, par exemple, d'interdire la discrimination à l'emploi pour raisons religieuses et de laisser un employeur imposer comme condition d'embauche de réciter le *Credo* ou de rejeter l'autorité du pape. Une société peut évidemment décider de ne pas garantir la liberté de religion. Mais dès lors qu'elle le fait, elle ne peut

éviter un certain degré d'accommodement pour les croyances, pratiques et coutumes parce qu'en fin de compte c'est de cela qu'est faite la religion.

Voilà qui, pour les partisans de l'accommodement, devrait régler une bonne fois la question du foulard. Mais les choses ne sont pas si simples. En réalité, de nombreuses pratiques religieuses cèdent aux exigences de la société. De même que la société peut trouver des accommodements avec certaines pratiques religieuses, les groupes religieux peuvent aussi trouver des accommodements avec la société : les questions de foi sont rarement aussi absolues et non négociables que le prétendent les fanatiques. Pour la plupart des croyants, le compromis est possible. Bien que le droit à l'accommodement soit souvent exprimé en termes absolus, il est en réalité fondé sur l'axiome que les raisons de ne pas trouver d'accommodement sont très faibles par comparaison avec l'intérêt de l'individu à continuer sa pratique. C'est ainsi qu'à la veille du débat parlementaire sur l'interdiction du foulard, Kenneth Roth, le directeur de Human Rights Watch, écrivait : « La proposition de loi est une violation *injustifiée* du droit de pratiquer sa religion... Pour de nombreux musulmans, le port du foulard n'est pas seulement une expression de la foi, c'est une obligation religieuse »²⁶. On ne saurait mieux dire que des violations justifiées sont concevables. De même, Martha Nussbaum condamne l'interdiction du foulard par la France parce que, selon elle, les femmes de ce pays ne sont jamais forcées de le porter, tandis qu'elle juge acceptable l'interdiction du voile en Turquie dans les premiers temps de la République, précisément à cause du harcèlement dont étaient victimes les femmes non voilées.

Si l'on écarte par hypothèse toute raison légitime de refuser des accommodements à un groupe minoritaire, alors l'accommodement apparaît comme un droit qui empêche des institutions toutes-puissantes de nuire à des individus désarmés. Mais une bonne part des litiges qui donnent naissance à une revendication d'accommodement ne correspondent nullement au modèle du puissant agresseur et de sa victime : ce sont des conflits entre normes et objectifs incompatibles.

Accommodement et « coûts communs »

L'idée que de nombreux litiges civils se comprennent mieux en les interprétant en termes de coûts communs que selon le schéma opposant un auteur de préjudice et sa victime est dominante en droit privé depuis que le réalisme juridique américain a élaboré, au début du

²⁶ <http://www.hrw.org/en/news/2004/02/26/france-headscarf-ban-violates-religious-freedom> (c'est moi qui souligne).

XX^e siècle, une critique de la cause objective (*objective causation*). En droit de la responsabilité civile (*tort law*), la jurisprudence aujourd'hui discréditée de la cause et de l'effet, de l'auteur et de la victime du préjudice, a cédé le pas à une autre conception du « dommage », où des activités incompatibles impliquent des « coûts communs ». L'idée centrale, développée au milieu du XX^e siècle par l'économiste Ronald Coase, est que, dans un litige, on ne peut pas déterminer qui est la « victime » et qui l'« auteur » d'un préjudice si l'on ne sait pas qui a juridiquement le droit de continuer ou de faire cesser l'activité contestée, ce qui est précisément l'enjeu du litige²⁷.

Un exemple classique : un train projette des étincelles qui mettent le feu à un champ de blé bordant la voie. Selon l'ancienne conception, l'opérateur du chemin de fer était l'auteur du dommage *infligé* au propriétaire, victime passive. Par conséquent, il fallait l'obliger soit à mettre fin au préjudice en vertu de la doctrine *sic utere tuo ut alienum non laedes* (fais usage de ton bien sans nuire à autrui), soit à « internaliser les coûts de son activité » en versant un dédommagement à la victime.

Coase rejetait cette approche en faisant remarquer que, à considérer l'affaire sans idée préconçue, on avait là non pas une, mais deux activités : le transport ferroviaire *et* la culture du blé. On posait mal le problème en en faisant une question de cause et d'effet ; il fallait le poser en termes d'incompatibilité. Et la question à laquelle il s'agissait de répondre n'était donc pas comment éviter le dommage ou obliger son auteur à internaliser les coûts de son activité, mais laquelle de ces deux activités il convenait d'encourager. Cette reformulation, il en convenait, ne répondait pas à la question, mais avait le mérite de dissiper tout le brouillard métaphysique qui empêchait de comprendre que c'était de politique publique qu'il s'agissait.

On peut aborder les problèmes qui nous occupent ici sous cet angle du « coût commun ». Soit un litige du travail où l'employeur veut appliquer une certaine politique qui aurait pour effet d'écarter tel candidat ou l'obligerait à se conformer à un certain règlement intérieur, tandis que le plaignant veut obtenir la place sans avoir à se plier audit règlement. On a une vision déformée du problème si on le pose en termes de victime et auteur de dommage (« la politique de l'employeur inflige un préjudice aux candidats issus de minorités »). En réalité, le choc de ces volontés incompatibles donne naissance à ce que Coase appelle des « coûts communs ». L'une des deux parties pâtira, quelle que soit la manière dont le litige sera tranché par les tribunaux. Si l'employeur gagne, il pourra refuser au candidat le poste que celui-ci convoite. Mais si c'est le salarié qui l'emporte, l'employeur

²⁷ Ronald Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics* 3 (1), 1960, pp. 1-44.

se verra contraint de suspendre la politique qu'il avait fixée à son entreprise. Il y a « préjudice », d'un côté ou de l'autre, quoi qu'il arrive ; ou, pour parler comme Coase, l'une des parties sera obligée de supporter le coût du choc entre ces objectifs incompatibles. En ce sens, le droit antidiscriminatoire n'évite pas les dommages mais déplace le coût de l'incompatibilité d'un groupe d'acteurs à l'autre.

Ceci n'est pas forcément critiquable. On pourrait même dire que ce déplacement du coût est exactement le but du droit antidiscriminatoire. Prenons l'exemple emblématique d'un employeur raciste qui ne veut pas de Noirs dans son personnel. Une analyse à la Coase dirait que le droit antidiscriminatoire n'empêche pas simplement le raciste de porter préjudice aux Noirs : elle l'oblige à supporter seul le coût de l'incompatibilité entre son désir d'écarter les candidats noirs et le désir des Noirs de trouver un emploi. Formuler le problème ainsi, j'espère, ne changera pas votre avis sur la manière dont le cas doit être tranché : il *faut* faire supporter au raciste le coût en question. Il faut le faire parce que la justice sociale exige que les ressources soient distribuées en sorte d'aider un groupe qui a longtemps souffert à trouver sa place dans l'économie, et non en sorte de soutenir ses oppresseurs ; parce qu'il faut supprimer ce qui alimente l'exclusion raciale ; parce que le désir d'un individu de gagner sa vie mérite le respect, tandis que le désir du raciste de refuser tout contact avec les Noirs mérite le mépris.

En revanche, sur des questions relatives à l'accommodement, on peut arriver à des conclusions bien différentes selon que l'on pose le problème dans les termes traditionnels ou dans ceux de Coase. S'il s'agit d'un règlement intérieur qui interdit un style ou un comportement volontairement adopté, l'analyse en termes de coût commun change tout. Premièrement, le comportement contesté peut être objectivement coûteux pour l'employeur. Imaginons qu'un salarié bilingue décide de s'exprimer dans une langue étrangère, ce qui rendrait objectivement plus difficile de superviser l'exécution de ses tâches ou son comportement au travail : l'employeur devrait alors recruter du personnel d'encadrement supplémentaire. Deuxièmement, il est possible au plaignant d'éviter le conflit en changeant de comportement. Alors que la formulation du problème dans les termes du droit de l'égalité fait de l'une des parties un « auteur » actif de préjudice et de l'autre une cible sans défense, l'analyse de Coase nous rappelle que les deux parties ont les moyens d'influer sur l'issue du conflit.

Si l'employeur encourt un coût réel qui n'a rien à voir avec d'éventuels préjugés, alors l'équilibre normatif pertinent est à rechercher entre le coût pour le plaignant de renoncer à son comportement et le coût pour l'employeur de le tolérer (accommodement). Il peut être

difficile de trancher, sur le plan des principes, entre le coût supporté par la personne obligée de se plier à une politique formellement neutre mais « culturellement discriminatoire » et celui que l'institution aurait à supporter si on l'obligeait à changer de politique. Évidemment, si l'aversion de l'employeur pour un comportement lié à un certain groupe n'est que la manifestation de son aversion pour le groupe, c'est à lui d'assumer le coût de l'accommodement, pour des raisons de justice sociale. Mais si cette aversion est vraiment le résultat de différences *culturelles*, si le litige est un heurt entre normes, préférences esthétiques ou convictions, il n'est pas dit que les normes culturelles de l'employeur ou celles qui sont hégémoniques sur le marché du travail doivent céder devant celles auxquelles adhère le salarié.

L'analyse des questions de différence culturelle et d'intégration en termes de coûts communs met en lumière la présence d'objectifs incompatibles qui appellent une répartition des coûts sociaux, donc des compromis. Si l'on pose que l'un des objectifs centraux du droit antidiscriminatoire est de promouvoir l'intégration sociale et économique des groupes stigmatisés, l'accommodement culturel soulève des questions épineuses, tant factuelles que normatives. Confrontées à une pression sociale et économique visant à les assimiler, quand les minorités culturelles vont-elles le faire, quand vont-elles se replier sur leur isolement, quand vont-elles supporter le coût du maintien de leurs différences dans les institutions majoritaires ? La diversité culturelle est-elle désirable par elle-même ou seulement comme un moyen subordonné à la fin qu'est l'intégration sociale, qui autrement serait difficile à réaliser ? Selon quel critère répartir les coûts de l'accommodement ou de l'unification culturelle ? S'il est possible, par une certaine politique, d'arriver à l'intégration culturelle moyennant un certain coût émotionnel et psychologique qui sera élevé pour la première génération du groupe minoritaire, mais bien moindre et de plus en plus léger pour chacune des générations suivantes, jusqu'à la « pleine intégration » qui n'aura plus de coût du tout, une telle politique est-elle moralement acceptable ? Et notre réponse serait-elle différente si nous savions que l'autre terme de l'alternative conduirait à une fragmentation sociale insupportable, avec des coûts très élevés et persistants tant pour les minorités culturelles que pour la majorité ?

Comment, maintenant, appliquer ce questionnement à la controverse du foulard ? Une loi ou une politique publique qui interdit le foulard *doit* soulever des controverses : sa nocivité ou son caractère justifié ne peuvent être appréciées d'emblée. Aucun principe abstrait tel que « liberté de religion » ou « liberté de conscience » ne donne la réponse, qui dépend entièrement du contexte. Même le professeur Nussbaum, pour qui le respect de la

liberté de religion interdit de l'interdire, admet que sa position serait autre si elle pensait que beaucoup de femmes sont forcées de le porter. Cet aveu démontre qu'il n'y a pas, en matière de pratiques religieuses, de principes stricts ou inviolables qui exigeraient l'accommodement, autrement dit que celui-ci est un choix de politique publique, dont la sagesse dépend du contexte et d'une prévision aussi informée que possible de ses conséquences probables.

Pour ma part, il me semble que la question du foulard et beaucoup de celles qu'on peut ranger sous la rubrique « multiculturalisme » devraient être examinées selon le critère suivant : telle mesure est-elle susceptible de favoriser ou d'entraver l'intégration en douceur de groupes minoritaires défavorisés dans le courant majoritaire plus prospère de la société ? La prédiction n'est évidemment jamais facile. Mais au moins c'est une question à laquelle on peut répondre, ne serait-ce que sous la forme d'un pronostic éclairé. Alors que rien ne permet de faire un pas vers une décision si l'on prétend trancher entre la liberté de religion des musulmanes désireuses de porter le foulard ou la burka, les intérêts de celles qui risquent d'y être forcées par leur entourage sexiste ou conditionnées à le désirer par leur éducation, les intérêts des féministes français(e)s qui trouvent que le voile est un symbole agressif de l'oppression des femmes, ou encore l'intérêt des citoyens français en général à vivre dans une société mieux intégrée socialement et moins saturée de religion.

Selon les partisans de l'accommodement, une société juste doit avoir des égards pour les sentiments d'obligation morale des individus – dont les pratiques religieuses sont un cas exemplaire – quelles qu'en soient les conséquences pour la société ou pour les groupes eux-mêmes. Je pense, quant à moi, qu'une société juste doit chercher à accélérer l'intégration des groupes défavorisés et marginalisés, que cet objectif requière l'accommodement ou la répression de leurs pratiques distinctives. Autrement dit, alors que la position de l'accommodement fait du respect des pratiques minoritaires son objectif principal, je dirais qu'une société juste peut y être indifférente : ni délibérément hostile, ni excessivement déférente. L'impératif d'égalité, ce n'est pas pour moi l'accommodement mais *l'intégration*, c'est-à-dire l'élimination des barrières formelles et informelles qui maintiennent les groupes défavorisés hors du marché de l'emploi et de la dynamique par laquelle est portée la majorité de la société. Si l'aménagement des règles au bénéfice d'une pratique est susceptible d'accélérer l'intégration d'une minorité isolée et défavorisée à un coût qui ne soit pas excessif à d'autres égards, la société doit trouver avec cette pratique des accommodements ; si son interdiction doit avoir pour effet d'accélérer l'intégration du groupe, la société doit l'interdire.

Dans la vision libérale typique de la liberté de religion, la préférence exprimée par les individus est l'expression autonome du soi authentique. Mais les préférences individuelles ne

se forment pas de manière autonome, elles s'élaborent pour une large part en réaction à des contraintes et à des influences externes. Même les femmes qui désirent sincèrement porter le voile valorisent ce dernier pour son importance symbolique, c'est-à-dire pour ce qu'il signifie aux yeux des autres. Comme toute signification symbolique, celle du voile résulte de son réseau de relations avec d'autres symboles au sein d'un système, d'une structure. Dans une société où la plupart des femmes ne le portent pas, le voile prend sens comme riposte à un Occident laïque et cosmopolite, à ses femmes modernes et « débridées » qui exhibent leur peau et lancent des œillades aguichantes, à ses musulmanes laïcisées qui s'empressent d'en faire autant au mépris de leur religion et de leur dignité. Il symbolise donc, entre autres, la résistance aux valeurs et aux mœurs occidentales, notamment à la libération sexuelle et à l'égalité des sexes. Et l'on est en droit de supposer aussi qu'il est une réaction de défense, un défi lancé à une majorité qui depuis des décennies rejette ses immigrés musulmans, exactement comme le « style voyou » adopté par certains jeunes Afro-américains procède pour une bonne part d'une réaction de rejet défensif contre la culture majoritaire et son mépris des Noirs. Remarquons ici que la plupart des autorités religieuses musulmanes disent et répètent que le voile n'est pas une obligation de l'islam : son élévation au rang de signe distinctif de la foi est très probablement la conséquence de son incompatibilité avec l'esthétique cosmopolite occidentale. En ce sens, l'affaire du foulard n'est pas un heurt entre la culture française et une culture étrangère autonome, c'est un conflit né sur le sol français de la rencontre cosmopolite entre une majorité et une minorité.

Une meilleure acceptation des musulmans par les autres Français, leur intégration plus poussée dans la société française majoritaire priveraient peut-être le voile de son attrait comme signe de résistance et de défi. Les femmes qui l'estiment aujourd'hui nécessaire à l'affirmation de leur dignité finiraient par y voir un geste vide de sens et contre-productif ou un vestige des temps difficiles ; celles qui le portent pour être respectées au sein des communautés musulmanes traditionnelles parce qu'elles n'ont pas le choix de leur milieu de vie pourraient y renoncer en faveur des possibilités nouvelles offertes par la société cosmopolite ; peut-être même que les communautés traditionnelles se montreraient moins rigides sur ce point, à mesure que les musulmans et musulmanes s'intégreraient dans la société française majoritaire, adopteraient certaines de ses normes et auraient moins de raisons de lui en vouloir.

Il se peut que l'interdiction du foulard *fasse obstacle* à la réalisation de ces objectifs républicains. Beaucoup de musulmans y verront la confirmation de leurs pires soupçons sur l'islamophobie française, d'où un possible durcissement des attitudes et un accroissement du

nombre de femmes qui porteraient le foulard soit par défi, soit parce que les hommes les y obligerait au nom de la solidarité et de l'unité du groupe. Un enseignant français explique ainsi pourquoi il craint que l'interdiction se révèle contre-productive même pour les filles que leurs parents obligerait à se couvrir la tête : « Si la famille de l'élève est capable d'imposer le foulard, pourquoi reculerait-elle une fois confrontée à la menace d'exclusion ? Au contraire, elle sera enchantée de reprendre la jeune fille à la maison, de la marier ou de l'envoyer dans une école religieuse »²⁸. Il est donc paradoxalement possible que l'autorisation du foulard (accommodement) soit nécessaire pour dégonfler son importance. Elle signifierait une ouverture de la société aux musulmans, qui pourrait faciliter leur intégration dans les institutions majoritaires ; elle diluerait la valeur symbolique de cet accessoire qui, désormais privé de sa qualité de marqueur de dignité et de solidarité, pourrait devenir une expression parmi d'autres des préférences individuelles, avec ses avantages et inconvénients en termes d'acceptation sociale – comme le piercing ou le tatouage – que chacun(e) évaluera à son gré.

Rien de ce que j'ai dit jusqu'ici ne prouve ni même ne laisse entendre que l'interdiction du foulard serait une bonne idée. Personnellement, je crois même qu'elle risque de faire plus de mal que de bien et je la trouve un peu lourde et maladroite. Mais c'est peut-être parce que je la considère avec ma sensibilité d'Américain. À la différence de tous ceux – et ils sont nombreux – qui se sont rangés dans un camp ou dans l'autre, je ne prétends pas avoir la réponse. Je ne fais que proposer une autre manière de réfléchir à la question. Réfuter l'idée que les groupes minoritaires auraient un *droit* inviolable à certaines pratiques culturelles n'est pas dire que l'État ou d'autres acteurs dotés de pouvoir ne doivent en aucun cas trouver des accommodements avec ces pratiques ; c'est dire que ce n'est qu'une *possibilité*. Si l'on réfléchit aux accommodements en termes d'options de politique publique au lieu d'y voir des droits imprescriptibles, on en percevra mieux les enjeux concrets et l'on se donnera plus de chances de prendre les décisions qui feront progresser à la fois les objectifs collectifs et la justice sociale.

J'ai dit que, du point de vue de l'égalité des droits, le but à poursuivre doit être l'intégration des minorités isolées au sein du courant principal de la société française. L'accommodement est au mieux un moyen d'y parvenir ; au pis, il peut y faire obstacle, et dans ce cas il faut y renoncer sans hésitation ni remords. L'accommodement n'est pas une fin en soi ; et, si l'on réussit l'intégration, les questions qu'il pose seront largement dépassées car

²⁸ James Graff, art. cité.

une bonne part des pratiques aujourd'hui âprement discutées soit entreront, pleinement acceptées, dans le courant majoritaire, soit auront perdu toute importance aux yeux de minorités largement assimilées.

Un exemple tiré du passé de la France pourrait être instructif. Dans son célèbre livre sur « la fin des terroirs », qui montre comment « les paysans sont devenus des Français »²⁹, l'historien Eugen Weber écrit que, jusqu'au début du XX^e siècle, les efforts parfois assez autoritaires de l'État central pour fondre en une identité nationale unifiée les différentes provinces de France n'avaient guère été couronnés de succès. Les petites villes étaient des bastions de superstition religieuse où les progrès de la science moderne restaient largement ignorés. Les dialectes régionaux fragmentaient la nation. L'usage du français n'était pas généralisé. Les parents n'envoyaient pas régulièrement leurs enfants à l'école. Les paysans ne savaient pas lire et n'en voyaient guère l'utilité, de même que celle de la connaissance du français. « En 1870, en dépit de l'évidence contraire, les habitants de l'hexagone se reconnaissaient généralement comme sujets français, mais pour beaucoup ce statut n'était rien d'autre qu'une abstraction. Les habitants de régions entières ressentaient peu d'affinités à l'égard de l'État, ou des habitants des autres régions. Avant que cela ne change..., ils durent partager leurs expériences déterminantes. »³⁰

Comment ce changement est-il intervenu ? L'analyse de Weber est frappante : « Abordons ce problème de l'acculturation : ... la désintégration des cultures locales par le modernisme et leur absorption par la civilisation dominante de Paris et des écoles... Ce qui s'est passé correspond à une sorte de colonisation. »³¹ Et, ne reculant pas devant la provocation, Weber refuse de condamner cette transformation qu'il assimile pourtant à du colonialisme :

Le changement est souvent mal commode, mais les changements qu'apportait le modernisme constituaient souvent des émancipations, fréquemment reconnues comme telles. On ne pleurait pas sur les vieilles façons de vivre... Les nouvelles manières qui semblaient autrefois inacceptables étaient maintenant délibérément adoptées et assimilées, non par la « bourgeoisie » servile ou par les intellectuels complaisants, comme dans la relation de [Frantz] Fanon, mais par les gens de toute sorte qui avaient été contaminés par ces manières et y avaient pris goût. Ceci devrait peut-être nous

²⁹ Eugen Weber, *La fin des terroirs*, Paris, Fayard, 1983 [1976].

³⁰ *La fin des terroirs*, p. 690.

³¹ *Ibid.*, p. 691.

faire voir d'un autre œil le « colonialisme » dans les pays sous-développés, qui renvoie aussi à des inégalités régionales dans le développement³².

Weber s'aventure ici en terrain un peu glissant, et il est clair qu'il perd de vue les véritables maux du colonialisme : le mépris de l'autre, l'exploitation et l'exclusion. Mais il y a du vrai dans ce qu'il dit, précisément parce que ce n'était pas l'assimilation culturelle qui mettait le colonialisme du côté du mal. Qui sait comment les choses auraient tourné si la France avait pris au sérieux dès le début l'idée que les sujets de ses colonies devaient être des citoyens français comme les autres ? Il faut bien distinguer entre les politiques qui encouragent ou même exigent l'assimilation et celles qui imposent une hiérarchie des statuts sociaux. Les premières peuvent parfois être justifiées, les secondes jamais.

Pour revenir un moment au cas américain, il est aisé d'identifier précisément les pratiques dont le but était de créer et de perpétuer une hiérarchie raciale et, avec à peine moins de certitude, les manifestations et conséquences contemporaines de ces pratiques. Les personnes d'ascendance africaine furent d'abord esclaves. Après leur émancipation, elles restèrent captives d'un système néo-féodal de péonage lié à l'organisation des récoltes, qui les attachait à la terre et à ses propriétaires presque aussi sûrement que du temps de l'esclavage, avec souvent une vie matérielle encore plus difficile. Les lois de ségrégation dites Jim Crow déniaient aux Noirs toute dignité humaine, et l'application discriminatoire des conditions d'exercice du droit de vote (payer certains impôts, savoir lire) faisait de leur citoyenneté formelle une cruelle plaisanterie. Dans le Nord industriel où ils migrèrent en masse pour échapper aux horreurs du Sud après la fin de la Reconstruction, les pratiques discriminatoires des employeurs et des syndicats les maintinrent dans les emplois les moins rémunérateurs, les moins désirables et les moins stables. Le racisme dans ses formes les plus crues – discrimination ouverte et violences physiques – les poussait et les enfermait dans des ghettos surpeuplés, qui se distinguaient des quartiers ethniques – également misérables – d'immigrants blancs par une ségrégation plus absolue et une pente de paupérisation.

Or la différence culturelle ne fut pas une condition nécessaire, ni encore moins suffisante, de la formation de cette hiérarchie des statuts. Bien des immigrants venus du sud et de l'est de l'Europe à la fin du XIX^e siècle présentaient avec la majorité de la société américaine au moins autant de différences culturelles que les migrants noirs qui arriveront du sud des États-Unis un peu plus tard. Ces deux groupes avaient beaucoup de traits culturels

³² *Ibid.*, p. 698-699.

communs et étaient confrontés à une même épreuve : l'acculturation à la ville et à l'économie industrielle de ruraux ne connaissant à peu près que le travail de la terre. Comme l'écrivent les historiens D.R. Fusfield et Timothy Bates, « les migrants noirs... présentaient les traits qui sont ceux des paysans de tous les siècles confrontés pour la première fois aux conditions de la vie urbaine »³³. Ce qui distinguait les migrants européens, qui s'intégraient et gravissaient peu à peu l'échelle sociale, des migrants noirs qui restaient isolés et bloqués à ses plus bas échelons, ce n'étaient pas des différences culturelles, mais l'idéologie de la race et les pratiques racistes. Une certaine littérature multiculturaliste et anticolonialiste rend un très mauvais service en confondant ces deux problématiques, avec pour conséquence que toute initiative visant à changer ou à influencer les pratiques distinctives des groupes minoritaires – dont certaines ne sont à vrai dire que la triste conséquence de la pauvreté, de l'ostracisme et d'un ressentiment contre-productif – est aujourd'hui condamnée par nombre d'antiracistes comme intolérante et contraire au principe d'égalité des citoyens.

Revenons en France et à Eugen Weber. Les habitants de la Bretagne ou du Languedoc n'aspirent pas à se séparer de la France et ne comparent pas leur sort à celui des fils de Nord-africains ou d'Antillais vivant dans les banlieues les plus sinistres. Pourquoi la « colonisation » de l'Hexagone et l'assimilation de ses populations ont-elles réussi, et non l'intégration des immigrants plus récents, dont beaucoup viennent d'anciennes colonies françaises ? Selon Weber, ce qui finalement a amené les habitants des différentes provinces à accepter le français standard et la culture de la France urbaine, ce ne sont pas tant les sanctions infligées par la puissance publique que les intérêts personnels privés : les emplois industriels offerts à ceux qui parlaient français, le confort et les séductions de la grande ville, de nouvelles manières de donner du sens au monde à la place des vieilles superstitions. De même, l'amélioration de l'offre professionnelle pourrait inciter les musulmans et citoyens français d'origine nord-africaine à renoncer aux marqueurs ostentatoires de la différence de groupe afin de réussir dans un monde du travail cosmopolite. Pour cela, il faudrait une politique garantissant l'ouverture effective des chemins de l'ascension sociale à tous ceux qui désirent s'intégrer : autrement dit, une application volontariste et complète de la législation interdisant la discrimination à raison de facteurs raciaux, ethniques ou religieux, mais pas nécessairement celle relative à des pratiques expressives ostentatoires.

³³ D.R. Fusfield, Timothy Bates, *The Political Economy of the Urban Ghetto*, Carbondale et Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1984, p. 28.

Viser le racisme sans réifier la race : les vertus du minimalisme

Les hiérarchies sociales injustes sont le résultat de distinctions de statut – et non de différences culturelles – entre groupes. Le but doit donc être d'éliminer les pratiques et attitudes discriminatoires et non d'aménager des exceptions pour les différences de comportement entre groupes. La loi et les politiques publiques doivent reconnaître le préjudice causé par ces hiérarchies, tant formelles qu'informelles, et mettre en œuvre des solutions ciblées et efficaces. Le mouvement égalitaire doit porter sur l'élimination des inégalités de statut et laisser aux institutions plus fluides de la démocratie et du marché les questions de différence culturelle. Voici maintenant quelques réflexions et propositions sur des manières possibles de procéder.

Pour un usage prudent des statistiques en lieu et place des accommodements

En France, un consensus politique et un principe constitutionnel très anciens interdisent – sauf exceptions³⁴ – la collecte de statistiques raciales, qui est une pratique banale aux États-Unis même si elle y soulève parfois des controverses. Ce contraste s'explique par des histoires et des mentalités nationales différentes. Selon l'analyse la plus courante, le rejet français a pour origine l'expérience de la Seconde Guerre mondiale et des fichiers raciaux utilisés par l'occupant nazi et le régime de Vichy. Les États-Unis ont certes, eux aussi, un passé assez horrible en matière de racisme d'État, mais rien dans leur histoire n'offre une illustration aussi flagrante des périls de la statistique raciale ; si la classification formelle de la population en races a joué un rôle important dans la formation de la hiérarchie des statuts, les statistiques proprement dites n'ont guère été employées à cette fin. La seule exception notable est l'internement des Japonais et des Nippo-américains pendant la Seconde Guerre mondiale, où les données administratives ont été utilisées pour identifier l'ensemble des personnes d'origine japonaise³⁵. Mais bien peu d'Américains font le rapprochement entre cet épisode et les statistiques. Au contraire, celles-ci sont de longue date un élément important de la lutte contre le racisme et ses conséquences ; c'est pourquoi ceux qui s'y opposent ne sont pas, en

³⁴Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (modifiée par la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel du 6 août 2004), article 8 (1), http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/textes/CNIL-78-17_definitive-annotee.pdf.

³⁵Margo Anderson et William Seltzer, « After Pearl Harbor : The Proper Role of Populations Data Systems in Time of War », congrès annuel de l'Association des démographes américains, Los Angeles, 25 mars 2000, <http://www.uwm.edu/~margo/govstat/integrity.htm>

général, des militants de l'égalité mais des conservateurs hostiles à toute intervention publique visant à redresser ce type d'injustice.

Il y a aussi les différences de mentalité nationale. La plupart des Américains admettent la différence raciale comme quelque chose de naturel, ou du moins d'inévitable, dont la mesure statistique est donc une opération scientifique, idéologiquement neutre. En France au contraire, la notion de race naturelle étant largement rejetée, la collecte de données raciales apparaît comme nécessairement entachée de politique, car elle signifie que des races vont être créées et assignées à des individus qui ne devraient être appréhendés que comme concitoyens. Ainsi le professeur de droit Gwénaële Calvès, éminente adversaire des statistiques raciales, craint que l'introduction de ces catégories dans le recensement français n'impose « un effort pédagogique gigantesque pour que les gens s'habituent aux dénominations retenues, pour qu'ils comprennent dans quelle catégorie ils sont censés se situer, et pour qu'ils acceptent, finalement, de cocher la bonne case. »³⁶ Dans la même veine, Dominique Sopo, président de SOS Racisme, fait remarquer que « la façon dont l'identité se construit en France est très différente de la façon dont elle se construit aux États-Unis... Par conséquent, pour que les catégories ethno-raciales aient une quelconque utilité, il faudrait procéder à des regroupements de catégories. Nous serions alors face à une statistique publique qui ne laisserait pas les personnes se déterminer librement et qui, à terme, présenterait un caractère normatif, prescriptif même. Il est dangereux que la statistique publique crée de l'identité. »³⁷

J'ai mis en garde dans ce texte contre les risques que l'on court à prendre naïvement les différences entre groupes pour des phénomènes intrinsèques et naturels ou pour l'expression authentique de la conscience individuelle ; la résistance française aux statistiques raciales procède des mêmes craintes que celles qui nourrissent la résistance à l'accommodement.

Nous voici donc devant un dilemme : comment lutter contre les formes insidieuses de discrimination – qui empêchent tant de membres des minorités de faire leur chemin dans la société majoritaire – sans renforcer ou réifier les statuts de groupes ? Mon opinion est que la collecte et l'exploitation de statistiques ethno-raciales présentent moins de risques que l'accommodement. Convenablement administrées, ces statistiques donnent le moyen de débusquer les attitudes de préjugé et les pratiques discriminatoires qui produisent la division

³⁶ Gwénaële Calvès, entretien avec Daniel Sabbagh, 28 janvier 2010, French-American Foundation, http://equality.frenchamerican.org/sites/default/files/calvestranscript_fr.pdf.

³⁷ Dominique Sopo, entretien avec Daniel Sabbagh, 28 janvier 2010, French-American Foundation, http://equality.frenchamerican.org/sites/default/files/sopotranscript_fr.pdf.

de la société en races, sans pour autant valider cette division ; elles constituent alors un outil inestimable contre la discrimination.

Considérons le problème de la discrimination masquée, ou « subtile ». Le professeur Nussbaum affirme que le droit à l'accommodement contribuera à son éradication, mais en réalité c'est peu probable. Une règle de droit ou un règlement d'entreprise qui interdit les signes religieux apparents peut tout aussi bien refléter des préjugés islamophobes que des valeurs légitimes comme l'attachement à la laïcité ou à une culture ou image institutionnelle commune. En outre, l'obligation qui serait faite à toute entreprise d'autoriser le port de vêtements et symboles religieux ou ethniques n'empêche nullement la discrimination à l'embauche contre les membres des groupes ainsi protégés ; elle pourrait même constituer une raison supplémentaire de les écarter, car les candidats « majoritaires », eux, n'auront pas de ces exigences. Or il est facile à un employeur animé de motivations discriminatoires de les dissimuler lors du recrutement, surtout quand la description du poste comporte des critères aussi subjectifs que l'« attitude appropriée », la pondération et autres « compétences relationnelles », qui, dans l'économie d'aujourd'hui, jouent un rôle croissant dans ce type de décision. Comme les candidats ne connaissent qu'imparfaitement l'emploi offert et ignorent à peu près tout de leurs concurrents ou des personnes chargées du recrutement, ils n'ont guère les moyens de porter plainte s'ils sont éconduits. C'est ce qui explique que les procès intentés par des salariés pour licenciement ou non-progression de carrière discriminatoires sont aux États-Unis sept fois plus nombreux que ceux qui attaquent une discrimination à l'embauche³⁸.

En revanche, on peut repérer celle-ci grâce aux statistiques : en comparant le groupe des candidats qualifiés à celui des candidats effectivement recrutés, il est possible de déceler un filtrage racial qui, autrement, serait passé inaperçu. Cela ne veut pas dire – contrairement à une objection fréquemment élevée contre cet usage des statistiques – que chaque entreprise devrait pouvoir faire état d'une composition racialement équilibrée de son personnel. Les méthodes de calcul sont suffisamment fines pour prendre en compte les différences légitimes entre groupes et éviter de dévier vers une pratique de quotas ou de proportionnalité : il est possible par l'analyse statistique de prendre en compte, de manière quantifiée, les raisons légitimes d'un déséquilibre, ce qui donnera par différence la mesure réelle de la discrimination entachant tel marché du travail ou la politique de recrutement de telle entreprise.

³⁸ Laura Beth Nielsen, Robert Nelson, Ryon Lancaster et Nicholas Pedriana, "Contesting Workplace Discrimination in Court: Characteristics and Outcomes of Federal Employment Discrimination Litigation 1987-2003", American Bar Foundation, 2008, p. 6 (http://www.americanbarfoundation.org/uploads/cms/documents/nielsen_abf_edl_report_08_final.pdf).

De même, la lutte contre la discrimination « indirecte » (que les juristes américains appellent aussi « impact négatif disproportionné » (*disparate impact*)) a besoin de statistiques. La loi américaine interdit toute pratique – tests de recrutement ou de promotion, par exemple – non justifiée par les nécessités du poste à pourvoir et qui aurait pour effet d'éliminer de manière disproportionnée les membres de minorités. Il n'y a évidemment d'autre moyen de constater cette disproportion que de disposer de chiffres incontestables sur la composition ethno-raciale du groupe des candidats et celle du groupe des admis ou promus.

Le professeur Calvès fait remarquer que la loi française autorise l'usage de statistiques raciales quand elles sont nécessaires à une action en justice³⁹. Mais, lors de la constitution d'un dossier de plainte pour discrimination, il n'est parfois plus possible de réunir les chiffres nécessaires. Par exemple, pour prouver qu'un employeur discrimine à l'embauche, on a besoin de statistiques, d'une part, sur le marché du travail correspondant, d'autre part, sur le personnel de l'entreprise. Une fois prise la décision de poursuivre, il peut être trop tard pour trouver l'information sur l'époque où aurait été commis l'acte de discrimination, par exemple si la composition du vivier des embauchés potentiels ou celle du personnel de l'entreprise a changé entre-temps. Il est déjà assez difficile de prouver la discrimination quand on dispose de chiffres solides ; sans eux, il est à peu près certain qu'une bonne part de la discrimination ne sera jamais détectée.

Les statistiques donnent aussi aux employeurs un moyen clair et objectif de vérifier leur propre conformité à la loi. Faute d'en disposer, une grande entreprise ne peut guère observer le comportement éventuellement discriminatoire de ses responsables, d'autant plus que ceux-ci ont intérêt à le dissimuler : la voilà exposée au risque d'être poursuivie pour discrimination sans avoir jamais eu les moyens de s'en prémunir. Les statistiques permettent aussi aux employeurs d'adopter une démarche proactive et de prendre les mesures nécessaires pour identifier et éradiquer la discrimination avant d'avoir à en répondre devant la justice. Au sein de la législation antidiscriminatoire, les lois qui encouragent un tel comportement sont beaucoup plus efficaces que celles qui ne reposent que sur la détection et la sanction *a posteriori*. À cet égard, il est encourageant que les employeurs français se disent favorables aux statistiques ethno-raciales. Le professeur Calvès est sceptique sur leurs motivations : « Ce que veulent ces employeurs, c'est pouvoir caractériser leurs salariés et les candidats à l'embauche à partir d'un critère ethno-racial, pour pouvoir montrer, dans le cadre de futurs

³⁹ http://equality.frenchamerican.org/sites/default/files/calvestranscript_fr.pdf (pp. 3-4)

procès, que leurs effectifs comprennent bien la “bonne proportion” des membres de tel ou tel groupe. »⁴⁰ Mais si par « bonne proportion » on entend la proportion que l’on peut attendre d’un employeur qui ne discrimine pas, une telle démonstration *doit* constituer une défense contre les plaintes qui s’appuient sur les disparités statistiques comme preuves de discrimination. Pourquoi obliger un employeur à attendre d’être attaqué devant les tribunaux pour pouvoir réunir les statistiques qui lui diront s’il a un problème de discrimination dans son entreprise ? Pourquoi lui refuser un outil assez simple qui lui permettrait d’éviter l’infraction, surtout quand on a à choisir entre cela et une situation où la loi n’est guère appliquée et se prive des moyens de l’être ?

Enfin, les statistiques ont d’autres usages que ceux de l’action judiciaire ou de l’application de la loi : elles peuvent nourrir l’élaboration de politiques publiques plus proactives. Sans statistiques fiables, l’État reste dans l’ignorance de l’ampleur des différents types de discrimination. Quant au testing, il ne peut guère se substituer à ces statistiques globales. Par exemple, mon collègue de Stanford David Laitin et ses collaborateurs ont conduit une expérience de ce genre qui montre que les employeurs français, massivement, préfèrent une candidate portant un nom « bien français » à une autre qui porte un nom sénégalais identifiable comme musulman, mais que la préférence est beaucoup moins marquée quand la candidate au nom de famille sénégalais est identifiable comme chrétienne⁴¹. Cela paraît indiquer que la discrimination pour raisons religieuses pèserait davantage en France que la discrimination pour origine raciale ou nationale (bien qu’on puisse plus vraisemblablement supposer que les employeurs discriminent sur un critère d’acculturation, puisqu’un nom reconnaissable comme musulman peut signaler la décision consciente de souligner une identité religieuse distinctive). Mais les auteurs de l’étude disent aussi que la dimension de leur échantillon était trop faible pour mener à une conclusion certaine : ils soupçonnent que les employeurs préféreraient la candidate au nom à consonance française à celle qui a un nom chrétien sénégalais, mais ils ne peuvent pas l’affirmer. Cela montre que les études de ce genre, aussi instructives soient-elles, ne remplacent pas les statistiques globales : il est souvent impossible de travailler sur un échantillon suffisamment vaste pour en tirer des conclusions sans équivoque.

Certes, il est aussi possible de faire mauvais usage des statistiques ou de les prendre (ou les faire passer) pour la mesure d’une réalité objective de la « race » en tant que

⁴⁰ Gwénaële Calvès, entretien cité.

⁴¹ Claire Adida, David Laitin et Marie-Anne Valfort, « Les Français musulmans sont-ils discriminés dans leur propre pays ? Une étude expérimentale sur le marché du travail », French-American Foundation, 2010, http://frenchamerican.org/cms/webfm_send/164.

différence moralement pertinente entre citoyens. Il importe donc d'éviter soigneusement tout ce qui pourrait nourrir ce genre d'illusion. Les États-Unis ne sauraient se targuer d'y être parvenus. Leurs lois et leurs politiques publiques zigzaguent d'un extrême à l'autre. Parfois, nous prenons les catégories raciales ou autres comme quelque chose de naturel ou du moins d'inévitable, à d'autres moments nous les rejetons comme incompatibles avec les principes de justice ; parfois nous renforçons les différences de groupe en posant sans examen que celles-ci sont l'expression authentique de l'identité et de la conscience de chacun et en pratiquant l'accommodement, d'autres fois nous exigeons une rigoureuse « indifférence à la couleur » même quand cela a pour effet de perpétuer les effets des injustices antérieures. Je le répète, l'expérience américaine incite à la prudence et justifie à bien des égards les réticences des antiracistes français vis-à-vis des statistiques raciales. Mais elle contient aussi des enseignements précieux ; bien souvent, hélas, sous forme négative, celle de chemins qui n'ont pas été pris ou ont été prématurément abandonnés.

Le débat autour de la réforme du recensement américain de 2000 a permis de mieux cerner ce que pouvait être une approche adéquate et modeste des statistiques raciales, mais à celle-ci on a malheureusement préféré la délirante ambition de leur faire refléter l'héritage et l'identité « réels » des individus. Jusque-là, on demandait aux gens de se désigner selon l'une des catégories ethno-raciales figurant sur une liste. En 2000, pour la première fois, chacun a eu la possibilité de cocher autant de catégories qu'il l'estimait nécessaire pour se définir. Cette réforme avait été adoptée en réponse à l'agitation de quelques individus issus d'unions mixtes (et de leurs parents), qui reprochaient au recensement ancienne manière de ne pas reconnaître ce type d'origine ou de ne pas permettre aux personnes ayant des parents de races différentes d'exprimer pleinement leur identité. L'organisation Project RACE (*Reclassify All Children Equally*) déplorait cette lacune dans les termes suivants :

Devoir choisir une seule race nous oblige [nous, les bi- ou multiraciaux] à renier l'un de nos parents. C'est aussi nous demander de commettre une irrégularité, puisque nous devons nous déclarer comme quelque chose que nous ne sommes pas. Les gens d'origines raciales multiples doivent avoir la possibilité de reconnaître *tout* leur héritage. La présence d'une case « multiracial » [autre option initialement envisagée et finalement rejetée] est importante pour que les enfants aient une identité, une terminologie correcte correspondant à ce qu'ils sont⁴².

⁴² <http://www.projectrace.com/aboutprojectrace> (2003).

Dans un autre plaidoyer, encore plus vigoureux, on peut lire :

Obliger un enfant multiracial à se définir seulement comme Noir, c'est perpétuer le mythe que les multiraciaux n'existent pas... La personne multiraciale, empêchée de se déclarer telle, souffre en silence... Bien que la société invite les multiraciaux à choisir, en réalité elle fait le choix pour eux. La riche diversité qu'incarnent, au sens propre, les personnes d'origines raciales multiples reste cachée à la vue, cachée dans le discours, cachée à toute reconnaissance et donc invisible⁴³.

Sur le même thème, un éditorial du *San Francisco Chronicle* proclamait que le recensement devait « refléter le visage changeant de l'Amérique et... répondre à des interrogations statistiques allant jusqu'au cœur de la question “qui suis-je ?” »⁴⁴ Le but ouvertement affiché de la réforme était de refléter avec exactitude l'identité raciale, ce qui sous-entend que celle-ci est une qualité de la personne et que, jusque-là, le recensement n'avait pas prévu assez de catégories pour saisir toutes les nuances de cette réalité. Il fallait, pour reprendre les mots du Projet RACE, une « terminologie correcte ». Mais que doit exactement mesurer le recensement ? Sur quel point importe-t-il qu'il soit « correct » ?

Le Bureau du recensement avait clairement pour intention d'obtenir sur la question de la race des réponses fondées sur les conceptions populaires habituelles de l'ascendance. Roderick Harrison, ancien chef du département des statistiques raciales au Bureau du recensement, morigénait ainsi un contradicteur qui suggérait qu'un recensé ayant deux parents afro-américains serait en droit de se déclarer multiracial, « puisque pratiquement tous les Afro-américains, pratiquement tous les habitants de la planète, ont des origines multiraciales » : « Ceci n'est pas un exercice académique. La question s'adresse à ceux qui sont sérieusement attachés à leur identité multiraciale »⁴⁵. Mais que signifie être « sérieusement attaché » à son identité raciale ? Le Projet RACE croit que le recensement peut offrir à nos enfants une « terminologie correcte » pour dire « *ce qu'ils sont* » – rien de moins... L'éditorial du *San Francisco Chronicle* écrit que le recensement doit aller « *jusqu'au cœur de la question “qui suis-je ?”* »... Ainsi comprise, la tâche du recensement – à supposer

⁴³ Julie C. Lythcott-Haims, « Where Do Mixed Babies Belong? Racial Classification in America and its Implications for Transracial Adoption », *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review* 29 (531), 1994, pp. 539-540.

⁴⁴ Editorial : « Multiracial checkoff is a vote for accuracy », *San Francisco Chronicle*, 8 juin 1997, p. 10.

⁴⁵ Solomon Moore, « Milestone for those of mixed race », *Los Angeles Times*, 16 mars 2000.

que l'on prenne au sérieux ces déclarations – n'est autre que de capter la vérité fugace de nos identités dans la concise géométrie de ses petites cases et de nous la renvoyer approuvée et dûment tamponnée par l'administration. La version « perfectionnée » du recensement introduite en 2000 incite les gens à intérioriser la notion folklorique d'une race objective et biologique. On a là une des plus pures manifestations du pouvoir de l'État au service de l'idée de la différence raciale intrinsèque.

Il est vrai que l'administration américaine déclare ailleurs en toutes lettres qu'elle ne croit pas aux races naturelles. Par exemple, on peut lire dans l'édition révisée des *Race and Ethnic Standards for Federal Statistics and Administrative Reporting* du ministère du Budget : « Les catégories [ethno-raciales] représentent une construction socio-politique destinée à collecter des données sur les caractéristiques ethniques et raciales de vastes groupes de population ; elles n'ont aucun fondement anthropologique ou scientifique... Il ne faut pas en donner une interprétation primordialement biologique ou génétique »⁴⁶. Mais ces précisions ne figurent que dans des directives techniques adressées aux experts et ne contribuent guère à corriger l'interpellation raciale proférée par le recensement dans chaque foyer. Il est même révélateur que la question sur la race, qui dans sa rédaction de 2000 admettait implicitement une certaine subjectivité (« Quelle est la race de cette personne n° 1 ? Cochez une ou plusieurs races pour indiquer comment cette personne se considère elle-même »), soit aujourd'hui formulée en des termes qui posent la race comme fait (« Quelle est la race de la personne n° 1 ? Cochez une ou plusieurs cases »). Il n'est pas exclu que, en fournissant au Bureau du recensement des résultats apparemment plus « exacts », l'innovation de 2000 l'ait réconcilié avec l'idée que la race serait quelque chose d'objectif.

C'est la double crainte de cette réification des races et de l'immixtion de l'État dans l'espace privé qui explique la forte résistance française aux statistiques raciales. Nous l'avons dit, la collecte et l'usage de données raciales par les pouvoirs publics évoque de manière inquiétante les odieuses pratiques de l'Allemagne nazie et du gouvernement de Vichy. Et même si personne ne s'attend à voir le gouvernement de la V^e République faire le même usage de ses données administratives, l'existence manifeste d'une hostilité à l'encontre des immigrés tant dans les sentiments populaires que dans les choix de politique publique fait craindre des dérives ; de sorte que l'idée se heurte à des oppositions radicales.

Mais si le recensement ne cherchait pas à cataloguer les caractéristiques intrinsèques ou l'héritage biologique des citoyens ? S'il ne faisait qu'enregistrer l'identité qui leur est

⁴⁶ Office of Management and Budget, « 1997 Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity », *Federal Register*, vol. 62, n° 210, 30 octobre 1997.

attribuée par la société ? Vu sous cet angle, son objectif serait au fond de mieux connaître *la société*, non pas en connaissant ses individus dans leurs particularités intrinsèques, mais en dressant la carte de ses pratiques sociales, de ses identifications collectives, de ses hiérarchies populaires. Les catégories raciales du recensement américain jusqu'en 2000 étaient grossières parce qu'elles restituaient les catégorisations sociales grossières produites par les idéologies raciales. Elles ne restituaient pas – ni n'ambitionnaient de le faire – l'essence des individus ou les nuances de leur réflexion sur eux-mêmes. Les questions étaient conçues pour obtenir des résultats chiffrés forcément stylisés, en vue de tâches administratives précises comme la mise à jour de la carte électorale ou le suivi de l'inégalité des chances dans l'emploi et l'enseignement. Comme le disait William Spriggs, un haut responsable de l'Urban League : « Les résultats... ne sont pas utilisés dans un sens biologique, ni dans un sens émotionnel (qui sont vos parents, quelles sont vos attaches). Il ne s'agit que de cerner la persistance des inégalités issues de la ségrégation d'État »⁴⁷. Étant donnés ces objectifs, l'ancien recensement avait raison de demander de cocher une seule case, celle qui, selon les termes du formulaire, « décrivait le mieux » la race de la personne recensée.

En permettant de cocher plusieurs cases, le recensement risque aujourd'hui de donner une image *moins* fidèle des pratiques sociales qui produisent l'identité raciale, tout en renforçant une regrettable représentation généalogique de la race. Il risque d'être moins utile à l'information des décideurs publics impliqués dans la mise en œuvre du droit antidiscriminatoire. C'est la raison pour laquelle de très nombreuses organisations concernées par ces questions, parmi lesquelles la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), le National Council La Raza, le National Congress of American Indians et le National Asian Pacific American Legal Consortium (NAPALC), s'étaient prononcées contre la réforme. En Californie, les organisations de défense de l'égalité raciale ont mené une campagne publique d'information et appelé les citoyens qui seraient tentés de cocher plusieurs cases à « cocher la case Noir », et seulement celle-là, afin que l'influence politique des Afro-américains ne se dilue pas. La NAACP et le NAPALC ont organisé des campagnes nationales sur le même thème⁴⁸.

Je suis convaincu que l'ancien recensement était préférable au nouveau, précisément parce que ses catégories raciales grossières étaient totalement inaptes à rendre les nuances du

⁴⁷ Kim Cobb, « Racial revisions to Census forms comfort some, concern others », *Houston Chronicle*, 4 février 2000.

⁴⁸ Cindy Rodriguez, « Civil rights groups wary of Census data on race », *Boston Globe*, 8 décembre 2000, p. A1; Kim Cobb, art. cité.

sentiment d'identité des gens et à proposer une « terminologie correcte pour dire ce que nous sommes ». Cette imprécision, cette inexactitude étaient une force.

La sensibilité que se découvre le Bureau du recensement pour les nuances de l'auto-identification généalogique et subjective ne sera ressentie comme un progrès que par ceux qui s'imaginent que les identités raciales (vis-à-vis desquelles nous sommes priés de montrer un « attachement sérieux ») sont quelque chose de pur, de non corrompu par le pouvoir social. Mais si, comme je l'ai souligné, elles sont un produit de ce pouvoir social, alors le sujet du nouveau recensement – l'identité raciale « sincère » ou intrinsèque de l'individu – est un *effet* du discours racial que l'ancienne formule cherchait à mieux connaître. Le nouveau recensement remplace une démarche scientifique certes un peu grossière mais pragmatique, qui visait à observer, à intervalles réguliers, les pratiques liées à la race et leurs conséquences sociales, par une « surveillance » (dirait Foucault) plus subtile et plus insidieuse, qui enregistre et consolide les identifications subjectives résultant desdites pratiques. L'effort ainsi accompli pour rendre plus « exactes », dans un sens positiviste, les catégories ethno-raciales du recensement sert à fortifier la croyance en l'identité raciale comme attribut de l'individu, qu'il *serait possible* de connaître et de mesurer avec exactitude.

L'ancien recensement était discret : il posait quelques questions simples puis vous fichait la paix. Personne ne pouvait se croire invité à un acte sincère d'auto-identification : il s'agissait d'une répartition sommaire de la population à des fins statistiques limitées. On pouvait cocher la case « Noir » sans contracter pour cela un « attachement sérieux », c'était un rendez-vous de rien du tout, une rencontre d'un soir, tout au plus un mariage de convenance. Le nouveau recensement, avec sa sincérité et sa « terminologie (politiquement) correcte », veut de l'intimité. Il veut savoir qui vous êtes vraiment. Il veut être présenté à vos parents et laisser sa brosse à dents dans votre salle de bains.

Ne vaudrait-il pas mieux reconnaître d'emblée que le potentiel de la relation est limité ? Pour un recensement qui saurait reconnaître le moment où il sied de se rhabiller et d'appeler un taxi, Werner Sollors propose la déclaration liminaire suivante, qui accompagnerait une « question raciale » à cinq cases :

Le ministre de la Justice a constaté que l'État américain avait pratiqué la discrimination contre une partie de la population sur la base de ce qu'on croyait autrefois être les « races » noire, rouge, jaune et brune. Bien que cette croyance n'ait aucun fondement scientifique, il est important de collecter de l'information sur les cinq catégories suivantes, afin de protéger le droit des citoyens à l'égalité et

d'appliquer la législation antidiscriminatoire d'aujourd'hui. Ces données sont utilisées uniquement à ces fins précises et ne correspondent à aucune croyance en la réalité de ces races de la part de l'État américain ou de son Bureau du recensement. Laquelle des « races » suivantes pourrait être utilisée pour vous décrire ?⁴⁹

Patrick Simon, directeur de recherche à l'Institut national d'études démographiques, propose une approche analogue :

Les données d'ethnie et de « race », en l'absence de définition institutionnelle, sont par nature subjectives et changeantes. Les catégories correspondantes sont donc potentiellement instables, susceptibles d'évoluer sous l'effet de revendications identitaires ou de changements dans les politiques d'égalité. Ce sont toutefois précisément ces limitations qui font la valeur irremplaçable des catégories « ethno-raciales » ; ce sont des catégories qui en réalité – à l'encontre de l'argument rebattu qu'on ne cesse de leur opposer – constituent l'exemple paradigmatique d'un système de classification non essentialiste, puisque la subjectivité entre dans leur définition même. En ce sens, elles représentent une nouvelle génération de données quantitatives où l'« authenticité » perd de son importance... Parce qu'elles s'assument comme subjectives et fragiles, parce qu'elles posent leur inscription dans une histoire faite d'esclavage, de colonisation, de xénophobie, d'exploitation et de domination..., les statistiques « ethno-raciales » ont la capacité de révéler des relations de pouvoir historiquement cristallisées⁵⁰.

Cette approche permet, sans réifier les catégories raciales, de les utiliser dans des statistiques qui faciliteront l'application de la législation antidiscriminatoire. Le risque de durcissement progressif de ces catégories, évoqué par Dominique Sopo, peut éventuellement être réduit en insistant sur leur nature contingente et subjective. Il dit lui-même, en défendant l'utilisation de ce genre de catégories dans les tests de situation, qu'« il y a toujours une forme de catégorisation dans la dynamique de l'antiracisme... Par la force des choses, nous n'ignorons pas... que les personnes d'origine maghrébine ou africaine notamment sont

⁴⁹ Werner Sollors, « What Race are You ? », in Joel Perlmann et Mary C. Waters (eds.), *The New Race Question: How the Census Counts Multiracial Individuals*, New York, Russell Sage Foundation, 2002, p. 260.

⁵⁰ Patrick Simon, « The Choice of Ignorance: The Debate on Ethnic and Racial Statistics in France », *French Politics, Culture and Society* 26 (1), printemps 2008, p. 18.

victimes de discrimination raciale. »⁵¹ De ce point de vue, un recensement qui inclurait une question relative au facteur ethno-racial ne ferait que demander aux recensés de reconnaître quelque chose qui fait déjà partie de leur vie quotidienne, dans des termes qui sont aussi ceux de la vie quotidienne. Certes, l'État aurait à déterminer les catégories les plus pertinentes, d'où des arbitrages qui seraient inévitablement controversés. Mais il est exagéré de dire qu'il créerait les catégories de toutes pièces ou les imposerait contre la volonté des individus.

Quant aux craintes concernant l'usage malfaisant qui pourrait être fait de ces informations, comme l'internement ou la déportation de certains groupes, il est possible de les prévenir par des règles strictes sur la manière d'enregistrer les données. Si l'on poursuit des fins statistiques, il n'est pas nécessaire de lier les données ethno-raciales aux individus ou aux adresses : dès lors que le but poursuivi est la lutte contre la discrimination, il suffit que les résultats puissent être triés selon des facteurs impersonnels comme le quartier, l'âge, l'activité professionnelle ou le revenu. Il convient ici de rappeler qu'historiquement les cas les plus notoires d'utilisation abusive de données administratives ethno-raciales ont consisté à exploiter non les recensements mais d'autres fichiers de population plus détaillés.

Enfin, s'il est vrai qu'une liste fermée de catégories ethno-raciales, fixée par l'administration, ne permettrait pas aux individus de définir leur identité, tel n'est pas le but d'un recensement national. Les données ethno-raciales ne seraient rien d'autre qu'un moyen de repérer les pratiques sociales d'assignation et de subordination. En outre, on n'obligerait pas les gens à s'inscrire dans l'une des catégories ethno-raciales proposées : ils pourraient choisir le « refus de répondre ». Ainsi le recensement n'indiquerait pas seulement en tant que membres de quels groupes stigmatisés les citoyens – ou une partie d'entre eux – s'identifieraient, mais aussi le degré auquel ils s'identifieraient ainsi, selon l'ampleur de la discrimination ressentie.

Bref, s'il est vrai que les statistiques ethno-raciales présentent des risques, ceux-ci peuvent être maîtrisés par une explication soigneusement pesée et nuancée de la signification des catégories et par un emploi judicieux de l'information collectée. Pour ma part, je soupçonne que les coûts de ce que Patrick Simon appelle « le choix de l'ignorance » sont bien plus élevés que ceux inhérents à un usage limité et prudent de l'analyse statistique. À tout le moins, la question devrait rester ouverte à l'évaluation des coûts et bénéfices d'une telle innovation et non être verrouillée par une règle rigide prohibant toute statistique ethno-raciale. L'approche que je proposerais fait une place à la « race », mais en précisant qu'il ne

⁵¹ Dominique Sopo, entretien cité.

s'agit pas d'une qualité de l'individu mais d'une étiquette qui lui est attribuée par d'autres. Elle est imprégnée de la conviction que la seule raison pour l'État de poser la question de l'identification ethno-raciale doit être de contrecarrer les effets de cette attribution non voulue par le sujet. Quand il s'agit de la « race » et d'autres identités de statut, le choix n'est pas entre tout et rien. Il faut adopter la devise du modernisme architectural : « *Less is more* ».

Conclusion

À partir d'exemples tirés de la théorie juridique et du droit américains, j'ai tenté de jeter le doute sur les bienfaits de l'accommodement comme réponse aux problèmes d'égalité des droits, ce qui m'a amené à présenter le traitement français de la question du foulard sous une lumière différente de celle sous laquelle le voient ses détracteurs. Il est frappant que les inquiétudes que j'avais assez tôt exprimées à ce sujet dans les cas de différence culturelle – et qui étaient relativement peu partagées aux États-Unis⁵² – étaient déjà celles de beaucoup d'antiracistes français. Du fait des fortes traditions françaises de citoyenneté républicaine et de laïcité, les risques et inconvénients du choix de l'accommodement étaient plus évidents pour les Français que pour les Américains. Et j'ai l'impression que la France est plus à l'aise que les États-Unis avec l'aspiration à intégrer tous les citoyens dans une culture civique commune ; plus honnête aussi.

Mais, pour promouvoir cette intégration, une société doit fournir à tous ses citoyens une chance raisonnable d'entrer avec dignité dans la société majoritaire et d'y faire son chemin. La discrimination extrêmement répandue et les obstacles structurels qui se dressent partout contre la réussite sociale des membres des minorités sapent tout effort d'intégration et nourrissent (non sans quelque raison) le soupçon que l'incapacité de l'État à faire une place à la différence culturelle s'explique plus par des préjugés et du mépris que par un attachement sincère aux idéaux civiques. On ne voit guère comment des préjugés aussi bien camouflés pourraient être débusqués, et encore moins éliminés, sans statistiques fiables. La résistance traditionnelle que la France leur oppose reflète des craintes compréhensibles pour la vie privée, l'égalité et les valeurs républicaines ; mais l'égalité et les valeurs républicaines sont encore bien plus malades de la mise à l'écart persistante d'une minorité importante de citoyens français.

⁵² Richard Thompson Ford, *Racial Culture : A Critique*, Princeton, Princeton University Press, 2005.