

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2000/11
19 June 2000

ARABIC
Original: ENGLISH

المجلس الاقتصادي والاجتماعي



لجنة حقوق الإنسان

اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان

الدورة الثانية والخمسون

البند ٣ من جدول الأعمال المؤقت

البحث الشامل للقضايا الموضوعية المتعلقة بالقضاء

على التمييز العنصري

مفهوم وممارسات العمل الإيجابي

تقرير أولي مقدم من السيد مارك بوسويت، المقرر الخاص، عملاً بقرار

اللجنة الفرعية ٥/١٩٩٨

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٣-١ مقدمة
٢	٤٠-٤ أولاً - مفهوم العمل الإيجابي في القانون الدولي
١٣	٨٣-٤١ ثانياً - القيود المفروضة على تدابير العمل الإيجابي
١٣	٦٥-٤٢ ألف - حظر التمييز
١٨	٨٣-٦٦ باء - من الضروري أن تكون تدابير العمل الإيجابي مؤقتة
٣٢	 المرفق - استبيان بشأن العمل الإيجابي

مقدمة

١ - قررت اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في مقررها ١٠٦/١٩٩٩ بعد أن أشارت إلى قرارها ٥/١٩٩٨ وبعد أن أحاطت علماً بقرار لجنة حقوق الإنسان ٨١/١٩٩٩ ومقرر المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٥٣/١٩٩٩، تحديد إذنها للمقرر الخاص المعني بمفهوم وممارسات العمل الإيجابي بأن يطلب إلى مفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان إرسال استبيان إلى الحكومات والمنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية يدعوها إلى إرسال جميع الوثائق الوطنية ذات الصلة بموضوع العمل الإيجابي.

٢ - وفي ٦ حزيران/يونيه ٢٠٠٠، أرسلت مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان الاستبيان (المرفق) إلى الحكومات والمنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية.

٣ - وحيث أن الوقت المتاح كان قصيراً جداً إلى درجة لا ينتظر معها من الحكومات أن ترد على الاستبيان المرسل إليها، فإن هذا التقرير الأولي سيحتوي على فرع أول يحلل فيه الاتفاقيات الدولية التي تتضمن أحكاماً تتصل بمفهوم العمل الإيجابي، وفرع ثان، يستند بشكل رئيسي إلى بحث النظرية القانونية ويتناول العقود التي يضعها القانون الدولي لتدابير العمل الإيجابي.

أولاً - مفهوم العمل الإيجابي في القانون الدولي

٤ - مفهوم العمل الإيجابي معروف بشكل عام، في القانون الدولي بأنه "تدابير خاصة". وقد كانت الحكومة الهندية أول من أشار إلى هذه "التدابير الخاصة"، أثناء صياغة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. واقتُرحت الهند إدراج فقرة تفسيرية، في نص المادة ٢، يحدد ما يلي:

"ينبغي ألا تفسر التدابير الخاصة التي ترمي إلى النهوض بأي قطاعات متخلفة اجتماعياً وثقافياً في المجتمع على أنها أوجه تمييز في إطار هذه المادة. وقد ترغب اللجنة، بدلاً من ذلك، في إدراج بيان، في تقريرها، يوضح هذا التفسير"^(١).

٥ - وذكر ممثل الهند أن تنفيذ مبادئ عدم التمييز تطرح بشكل خاص بعض المشاكل في حالة الجماعات المتخلفة التي لا تزال موجودة في بلدان متخلفة كثيرة. وأوضح أن في بلده، ينص الدستور والقوانين على تدابير خاصة لتحسين المستوى الاجتماعي والثقافي لهذه الجماعات. فالتدابير من هذا النوع ضرورية لتحقيق المساواة الاجتماعية الحقيقية في مجتمعات متغايرة جداً. وأضاف أن تأكده من أن واضعي مشروع العهد لم يقصدوا حظر هذه التدابير، التي تعتبر تدابير حماية بالفعل، جعله يرى أن من الضروري توضيح أن تدابير الحماية هذه لن تعتبر تمييزية في مفهوم هذه الفقرة. وسحب اقتراحه، رغم ما حظي به من تأييد صريح من ممثلين آخرين. إلا أنه رئي

"أن أفضل طريقة للتغلب على الصعوبة التي تعرض لها الممثل الهندي هي إدراج بيان تفسيري في سجلات اللجنة، بدلاً من إدراج فقرة إضافية في مشروع العهد"^(٢).

٦- واستناداً إلى كرافن، فإن العهد لا يتوخى تحقيق المساواة الكاملة في النتيجة، من حيث أن التوزيع العادل للمواد يفيد جميع أفراد المجتمع. غير أنه يعترف بعملية تحقيق مساواة تجري فيها إعادة توزيع للموارد الاجتماعية لضمان الوفاء بالحقوق الأساسية لكل فرد من أفراد المجتمع، استناداً إلى فكرة تكافؤ الفرص^(٣). وقد ذكرت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في تعليقها العام الأول أن الخطوة الأولى صوب إعمال الحقوق الواردة في العهد هو تحديد القطاعات المحرومة من السكان، التي ينبغي أن تكون محور العمل الإيجابي للدولة الذي يستهدف تأمين الأعمال التام لحقوقها^(٤).

٧- وترد فكرة تكافؤ الفرص على وجه التحديد في المادتين ٧(ج) و ١٣(٢)(ج) من هذا العهد. وتذكر المادة ٧(ج) على وجه التحديد أن الاعتبارين المشروعين الوحيدين في تحقيق تكافؤ فرص الترقية هما الأقدمية والكفاءة. ويحتج كرافن بأن الدول ستبدو ملزمة بإزالة جميع الحواجز التي تعترض سبيل الترقية والتي قد تكون قائمة بحكم القانون وبحكم الواقع على السواء. وقد يتطلب هذا الأمر، بشكل خاص، اتخاذ تدابير إيجابية لتعزيز فرص وصول فئات المجتمع الممثلة تمثيلاً ناقصاً في المناصب الإدارية العليا. وتنص المادة ١٣(٢)(ج) على جعل التعليم العالي متاحاً للجميع على قدم المساواة، تبعاً للكفاءة. وإمكانية اتخاذ تدابير نيابة عن فئات معينة من المجتمع أمر يؤكده نص المادة ١٠(٢) و(٣) من العهد الذي يستوجب توفير حماية خاصة للأمهات قبل الوضع وبعده وللأطفال، لا سيما في مكان العمل.

٨- غير أن كرافن يضيف أيضاً أنه يبدو أن جميع المواد تستبعد إمكانية فرض حصص في سياقي الترقية في العمل والوصول إلى التعليم العالي. وهي تحظر منح المزايا على أسس أخرى غير الأقدمية والكفاءة والمقدرة. ومع ذلك، يرى كرافن أن هناك ما يبرر استخدام نظم التخصيص في كل حالة على أساس أن أحكام المواد مفتوحة "للإنجازات التدريجية" ومن ثم يمكن تبرير إنشاء نظام يخصص نسبة من الأماكن في التعليم العالي للطلبة المنتمين إلى فئة معينة، إذا أمكن إثبات أن ذلك سيسهم في نهاية المطاف في تحقيق تكافؤ فرص الوصول على أساس الكفاءة في مرحلة ما في المستقبل. وحتى في تلك الحالة، فإن عدم إمكانية استخدام الشواغل الأعم المتعلقة بالمنفعة الاجتماعية كأدلة مبررة يعني أن إمكانيات فرض حصص في مجال التعليم العالي والعمل محدودة للغاية.

٩- وتعتبر التعليقات العامة للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مثيرة للاهتمام أيضاً بصورة خاصة. وقد أدرج التعليق العام ٥ "العجز" الذي يمكن على أساسه تبرير المعاملة الخاصة. ولا يوجد في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حكم صريح يتصل بالعجز، ويرجع ذلك على الأرجح إلى عدم الوعي، ولكن اللجنة تذكر بوضوح في تعليقها العام:

"ولا شك في أن الالتزام الواقع على عاتق الدول الأطراف في العهد بالعمل على تعزيز الأعمال التدريجي للحقوق ذات الصلة إلى أقصى ما تسمح به الموارد المتاحة لها يتطلب بوضوح من الحكومات أن تفعل أكثر بكثير من مجرد الامتناع عن اتخاذ تدابير قد يكون لها أثر سلبي على المعوقين. فالالتزام في حالة هذه الجماعة الضعيفة والمحرومة هو اتخاذ إجراء إيجابي لتقليل نواحي النقص الهيكلية ولمنح معاملة تفضيلية مناسبة للمعوقين من أجل بلوغ هدف المشاركة الكاملة والمساواة داخل المجتمع لجميع المعوقين. ويعني ذلك في كل الحالات تقريباً ضرورة تخصيص موارد إضافية لهذا الغرض واتخاذ مجموعة واسعة من التدابير التي توضع على وجه الخصوص لتحقيق هذا الغرض"^(٥).

١٠ - ويرد في التعليق العام رقم ١٣ أن اعتماد تدابير خاصة مؤقتة من أجل الوصول إلى تحقيق مساواة فعلية بين الرجل والمرأة وللمجموعات المحرومة ليس انتهاكاً للحق في عدم التمييز بالنسبة للتعليم، ما دامت هذه التدابير لا تؤدي إلى الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة للمجموعات المختلفة، بشرط ألا تستمر بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها. إذن، في بعض الظروف، لا تعتبر النظم أو المؤسسات التعليمية المنفصلة الخاصة بهذه المجموعات انتهاكاً للعهد^(٦).

١١ - وعندما ناقشت اللجنة الثالثة التابعة للجمعية العامة الأحكام المتعلقة بعدم التمييز الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، أثار ممثل الهند نقطته مرة أخرى واقترح أن تلي المادة ٢(١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فقرة تفسيرية نصها كما يلي: "ينبغي في إطار هذه المادة عدم تفسير التدابير الخاصة الرامية إلى النهوض بأي قطاعات في المجتمع متخلفة اجتماعياً وثقافياً على أنها تدابير تمييزية".

١٢ - وذكر أنه بالنظر إلى معاملة ماضية أو إلى ظروف تاريخية، لا بد من إعطاء قطاع بشري معين مزايا وحماية أكبر لفترة زمنية محددة فقط من أجل تعزيز حقوق هؤلاء الأفراد في استعادة المساواة لهم وإيجاد الظروف التي في ظلها سوف لن تكون هناك حاجة إلى مثل هذه الأحكام، والتي سوف يتحقق فيها تكافؤ الفرص للجميع. وأضاف أنه إذا كانت اللجنة لا تحبذ إدراج هذه الفقرة في مشروع العهد، فإنه ينبغي إدراج فقرة شبيهة من حيث المحتوى في تقرير اللجنة. وأيدت اللجنة مرة أخرى النقطة التي أثارها ممثل الهند وأوضحت أنه ينبغي لهذا التفسير، الذي لا يوجد اعتراض عليه، أن يُذكر بشكل خاص في التقرير^(٧). وذكرت هذه الآراء نفسها بشأن المادة ٢٦^(٨).

١٣ - وأشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام على المادة ٢٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تعتبر حكماً عاماً غير تمييزي إلى أن:

"مبدأ المساواة يتطلب أحياناً من الدول الأطراف أن تتخذ إجراءات إيجابية للتقليل من الظروف التي تسبب أو تساعد في إدامة التمييز الذي يحظره العهد أو للقضاء على تلك الظروف. وعلى سبيل المثال،

فإذا حدث في دولة ما أن كانت الظروف العامة لجزء معين من السكان تمنع أو تعوق تمتعهم بحقوق الإنسان فإنه ينبغي للدولة أن تتخذ إجراءات محددة لتصحيح هذه الظروف. ويجوز أن تنطوي هذه الإجراءات على منح الجزء المعني من السكان نوعاً من المعاملة التفضيلية في مسائل محددة لفترة ما بالمقارنة ببقية السكان. ومع ذلك، وما دامت الحاجة تدعو إلى هذه الإجراءات لتصحيح التمييز في الواقع، فإن التفريق هنا مشروع بمقتضى العهد^(٩).

١٤ - وتؤكد ممارسة اللجنة المعنية بحقوق الإنسان رأيها بشأن العمل الإيجابي. فأتثناء النظر في تقرير السويد، أعيد إلى الأذهان أن المادة ٢٦ لا تشير إلى المساواة أمام المحاكم فحسب، وإنما أيضاً إلى الحماية المتساوية التي يكفلها القانون:

"لم تشر المادة ٢٦ من العهد إلى الجانب السلبي أو غير الفعال فحسب للحماية من التمييز من خلال ضمانات المساواة أمام القانون - وهو جانب مشمول بالفعل في المادة ١٤ من العهد - بل أشارت أيضاً إلى الجانب الإيجابي للحماية النشطة من التمييز على الأسس المتنوعة المذكورة".

١٥ - ورد ممثل حكومة السويد قائلاً إنه 'يوافق على أن المادة ٢٦ تدعو إلى العمل الإيجابي من أجل القضاء على التمييز، وليس إلى مجرد تدابير سلبية للحماية'^(١٠).

١٦ - وفي قضية ستالا كوستا ضد أوروغواي، يشكو صاحب البلاغ من المعاملة التفضيلية، فيما يتعلق بإعادة موظفين عموميين سابقين إلى الخدمة العامة بعد أن كانوا قد أقيروا في وقت سابق على نحو غير منصف لأسباب أيديولوجية أو سياسية أو نقابية. واشتكى صاحب البلاغ من أن هذه المعاملة التفضيلية أضرت بشكل غير عادل بفرصه في الحصول على وظيفة في الخدمة العامة. ورئي أن التمييز المزعوم يعتبر عملاً إيجابياً مقبولاً لصالح مجموعة ألحق بها الضرر في وقت سابق. ورأت اللجنة أن القانون الذي يمنح هذه المعاملة التفضيلية يعتبر "تعويضاً" لأشخاص عانوا فيما سبق من انتهاكات للمادة ٢٦^(١١).

١٧ - وفي قضية بالنطين وديفيدسون وماكينتاير ضد كندا رأت اللجنة أنه لم يكن من الضروري، من أجل حماية الوضع الضعيف للجماعة الفرانكوفونية في كندا، أن تحظر الإعلانات باللغة الإنكليزية. فمن الممكن تحقيق هذه الحماية بطرق أخرى لا تحول دون حرية التعبير، بلغة يختارها الذين يعملون في مجالات مثل التجارة^(١٢). وهكذا، رئي أن حكم العمل الإيجابي تجاوز الحدود في هذه الحالة، وأنه غير متناسب مع غاياته.

١٨ - ويمكن الوصول إلى الاستنتاجات التالية على أساس العهدين الدوليين. أثناء صياغة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، كان من المقبول عموماً أن حظر التمييز والتفرقة على التوالي لا يمنع اتخاذ تدابير إيجابية لصالح الجماعات المحرومة. وكان من المتفق

عليه عموماً أن الحظر لا يستهدف سوى التمييز من النوع الظالم الذي يفتقر إلى أي أساس موضوعي أو معقول. وعلاوة على ذلك، كان من المقبول أيضاً على نطاق واسع أن المساواة لا تعني تطابق المعاملة وأن هناك حالات فيها ما يبرر نص القانون على أوجه تفرقة بين أفراد أو جماعات.

١٩- لذلك، واستناداً إلى ثورنبييري، يمكن استنتاج أن مفهوم العمل الإيجابي لا يتنافى مع قانون العهدين^(١٣). ويذكر فيجابور في نفس المعنى أن من الواضح أن مبدأ عدم التمييز في القانون الدولي الخاص بحقوق الإنسان يقتضي ضمناً معاملة تعويضية غير متساوية للأفراد والجماعات الذين لا يختلفون عن الغالبية بجنسيتهم أو لغتهم أو دينهم وإنما بتخلفهم الاقتصادي والاجتماعي فقط. وهو يجد تأييداً لاستنتاجه هذا في إدراج أحكام الحماية الخاصة في صك لحقوق الإنسان^(١٤). بل يعتقد بعض الكتاب أن أساس التعليقات العامة هو أن العمل الإيجابي من أجل تنفيذ التزامات عدم التمييز بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إجباري^(١٥). ومع ذلك، ينبغي التشديد على أنه لم يرد في أي من العهدين اعتراف صريح بالطابع الإلزامي للعمل الإيجابي^(١٦)، كما لم يجر تعريف شكل العمل الإيجابي والحالة التي يجب فيها القيام بهذا العمل، نظراً لتشعب المسألة.

٢٠- وتضطلع منظمة العمل الدولية بدور رائد في استخدام الاتفاقيات التعزيزية بشكل رئيسي لتنفيذ الأهداف والسياسات المحددة. وقد وضعت منظمة العمل الدولية معايير لتطبيقها، تتفق مع مبدأ الأجر المتساوي عن العمل ذي القيمة المتساوية، وهي مدرجة في دستور المنظمة، ومع مبدأ تساوي كل البشر، بصرف النظر عن العرق أو المعتقد أو الجنس، على النحو الوارد في إعلان عام ١٩٤٤ المتعلق بأهداف وأغراض المنظمة، الذي اعتمده مؤتمر العمل الدولي المعقود في فيلادلفيا.

٢١- واتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التمييز (في الاستخدام والمهنة) لعام ١٩٥٨ (رقم ١١١)، التي تستهدف أساساً التمييز العنصري ولكنها تنطبق كذلك على جميع أشكال التمييز، تطلب من كل دولة عضو التعهد بصياغة وتطبيق سياسة وطنية ترمي إلى تشجيع تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في الاستخدام والمهنة، بغية القضاء على أي تمييز، وسن قوانين تحقيقاً لهذه الغاية والتماس تعاون منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال والهيئات المناسبة الأخرى (المادتان ٢ و ٣). وتعد المادة ٥ واحدة من أوائل المواد في معاهدة دولية التي تسمح صراحة باتخاذ "التدابير الخاصة للحماية أو للمساعدة" التي ترمي إلى تلبية احتياجات خاصة لأشخاص يعترف عموماً بأنهم في حاجة إلى حماية أو مساعدة خاصة لأسباب مثل الجنس، أو السن، أو العجز، أو المسؤوليات العائلية، أو المستوى الاجتماعي أو الثقافي. وهي تنص بوضوح على أن هذه التدابير الخاصة لا تعتبر من قبيل التمييز.

٢٢- وفي عام ١٩٦٠، تم اعتماد اتفاقية شبيهة تتصل بميدان التعليم في إطار منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو). وتفرد اتفاقية اليونسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم، في مادتها ١ كعمل تمييزي، إنشاءً أو

إبقاء نظم أو مؤسسات تعليمية منفصلة. غير أن المادة ٢ تقيّد هذا الحظر. فهي تسمح بـ: '١' نظم منفصلة لتعليم التلاميذ من الجنسين على أساس التكافؤ؛ '٢' نظم تعليم منفصلة لأسباب دينية أو لغوية، تقدم تعليمًا يتفق ورغبات آباء التلاميذ أو أولياء أمورهم الشرعيين، على أساس اختياري وإذا كان التعليم المقدم يتفق مع مستويات معينة؛ '٣' مؤسسات تعليمية خاصة، إذا لم يكن الهدف منها ضمان استبعاد أية جماعة، بل توفير مرافق تعليمية بالإضافة إلى تلك التي توفرها السلطات العامة، في ظل شروط معينة. ولا تشير هذه المادة إلى تدابير خاصة للتمييز المناسب، ولكنها تحدد متى لا تعتبر نظم التعليم المنفصلة تمييزاً. وعلاوة على ذلك، فإنها لا تنص صراحة على إنشاء مدارس حكومية خاصة.

٢٣- وتتصل المادة ٥ من هذه الاتفاقية نفسها بحق أفراد الأقليات الوطنية في ممارسة أنشطتهم التعليمية الخاصة بهم، مثل تدريس لغتهم الخاصة، شريطة ألا يمارس هذا الحق بطريقة تمنع أفراد هذه الأقليات من فهم ثقافة ولغة المجتمع ككل ومن المشاركة في أنشطته، أو بطريقة تمس السيادة الوطنية. وينبغي ألا يكون مستوى ذلك التعليم أقل من المستوى العام وينبغي أن يكون الالتحاق بتلك المدارس اختياريًا. ويتعين على الدول الأطراف أن تتخذ كافة التدابير اللازمة لكفالة إعمال هذا الحق، ولكن لا يوجد ما يشير إلى أن الدولة ملزمة بتوفير مساعدة مالية أو مساعدة أخرى للجماعة. ويصف ثورنبري هذه الحالة بأنها حالة حرية سلبية وليس حرية إيجابية^(١٧). كذلك تشير الأعمال التحضيرية (*Travaux Préparatoires*) إلى أن التدابير الخاصة التي ترمي إلى تلبية احتياجات خاصة لأشخاص في ظروف معينة، مثل الأطفال المتخلفين، والمكفوفين، والمهاجرين والسكان الأميين، لا تعتبر أفضليات "ليس لها ما يبررها"، بل إنها ترفع مستوى أشخاص محرومين إلى حالة من المساواة الحقيقية^(١٨).

٢٤- وتعالج الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، المعتمدة في عام ١٩٦٦، في الفقرة ٤ من المادة ١ ما يسمى بـ "التمييز المناسب": تدابير تتخذ لصالح جماعات أو أفراد من أصل عرقي أو اثني معين من أجل أن تضمن لهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها:

"لا تعتبر من قبيل التمييز العنصري أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم تأدية تلك التدابير، كنتيجة لذلك، إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".

٢٥- وينبغي ربط هذه الفقرة بالفقرة ٢ من المادة ٢ من هذه الاتفاقية نفسها التي تفرض على الدول الأطراف واجب اتخاذ تدابير خاصة لتأمين النماء الكافي والحماية الكافية لبعض الجماعات العرقية أو للأفراد المنتمين إليها، على قصد ضمان تمتعها وتمتعهم التام المتساوي بحقوق الإنسان والحريات الأساسية. وقد جرى التشديد على أن

حماية جماعات معينة لا تعتبر من قبيل التمييز، شريطة عدم استمرار هذه التدابير بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها.

٢٦- ومصدر كل من هاتين المادتين الفقرة ٣ من المادة ٢ من إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الذي اعتمد في عام ١٩٦٣. والسبب في أن الاتفاقية تعالج هذه المشكلة نفسها مرتين هو أنه في حين أن المادة ١ تعرف التمييز وتشير الفقرة ٤ منها إلى حالة يتعين فيها عدم اعتبار تطبيق معاملة مختلفة تمييزياً، فإن المادة ٢ تتصل بالواجبات التي تفرضها الاتفاقية على الدول الأطراف فيها؛ وكلتاها تؤكدان على الطابع المؤقت للتدابير الخاصة، وهو رد فعل نجم عن نظام الفصل العنصري الذي كان قائماً وقتذاك. وقد أعرب بعض الممثلين في النقاش الذي دار بشأن الفقرة المتعلقة بالتدابير الخاصة، عن قلقهم إزاء إمكانية استخدام التدابير الخاصة كسلاح من جانب حكومات تحرص على إدامة فصل جماعات معينة عن بقية السكان، أو لتبرير الاستعمار. غير أنه تم توضيح أن الهدف ينبغي ألا يكون إبراز الفوارق القائمة بين شتى الجماعات العرقية، وإنما تأمين إمكانية للأشخاص المنتمين إلى هذه الجماعات بأن يندمجوا في المجتمع من أجل بلوغ هدف النماء المتساوي لجميع المواطنين^(١٩).

٢٧- وجرى تطبيق الفقرة ٤ من المادة ١ في القضية الاسترالية غير هردى ضد براون، حيث دار جدال بشأن قانون بيتجانتجانتجارا الخاص بالحقوق المتعلقة بالأراضي لعام ١٩٧٨ بوصفه ينطوي على تمييز عنصري^(٢٠). ويهدف القانون الخاص بالحقوق المتعلقة بالأراضي إلى منع أي شخص من غير البيتجانتجانتجارا من دخول أراضي البيتجانتجانتجارا، في الشمال الغربي لجنوب أستراليا، دون تصريح من الهيئة المشتركة للبيتجانتجانتجارا. وكان براون المدعى من السكان الأصليين، فإن لم يكن من البيتجانتجانتجارا، وبالتالي غير مسموح له بالدخول. ورأت المحكمة الأسترالية العليا أنه لا يوجد تمييز، لأن المقصود من قانون الحقوق المتعلقة بالأراضي هو أن يكون تدبيراً خاصاً بمفهوم الفقرة ٤ من المادة ١، من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري. ومع ذلك، رأى خمسة من القضاة السبعة أنه لولا وجود الفقرة ٤ من المادة ١، لاعتبرت هذه الأحكام تمييزية لأنها تميز بين البيتجانتجانتجارا وغير البيتجانتجانتجارا، ويفترض أحد العناصر التي يقوم عليها ذلك التمييز أن كون الشخص من البيتجانتجانتجارا يعني أنه عضو من عرق معين. وبالتالي، رفض القضاة الحجة القائلة بأن قانون الحقوق المتعلقة بالأراضي لا يتعدى كونه يعترف بملكية تقليدية ولذلك فهو ليس تمييزياً على أساس العرق وإنما هو استجابة معقولة لعلاقة تقليدية بالأرض.

٢٨- وحسب براون، فإن القضاة الاستراليين اعتبروا أن الفقرة ١ من المادة ١، من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري تمثل إلى حد كبير جداً حظراً لأي تمييز رسمي بالإشارة إلى معيار يتضمن أي عنصر خاص بالعرق بصرف النظر عن "مشروعيته"^(٢١). ويستتبع ذلك أن أي حكم يتضمن اعتبارات تتعلق

بالسكان الأصليين سيعتبر لأول وهلة تمييزاً ما لم يمكن تصنيفه "تدبير خاص". ولكن، حسب براون، فإن انطواء معيار أساسي على إشارة إلى العرق لا يجعل القاعدة تمييزية في القانون، شريطة أن يكون للإشارة إلى العرق أساس موضوعي وسبب معقول. ولا تصبح القاعدة تمييزية من الناحية القانونية إلا عندما تكون الإشارة دون أساس موضوعي وتعسفية. غير أن في حالة حقوق الملكية التقليدية للبيتجانتجاتجارا، كان هناك معياران آخران وثيقاً الصلة بالموضوع، معيار الأصل القبلي ومعيار الملكية التقليدية. وكون هذه الملكية التقليدية خاصة بمجموعة معينة من السكان الأصليين لا يجعل من الاعتراف بالحقوق المتعلقة بهذه الأراضي أمراً تمييزياً. فالاعتراف القانوني له أساس موضوعي؛ وهو ليس تعسفياً وهو تمييزي فقط من حيث أن هناك سياسة معقولة ومشروعة تتصادف مع الأصل العرقي. ثانياً، يجب ألا تكون الطرائق العملية للمعاملة المختلفة غير متناسبة فيما يتعلق بالمجموعات الأخرى. وهذه مسألة تقييم فيما يتصل بوقائع معينة، وعلى وجه التحديد في حالة الاعتراف بالحقوق المتعلقة بالأراضي، حيث يثير تقييد حرية التنقل مسألة التناسب. وبعبارة أخرى، يؤكد براون، أن حتى عندما لا تكون المعاملة المختلفة تمييزية بالمعنى القانوني، فإن الطرائق العملية، وأسلوب التنفيذ، قد تكون غير معقولة ومن ثم تمييزية على المستوى الثاني.

٢٩- ودارت في الحلقة الدراسية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، المعقودة في عام ١٩٩٨، مناقشة هامة بشأن مشروعية التخصيص والتخصيص. وحسب أحد الآراء، فإن التخصيص والتخصيص يشكلان أداة أساسية لتعزيز المساواة في القانون وفي الواقع للأشخاص ضحايا التمييز، ولكن يرى آخرون أنه سيكون من الأفضل جعل مرافق خاصة متاحة للمجموعات المتخلفة لتمكينها من تلبية المعايير العامة الأهلية. ومع أن الرأي الثاني جاذب للاهتمام، فإن أنظمة التخصيص والتخصيص لا تتعارض بالضرورة مع مبدأ المساواة، ما دامت ذات طابع مؤقت تماماً ولا تستمر لوقت أطول من اللازم لتحقيق الأهداف التي فرضت من أجلها، أي انقضاء المجموعات المتخلفة من عجزها الاقتصادي والثقافي. وأثيرت نقطة حيوية مفادها أنه بالرغم من أن التخصيص والتخصيص قد يكونا مناسبين في ظل ظروف معينة، فيجب أن يكونا دائماً محدودي المدة^(٢٢).

٣٠- ولا يمكن التقليل من أهمية إعلان اليونسكو المتعلق بالعنصر والتمييز العنصري لعام ١٩٧٨، بالرغم من أنه مجرد إعلان، ذلك أنه حصل على تأييد واسع، بعد اعتماده بالاجماع دون تصويت. وهو يعتبر أنه يشكل جزءاً من القانون الدولي لحقوق الإنسان، فهو صك دولي شامل يتناول حماية الهوية الثقافية وهوية الجماعات وقيمة التنوع. ويرد في المادة ١ من الإعلان أن لجميع الأفراد والجماعات الحق في أن يكونوا مغايرين بعضهم لبعض، وفي أن ينظروا إلى أنفسهم وينظر إليهم الآخرون هذه النظرة. إلا أنه لا يجوز للحق في مغايرة الآخرين أن يُتخذ ذريعة للتحيز العنصري أو يرر ممارسات تمييزية، ولا أن يوفر أساساً لسياسة الفصل العنصري. وتقتضي الفقرة ٢ من المادة ٩ اتخاذ تدابير خاصة تكفل للأفراد والجماعات، حيثما كان ذلك ضرورياً، المساواة في الكرامة والحقوق، مع تفادي وسم تلك التدابير بطابع تبدو معه منطوية على تمييز عنصري. ولا تشير هذه المادة إلى "التقدم الكافي"

كهدف من أهداف التدابير الخاصة، مما يجعل أسلوب الإعلان أبوياً بدرجة أقل قليلاً وييدي الاحترام الواجب للجماعات المختلفة.

٣١- وتنص المادة كذلك على أنه ينبغي إيلاء عناية خاصة للجماعات العرقية أو الإثنية المحرومة اجتماعياً أو اقتصادياً، بحيث تكفل لها، على قدم المساواة الكلية ودونما تمييز أو تقييد، حماية القوانين والأنظمة والانتفاع بمزايا التدابير الاجتماعية النافذة، ولا سيما في مجالات الإسكان والعمالة والصحة، بحيث تيسر لها سبل الترقى الاجتماعي والمهني وخصوصاً عن طريق التعليم^(٢٣). والإشارة الصريحة في هذه المادة إلى تدابير اجتماعية واقتصادية أمر جديد؛ وعلاوة على ذلك، تنطوي هذه التدابير أيضاً على التزام باحترام أصالة ثقافة وقيم الأشخاص الذين تستهدفهم هذه التدابير. وفي نفس الاتجاه، تعارض الديباجة بشدة أي شكل من أشكال الامتصاص. ويتمثل الجانب الابتكاري لهذا الإعلان في أنه يؤكد الحاجة إلى العمل الإيجابي وفي الوقت ذاته يعترف بالحق في الاختلاف عن الآخرين.

٣٢- ولاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ سابقة في المادة ٣ من العهدين الدوليين: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المدنية والسياسية) المنصوص عليها في هذا العهد".

٣٣- وقد رأى الكثير من الممثلين أن هذه المادة هي مجرد تكرار للأحكام العامة المتعلقة بعدم التمييز الواردة في المادة ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ولأحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وللأحكام الواردة في المادة ٢٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وبالرغم من ذلك، فقد أشير إلى أن المادة ٣ لم تكتف بذكر مبدأ المساواة بل طلبت من الدول أن تجعل من المساواة حقيقة فعلية^(٢٤). وهكذا أكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام ٤ أن المادة ٣، شأنها في ذلك شأن المادتين ٢(١) و٢٦ من حيث أن هاتين المادتين تتناولان أساساً منع التمييز لعدة أسباب، يعتبر الجنس أحدها، لا تتطلب تدابير للحماية فحسب بل تتطلب أيضاً عملاً إيجابياً يرمي إلى ضمان التمتع الإيجابي بالحقوق. ولا يمكن القيام بذلك بمجرد سن قانون^(٢٥).

٣٤- وفي عام ١٩٧٥ اعتمدت منظمة العمل الدولية إعلاناً بشأن تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة للنساء العاملات^(٢٦). وتنص الفقرة ٢ من المادة ٢ بشكل لا لبس فيه على أن المعاملة الخاصة الإيجابية، أثناء فترة انتقالية، بهدف تحقيق المساواة الفعلية بين الجنسين لا تعتبر تمييزية^(٢٧). وحسب ماكين، فإن هذه الصياغة تلخص بوضوح الأطروحة القائلة بأن المساواة الحقيقية التي تسعى الصكوك الدولية إلى تحقيقها لا تتطلب بالضرورة معاملة متطابقة للجميع، بل إن التدابير التحسينية الخاصة تتفق تماماً مع المساواة ولا تشكل تمييزاً ما دامت لا تستمر بعد انتهاء

الحاجة إليها، وفي نفس الاتجاه قررت اليونسكو في عام ١٩٧٩ أن، بالنظر إلى المعوقات التي تواجه الفتيات والنساء، وإلى حين تكفل "المساواة التامة" في فرص التعليم والتدريب، هناك حاجة إلى برامج خاصة للفتيات والنساء، بحيث يتمكن من تقليص الفجوة وإزالتها في نهاية المطاف^(٢٨).

٣٥- وأثناء صياغة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (المشار إليها من هنا فصاعداً بـ "اتفاقية المرأة")، نوقشت مسألة التدابير الخاصة. وجرى التشديد على أن وضع تدابير مؤقتة من أجل المرأة تهدف إلى إقامة المساواة الفعلية ينبغي ألا يعتبر عملاً تمييزياً. وتنص المادة ٤ صراحة على ما يلي:

"١- لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع، على أي نحو، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة.

٢- لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك تلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية، إجراء تمييزياً".

٣٦- ويتضح أن هذه المادة كانت خلافية من ردود فعل فرنسا والمملكة المتحدة اللتين أصرتا على أنه ينبغي ألا تتطلب الاتفاقية بأي حال من الأحوال من الحكومات فرض "التمييز العكسي" وتقصدان بذلك "التمييز لصالح المرأة" - حيث إن ذلك سيعتبر - إلا في ظروف معينة محددة بشكل دقيق انحرافاً دائماً عن الهدف المتمثل في المساواة في الوضع وتكافؤ الفرص، ولن يكون في الأجل الطويل لصالح المرأة نفسها. ومن ناحية أخرى، ينبغي أن تسمح الاتفاقية، بدون أن تتطلب ذلك، باتخاذ تدابير عمل إيجابي مؤقتة في ميادين خاصة لجعل الفرص متساوية أمام المرأة التي توجد في ظروف لا بد فيها من التغلب على صلة تاريخية غير مرغوب فيها. وسلمت الدول بأنه بالرغم من أن ذلك قد يبدو إجراء تمييزياً، فهو ضروري لاصلاح الأخطاء التي ارتكبت في الماضي في حق المرأة بسبب جنسها. ومع ذلك، جرى التشديد على أنه ينبغي النظر إلى هذا الإجراء بشكل أساسي على أنه تدبير مؤقت ينبغي أن يصبح غير ضروري في الأجل الطويل^(٢٩).

٣٧- ومثلت تدابير الحماية الخاصة المتعلقة بالأمومة إشكالية أيضاً لبعض الدول. ورأت بعض الدول أن التكوين الجسماني ليس مسألة تتعلق بنوع الجنس وإنما شيء ينطبق على النساء والرجال على السواء. ويعتبر ماكين أن الجدل ناجم عن ارتباك واسع النطاق بشأن المصطلحات: "إذا كانت المعاملة المتساوية" تعني دائماً المعاملة 'نفسها' أو معاملة 'متطابقة'، فمن الطبيعي إذن أن تكون التدابير الخاصة غير متساوية، ولكن إذا استخدمت المساواة بالمفهوم المعياري فإن الصعوبة ستختفي. كذلك، إذا كان التمييز يعني عمليات تفريق لا مبرر لها أو غير

معقولة عندئذ ينشأ سؤال عما إذا كان يمكن تبرير تدابير معينة تبريراً موضوعياً. ويمكن اثبات ذلك بسهولة بالنسبة للتدابير الموضوعية لحماية الوظيفة الفسيولوجية للمرأة، خصوصاً الحمل، ولكن على نحو ما بينته منظمة العمل الدولية، يتزايد الاعتراف بأن التدابير الرامية لحماية المرأة كمرأة بحكم طبيعتها الجسدية يمكن أيضاً تطبيقها على بعض الرجال^(٣٠). وعلاوة على ذلك، لم يكن هناك توافق في الآراء أثناء الصياغة فيما يتعلق بما إذا كان ينبغي أن تعالج الاتفاقية المساواة بين الرجل والمرأة أو القضاء على التمييز ضد النساء.

٣٨- وذكرت فوغيل - بولسكي في الدراسة، التي كلفتها بها اللجنة التوجيهية للمساواة بين الرجل والمرأة والتابعة لمجلس أوروبا، أن الدول التي أصبحت أطرافاً في الاتفاقية دون إبداء تحفظات بشأن المادة ٤، كما أنها لم تلزم نفسها بالقضاء على التمييز ضد المرأة فحسب، وإنما التزمت أيضاً باستعادة التوازن بين الرجل والمرأة في كل جانب من جوانب الحياة الاجتماعية من خلال تدابير مناسبة، وبشكل أدق من خلال العمل الإيجابي^(٣١). غير أن هذا الوضع يبدو متطرفاً إلى حد ما. فمن الـ *travaux préparatoires* ونية الكتاب، من المهم ملاحظة أن هذه الاتفاقية تتسم بأنها تعزيزية وبرنامجية ولا تفرض واجبات قانونية ملزمة فوراً. والمادة ٤ تنشئ فحسب إمكانية تحقيق المساواة الفعلية من خلال العمل الإيجابي، وتسلم بأن العمل الإيجابي ينبغي ألا يعتبر من قبيل التمييز^(٣٢). ومع ذلك أحاطت اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة علماً بالحاجة المستمرة إلى اتخاذ اجراءات لتنفيذ الاتفاقية بالكامل باستحداث تدابير لتعزيز المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة. ويوصى بأن تلجأ الدول الأطراف بشكل أكبر إلى استخدام التدابير الخاصة المؤقتة مثل العمل الإيجابي، أو المعاملة التفضيلية أو نظم التحصيل لتعزيز إدماج المرأة في التعليم والاقتصاد والسياسة والعمل^(٣٣).

٣٩- وتنص كل من المواد اللاحقة في اتفاقية المرأة التي تكفل مجموعة متنوعة من الحقوق، على نحو ينطوي على تكرار متعمد على ما يلي: أن تتخذ الدول الأعضاء 'كل' التدابير 'المناسبة'. وتحتج فوغيل - بولسكي بأنه نظراً لأن الاتفاقية تشير إلى "كل التدابير المناسبة" بطريقة الزامية، فهي لا تجعل 'التدابير الخاصة المؤقتة' المشار إليها في المادة ٤ ضرورية فحسب بل كذلك أنسب التدابير الواجب استخدامها، إذا ما أضيف إلى ذلك كون الاتفاقية تسعى إلى تحقيق المساواة الفعلية. وتؤكد فوغيل - بولسكي أن هذا التفسير للعلاقة بين شتى الحقوق الواردة في الاتفاقية والمادة ٤ (التي تقرر عموماً العمل الإيجابي) مستلهم بشكل مباشر من مبدأ "الأثر المناسب أو الكامل" ("الأثر المفيد") ("*effet utile*") الوارد في القانون الدولي^(٣٤). ويبدو أن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة تتفق مع هذا التفسير.

٤٠- وتشير اللجنة في توصيتها رقم ٢٣ بشأن الحياة السياسية والعامة إلى التدابير الخاصة المؤقتة بالطريقة التالية:

"رغم أن إزالة العقبات القائمة بحكم القانون ضرورية فهي غير كافية. وقد يكون عدم تحقيق مشاركة المرأة بالكامل وعلى قدم المساواة غير مقصود ونتيجة لممارسات وإجراءات بالية تعزز مركز الرجل بصورة غير مقصودة. وبموجب المادة ٤ تشجع الاتفاقية على اتخاذ تدابير خاصة مؤقتة، بغية إعمال أحكام المادتين ٧ و ٨ على النحو الكامل. وفي الحالات التي وضعت فيها البلدان استراتيجيات مؤقتة فعالة في محاولة لتحقيق المساواة في المشاركة، جرى تنفيذ طائفة واسعة من التدابير، منها تعيين مرشحات ومساعدتهن مالياً وتدريبهن، وتعديل الإجراءات الانتخابية، وتنظيم حملات تستهدف تحقيق المساواة في المشاركة، وتحديد أهداف عددية وحصص، وتدابير تهدف إلى تعيين نساء في مناصب عامة مثل الجهاز القضائي أو الفئات الفنية الأخرى التي تضطلع بدور أساسي في الحياة اليومية لكل المجتمعات. وإزالة العقبات رسمياً واتخاذ تدابير خاصة مؤقتة لتشجيع مشاركة كل من الرجل والمرأة في الحياة العامة لمجتمعاتهما على قدم المساواة شروط مسبقة أساسية لتحقيق مساواة حقيقية في الحياة السياسية. بيد أنه من أجل التغلب على مخلفات قرون من هيمنة الذكور على المجالات العامة فإن المرأة أيضاً بحاجة إلى تشجيع ودعم جميع قطاعات المجتمع لتحقيق المشاركة التامة والفعالية، وهو تشجيع ينبغي أن تقوده الدول الأطراف في الاتفاقية، وكذلك الأحزاب السياسية والمسؤولون الحكوميون. ومن واجب الدول الأطراف كفالة أن تكون التدابير الخاصة المؤقتة مصممة بوضوح لدعم مبدأ المساواة وتمثل بالتالي للمبادئ الدستورية التي تضمن المساواة لجميع المواطنين"^(٣٥).

ثانياً- القيود المفروضة على تدابير العمل الإيجابي

٤١- يفرض القانون الدولي قيدين رئيسيين على تدابير العمل الإيجابي، هما:

(أ) لا يجوز أن تفضي تدابير العمل الإيجابي إلى التمييز؛

(ب) من الضروري أن تكون تدابير العمل الإيجابي مؤقتة.

ألف - حظر التمييز

٤٢- عند تقييم تدابير العمل الإيجابي، تحظى علاقة هذه التدابير بمبدأ عدم التمييز بأهمية خاصة، وهذا المبدأ هو الصيغة العكسية لمبدأ المساواة وواحد من أهم - إن لم يكن أهم - حقوق الإنسان الأساسية. وقد تم التأكيد رسمياً على مبدأ المساواة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ الذي ينص على ما يلي: "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق"، وفي المادة ١ من ميثاق الأمم المتحدة التي تبين أن أحد مقاصد الأمم المتحدة هو "تحقيق التعاون الدولي... على تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً

والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين". ويرد نص مماثل في جميع صكوك حقوق الإنسان في النظم الإقليمية الدولية، مثل مجلس أوروبا ومنظمة الدول الأمريكية ومنظمة الوحدة الإفريقية.

٤٣- وعدم التمييز هو أساساً طريقة قانونية تُستخدم لإبطال عدم المساواة الذي لا مبرر له، وتقوم على أساس الفكرة القائلة بأنه لا يجوز قانوناً للدولة أن تضر بالفرد بشكل تعسفي^(٣٦). ويرد حظر التمييز في جميع الصكوك الدولية.

٤٤- ومن الممكن أن يتصادم عدم التمييز مع العمل الإيجابي إذا لم يحدد كل منهما بعناية. ففي حين تختفي مع مبدأ عدم التمييز عوامل مثل العرق والجنس والجنسية الخ، من عمليات اتخاذ القرار في المجتمع، يسعى العمل الإيجابي إلى ضمان المساواة الكاملة والموضوعية بأن يضع هذه العوامل في الاعتبار^(٣٧). غير أن العمل الإيجابي، في سعيه إلى تحقيق المساواة، قد يستخدم تدابير متطرفة في بعض الأحيان ومن ثم ينتهك مبدأ عدم التمييز. ولذلك، يجب أن تخضع سياسات العمل الإيجابي للمراقبة المتأنية ويجب ألا يُسمح لها بتقويض مبدأ عدم التمييز ذاته. ولمعرفة متى يصبح العمل الإيجابي تمييزاً، يجدر إلقاء نظرة على الأعمال التحضيرية المتعلقة بعدة صكوك دولية تتضمن مبدأ عدم التمييز.

٤٥- ولدى إعداد النص الخاص بعدم التمييز في المادة ٧ من الإعلان العالمي، ذكرت رئيسة لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، إيليانور روزفلت، أن المساواة لا تعني المعاملة المتطابقة للرجال والنساء في جميع المسائل لأنه توجد حالات معينة يكون فيها الاختلاف في المعاملة ضرورياً. وهذا تأكيد واضح جديد لفكرة أن "المساواة" ينبغي ألا تُفهم بمعناها المعياري فقط وإنما أيضاً بمعناها الشكلي^(٣٨). وحسب لوترباخ، فإنها تنطوي على المساواة تبعاً للحالة^(٣٩).

٤٦- وقد أدى غموض المصطلحات في النصوص المتعلقة بعدم التمييز في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، التي استخدمت كلا من لفظة "تفرقة" ولفظة "تمييز" الواحدة بدل الأخرى للدلالة على نفس المفهوم، إلى قدر كبير من الخلط^(٤٠). من ذلك، على سبيل المثال، عدم الاتساق بين المادتين ٢ في كل من العهدين الدوليين: فالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي يكفل "ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من أي تمييز (*discrimination*)". في حين أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يكفل احترام "الحقوق المعترف بها فيه ... دون أي تمييز (*distinction*)".

٤٧- وتنص المادة ١٤ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بصيغتها الإنكليزية، على أن "يُكفل التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الاتفاقية دون أي تمييز (*discrimination*) بسبب الجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الآراء الأخرى أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الانتماء إلى أقلية

قومية، أو الملكية أو المولد أو أي مركز آخر"، في حين أن الصيغة الفرنسية للاتفاقية استخدمت لفظة "dinstinction".

٤٨- ورغم أنه لا يرد في الأعمال التحضيرية أي تفسير واضح لعدم الاتساق هذا، ينبغي التسليم بأن واضعي النصوص قصدوا، بصرف النظر عن اللفظة المستخدمة، إدراج نفس المستوى من الحماية في العهدين كليهما وفي الاتفاقية الأوروبية. ومن الواضح أن اللفظتين كليهما تستبعدان فقط "التمييز" بالمفهوم "التعسفي" أو "الفرقة الجائرة".

٤٩- ولدى إعداد مشروع الفقرة ٢ من المادة ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اكتست الفكرة القائلة بأن أشكال التمييز ليست كلها غير مشروعة أهمية حاسمة، إذ أيدت أغلبية ساحقة تعديلا تقدمت به ثلاث دول (الأرجنتين وإيطاليا والمكسيك) للاستعاضة عن لفظة "distinction" بلفظة "discrimination"^(٤١). وذكر أن الغرض من ذلك كان التأكيد على أن بعض أشكال التمييز قد يكون لها ما يبررها لتعزيز موقف قطاعات معينة من السكان تعاني من التخلف والحرمان.

٥٠- وبالمثل، أضافت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، في تعليقها العام على المادة ٢٦ بشأن المبدأ العام المتعلق بعدم التمييز والوارد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ما يلي: "غير أن التمتع بالحقوق والحريات على قدم المساواة لا يعني المعاملة المماثلة في كل حالة من الحالات" كما ذكرت اللجنة أن "كل تفريق في المعاملة لا يشكل تمييزا"^(٤٢).

٥١- ومن نفس المنطلق، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في قضية اللغات في بلجيكا، ما يلي:

"إن المادة ١٤ لا تحظر، على الرغم من الصيغة الفرنسية المتسمة بالعمومية البالغة "sans distinction aucune" كل فرق في المعاملة لدى ممارسة الحقوق والحريات المعترف بها. ويجب قراءة هذه الصيغة في ضوء النص الإنكليزي الأكثر تقييدا (without discrimination)"^(٤٣).

٥٢- وفيما بعد، ازداد مفهوم عدم التمييز وضوحا نتيجة لعدد من الدراسات التي أجراها مقرررون خاصون تابعون للجنة الفرعية^(٤٤). وقد خلص الفقه القانوني الحديث إلى الاستنتاجات التالية:

(أ) من المقبول عالميا في الوقت الحاضر أن لفظة "تمييز" يجب أن تقتصر على الاختلافات التعسفية وغير المشروعة في المعاملة.^(٤٥) أما "الفرقة" فهي مصطلح محايد يستخدم في حالة عدم التأكد مما إذا كان هناك أم لم يكن مبرر لاختلاف المعاملة. وعلى العكس من ذلك، تشير لفظة "تفريق - differentiation" إلى اختلاف في المعاملة، رئي أنه مشروع^(٤٦)؛

(ب) وبناء على ذلك، لا تُحظر كل معاملة مختلفة، وإنما يقتصر الحظر على المعاملة التي تفضي إلى تمييز. وهذا يؤدي إلى طرح السؤال لمعرفة متى تصبح المعاملة المختلفة غير مقبولة أو متى يمكن تبرير أي تفرقة من أي نوع كانت^(٤٧).

٥٣- وقد سعت المحاكم الدولية والمؤلفون على الصعيد الدولي إلى استكشاف المعايير التي تسمح بتحديد ما إذا كان اختلاف معين في المعاملة يعتبر انتهاكاً لمبدأ عدم التمييز.

٥٤- وفي قضايا جنوب غرب أفريقيا، أكد القاضي تاناكا، مشيراً إلى أن المساواة هي المبدأ والمعاملة المختلفة هي الاستثناء، على أنه يجب على من يشير إلى معاملة مختلفة إثبات مبررها ومعقوليتها؛ ويجب ألا تحدث هذه المعاملة تعسفاً بل يجب أن تتماشى مع العدالة^(٤٨).

٥٥- وفي قضية اللغات في بلجيكا، رأت المحكمة الأوروبية، متبعة المبادئ التي يمكن استخلاصها من الممارسة القانونية في عدد كبير من الدول الديمقراطية، ما يلي:

"يُنتهك مبدأ المساواة إذا انتفى الغرض والمبرر المعقول للتفرقة. ويتعين تقدير وجود هذا المبرر بالاقتناع مع الغرض والآثار المترتبة على التدبير قيد النظر، على أن تُراعى المبادئ السائدة عادة في المجتمعات الديمقراطية. والاختلاف في المعاملة عند ممارسة حق منصوص عليه في الاتفاقية يجب ألا يتوخى تحقيق هدف مشروع فحسب: تُنتهك كذلك المادة ١٤ عندما يثبت بوضوح عدم وجود علاقة تناسب معقولة بين الوسائل المستخدمة والغرض المتوخى"^(٤٩).

٥٦- وقد طُبقت هذه المبادئ مراراً وتكراراً في عدد كبير من القضايا اللاحقة^(٥٠).

٥٧- وحذت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة حذو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وأعلنت في آرائها وفي التعليق العام رقم ١٨ أن

"كل تفریق في المعاملة لا يشكل تمييزاً إذا كانت معايير التفریق معقولة وموضوعية وإذا كان الهدف هو تحقيق غرض مشروع بموجب العهد"^(٥١).

٥٨- وقام مؤلفون مختلفون بتحليل العناصر المختلفة التي يتألف منها التمييز^(٥٢) ويتمثل أحد هذه العناصر في السبب الذي يقوم على أساسه التمييز. وقائمة الأسباب المحظورة في الصكوك العامة لحقوق الإنسان غير مستنفدة. ويتضح ذلك من توسيع نطاق الأسباب الأربعة الواردة في الميثاق (العرق واللغة والدين والجنس) لتشمل الأسباب الـ ١٢ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين، ثم الأسباب الـ ١٣ التي تضمنتها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ كما استخدمت القائمة لفظة "مثل" التي تسبق تعداد هذه الأسباب.

٥٩- وعليه، يمكن أن تكون التفرقة القائمة على أساس سبب آخر تفرقة تعسفية؛ كما أن بعض أشكال التفرقة القائمة على بعض الأسباب الوارد تعدادها ليست بالضرورة غير مشروعة. ومع ذلك، يكون السبب الذي تقوم عليه التفرقة مهما في تحديد ما إذا كانت التفرقة تعسفية أم لا. بيد أن السبب في حد ذاته ليس العامل الحاسم وإنما العامل الحاسم هو العلاقة أو الصلة بين السبب والحق الذي تظهر التفرقة في ممارسته. ويقتضي الأمر وجود "صلة كافية" بين الحق والسبب أو، بتعبير آخر، يجب أن يكون السبب "ذا صلة" بالحق المحدد الذي تظهر التفرقة في ممارسته. وما يتوخاه التشريع المعني من هدف عام أو غاية ليس بالعامل الحاسم وإنما العامل الحاسم هو صلة السبب المعين بالحق المعينة. بيد أن من الممكن أن تكون التفرقة التي ينص عليها تشريع ما تouxيا لهدف مشروع تماماً تفرقة تمييزية - وأن تشكل بهذا المعنى انتهاكا لحقوق الإنسان - إذا رئي أن السبب الذي تقوم على أساسه غير ذي صلة بالحق المعني.

٦٠- والاستعاضة عن صفة "غير ذي صلة" بصفة "تعسفي" ليست مجرد إحلال لفظ محل لفظ آخر. فالفرق يكمن في المستوى الذي يتعين عنده تقييم طابع التفرقة غير المشروع. فلو تعيّن أن يحدد هذا المستوى بالنسبة للأهداف والغايات العامة للتشريع، فسيكون التقييم سياسيا خالصا وغير ملائم للحكم القضائي. ولكن النقطة الأساسية هي أن القاعدة القانونية لا تعتبر مشروعة بالضرورة لمجرد أنها تتوخى تحقيق هدف مشروع. ويجب على القانون، بوصفه طريقة تُستخدم لبلوغ أهداف معينة، أن يحترم مقتضيات أساسية معينة. وأهم هذه المقتضيات احترام مبدأ المساواة الذي يحظر استحداث أشكال للتفرقة تقوم على أسباب غير ذات صلة بالحق المعني أو بالحرية المعنية.

٦١- وعلى الرغم من أن تقييم صلة السبب بتقييم العلاقة بين هذا السبب والحق أو الحرية المعنيين يستلزم حكما قيميا يمكن أن يتأثر باعتبارات سياسية، فإنه يظل فعلا قضائيا. والتحديد المسبق للسبب (الذي تقوم التفرقة على أساسه) وللمسألة (التي تمارس التفرقة في سياقها) بوصفها حقا يؤدي إلى تقليص العنصر السياسي إلى أدنى حد ويحافظ على الطابع القضائي للتقييم. وينبغي ألا يكون النهج مختلفا أساسا عند تقييم الفروق المدرجة في إطار سياسات "العمل الإيجابي".

٦٢- ولا شك في أن الضرورة قد تقتضي اتخاذ تدابير خاصة لضمان المساواة الكاملة لفئات من السكان ظلت، مدة قرون أحيانا، تعاني من وضع غير موات في المجتمع. ولكن ينبغي أن يكون من الواضح أنه لا يجوز قبول كل تدبير يتخذ لتنفيذ سياسات من هذا القبيل على أنه تدبير مشروع بصرف النظر عن سبب التفرقة أو طبيعة الحق الممنوح. وحتى إذا ثبت أن الفروق المدرجة في إطار سياسات عمل إيجابي هي فروق تقوم على نفس السبب الذي قامت عليها حالات كانت تتسم سابقاً باللامساواة، ينبغي مع ذلك أن تخضع القواعد القانونية المعنية لاختبار المساواة.

٦٣- وبمجرد أن فئة معينة من السكان عانت من ظروف اقتصادية أو اجتماعية غير مواتية لا يعني وحده أنه ينبغي - بغية تحسين وضع هذه الفئة المادي - اعتبار أن أي تفرقة تقوم على الخاصية التي تعرف بها هذه الفئة هي تفرقة مشروعة، حتى إذا كان هذا السبب غير ذي صلة كأساس للتفرقة فيما يتعلق بحق معين. وليس هناك ما يبرر منح مزايا اجتماعية خاصة لأشخاص لا يحتاجون إليها ولكنهم ينتمون إلى الفئة التي كانت في وضع غير موات، ورفض منح هذه المزايا نفسها لأشخاص يحتاجون إليها بالفعل ولكنهم ينتمون إلى الفئة التي كانت تعيش من قبل في ظل ظروف اجتماعية أفضل.

٦٤- وينبغي أن يتمحور العمل الإيجابي حول اتخاذ التدابير التي يُنتظر منها أن تلبّي الاحتياجات المحددة للفئة التي اتخذت لصالحها، وليس حول تقييد منافع التدابير على أساس العنصر الذي يميز تلك الفئة عن سائر فئات السكان ولكنه غير ذي صلة فيما يتعلق بالحق المعني. واختيار التدابير وتوقيتها وموقعها هي العوامل التي تجعل السياسات تفيد الفئة المستهدفة، دون انتهاك حقوق الأشخاص غير المنتمين إلى تلك الفئة - بما فيها حقهم في المساواة في حماية القانون لهم دون تمييز. ولا يجوز بأي حال من الأحوال حرمان أي شخص من حق أساسي بحجة أن هذا سيزيد من مساعدة الجماعات المحرومة بشكل خاص على التغلب على عواقب التمييز الذي تعرضت له من قبل^(٥٣).

٦٥- وينبغي ألا يفسر تنفيذ برنامج للعمل الإيجابي على أنه يبرر أي تفرقة تقوم على أي سبب يتعلق بأي حق لمجرد أن الهدف من البرنامج هو تحسين أوضاع المحرومين من الأفراد والجماعات. ومن شأن تفسير من هذا القبيل أن يبرر سن تشريعات عبثية لا تحترم حقوق الإنسان على الإطلاق ولا المبدأ الأساسي الذي يقضي بالمساواة وعدم التمييز.

باء - من الضروري أن تكون تدابير العمل الإيجابي مؤقتة

٦٦- يؤكد القانون الدولي باستمرار على اشتراط "المدة المحدودة" للتدابير الخاصة. وقد جرى تأكيد أن قبول العمل الإيجابي - رغم عدم تعارضه مع القانون الدولي - لا يسمح بإغفال حدود العمل الإيجابي التي نص عليها العهدان الدوليان^(٥٤). ومن ثم، لا يجوز أن يؤدي منح تدابير العمل الإيجابي إلى الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة ويتعين وقف هذه التدابير بغية تحقيق الأهداف التي اتخذت من أجلها^(٥٥).

٦٧- وما يجب تفاديه حتما هو أن تؤدي المعاملة الإيجابية إلى وسم من يتلقونها أو إلى حالة يكون فيها الأشخاص "منفصلين ولكنهم متساوون"، وهي نظرية سبق تطبيقها في الولايات المتحدة ومفادها أن السود منحوا نفس الحقوق الممنوحة للبيض ولكن فرضت عليهم ممارسة هذه الحقوق بمعزل عن البيض، أو فرض عليهم، وهذا

أسوأ، "فصل عنصري" جديد. ويكشف اشتراط "المدة المحدودة" الفرق بين مفهومين متداخلين في القانون الدولي هما "حماية الأقليات" و"منع التمييز".

٦٨- ومن الواضح أنه يمكن للأقليات والجماعات المحرومة، على السواء، اللجوء إلى مبدأ عدم التمييز الذي يحميها من التمييز القائم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني أو اللغة. وبالمثل، يمكن للأقليات والجماعات المحرومة أن تستفيد من التدابير الخاصة، في إطار الشروط السابق ذكرها أي المدة المحدودة ووجوب ألا تفضي التدابير نفسها إلى التمييز، وذلك للتغلب على عواقب المعاملة التمييزية السابقة أو على التمييز المنظم.

٦٩- غير أن من الواضح أن التدابير الخاصة من هذا القبيل لا تكفي لتغطية المسائل المتعلقة بممارسة الأشخاص المنتمين إلى أقليات لحقوقهم في التمتع بثقافتهم وإعلان الانتماء لدينهم وممارسة شعائره أو استخدام لغتهم. وتتطلب ممارسة هذه الحقوق اتخاذ الدول لتدابير حماية دائمة، وهذا مفهوم أوسع نطاقاً.

٧٠- ويعد مفهوم "حماية الأقليات" واحداً من أقدم اهتمامات القانون الدولي؛ وقد نشأ مع تطور الأمة - الدولة في القرنين السادس عشر والسابع عشر مما استلزم مراعاة الجماعات التي تشكل أقليات^(٥٧). وأُبرمت معاهدات عديدة لصالح جماعات محددة، مثل معاهدة باريس في ٢٠ آذار/مارس ١٨٥٦ التي تتضمن أحكاماً تشير إلى حماية الأقليات المسيحية في الامبراطورية العثمانية. وتعتبر معاهدة برلين المبرمة في ١٣ تموز/يوليه ١٨٧٨ ذات أهمية خاصة بسبب المركز القانوني الخاص الذي تمنحه لبعض الجماعات الدينية. ولم توفر هذه المعاهدات سوى حماية جزئية ولم تُنشأ بموجبها أي آليات. ومع ذلك، فإنها استُخدمت كنموذج لـ "نظام الأقليات" الذي أنشئ فيما بعد في إطار عصبة الأمم^(٥٨).

٧١- وكانت صيغ المعاهدات المبرمة في إطار "نظام الأقليات" معقدة، ولكن تبين دراسة لأحكامها أنها توخت تحقيق هدفين^(٥٩):

١- مبدأ عدم التمييز الذي يكفل للرعايا المنتمين إلى أقليات عرقية أو لغوية أو دينية التمتع بنفس المعاملة في ممارسة الحقوق المدنية والسياسية.

٢- المبدأ الذي يقضي بوجوب كفالة حقوق خاصة للأشخاص المنتمين إلى أقليات مما مكن الأقليات من صون وتنمية ثقافتها ووجدانها القوميين. وتمتعت هذه الأقليات، بصفة خاصة، بالمساواة في الحق في إنشاء المدارس والمؤسسات الدينية أو الخيرية أو الاجتماعية على نفقتها الخاصة. وأصبح بإمكانها أن تستخدم لغاتها، حتى في المحاكم، وأن تمارس بحرية شعائرها دينها. وعلاوة على ذلك، في المدن والأحياء التي توجد فيها نسبة كبيرة من المواطنين الذين يتكلمون لغة غير اللغة الرسمية للدولة، أصبح يتعين توفير

التسهيلات المناسبة لتدريس أطفال هذه الأمم بتلك اللغة في المدارس الابتدائية. وأخيرا، نصت المعاهدات على أن تُكفل، في المدن والأحياء التي توجد فيها نسبة كبيرة من مواطني البلد المنتمين إلى أقليات عرقية أو دينية أو لغوية، حصة عادلة في الاستفادة من الأموال التي قد تقدمها الخزنة العامة في إطار ميزانية الدولة أو الميزانية المحلية أو غيرها من الميزانيات للأغراض التعليمية أو الدينية أو الخيرية. كما أشارت بعض المعاهدات إلى حق محدود في التمتع بالحكم الذاتي.

٧٢- وهكذا، تضمنت الفكرة التي انطوت عليها المعاهدات المتعلقة بالأقليات والمبرمة في إطار عصبة الأمم شقين: السماح للأقليات بالعيش جنبا إلى جنب وعلى قدم المساواة مع سائر المجموعات السكانية، والحفاظ على خصائص الأقليات وهويتها المستقلة.

٧٣- وقد تكونت عن طريق محكمة العدل الدولي الدائمة مجموعة هامة من السوابق القضائية المتعلقة بهذه الحقوق الخاصة حيث أكدت المحكمة هذا النظام ذا الشقين. وطلب مجلس العصبة فتاوى من المحكمة الدائمة في خمس قضايا: تعلقت ثلاث منها بالأقليات الألمانية في بولندا، وواحدة بالأقلية البولندية في دانتسيغ وواحدة بالأقلية اليونانية في ألبانيا.

٧٤- وتنسم فتوى المحكمة في قضية مدارس الأقليات في ألبانيا بأهمية كبيرة. فقد نشأ النزاع حين أُدخل تعديل على الدستور الألباني يقضي بإلغاء جميع المدارس الخاصة الموجودة في البلد. ورأت الأقلية اليونانية أن التعديل ينتهك الإعلان الألباني لعام ١٩٢١ بشأن حماية الأقليات. واحتجت حكومة ألبانيا بأن إلغاء المدارس الخاصة، من حيث كونه تدبيرا عاما يسري على الأغلبية كما على الأقلية، يتمشى مع نص الإعلان.

٧٥- وبوجه أعم، ذكرت المحكمة ما يلي:

"المساواة أمام القانون تمنع التمييز من أي نوع كان: في حين قد تنطوي المساواة في الواقع على ضرورة اختلاف المعاملة بغرض تحقيق نتيجة تقيم توازنا بين حالات مختلفة. ومن السهل تصور حالات تؤدي فيها المساواة في المعاملة بين الأغلبية والأقلية، اللتين تختلف حالتها ومتطلباتهما، إلى عدم المساواة في الواقع.... ويجب أن تكون المساواة بين أفراد الأغلبية وأفراد الأقلية مساواة فعلية وحقيقية"^(٦٠).

٧٦- وفيما يتعلق بالمدارس الخاصة للأقلية اليونانية في ألبانيا، رأت المحكمة ما يلي:

"المؤسسات المشار إليها لا غنى عنها لتمكين الأقلية من التمتع بنفس المعاملة التي تحظى بها الأغلبية، ليس أمام القانون فحسب وإنما أيضا في الواقع. وإلغاء هذه المؤسسات، وهي وحدها التي تلي الاحتياجات الخاصة للأقليات، والاستعاضة عنها بمؤسسات حكومية، يؤديان إلى تقويض هذه المساواة في المعاملة،

لأنهما سيفضيان إلى حرمان الأقلية من مؤسسات ملائمة لاحتياجاتها، بينما تظل احتياجات الأغلبية تلي من خلال المؤسسات التي تنشئها الدولة".

٧٧- ولأن التاريخ يبين أن دولا مثل ألمانيا اعتمدت على هذه الأحكام الخاصة بالأقليات والواردة في المعاهدات للتدخل عسكرياً، أصبحت غالبية معاهدات السلام الموقعة بعد الحرب العالمية الثانية تتضمن أحكاماً تتعلق بعدم التمييز. ولم تتضمن سوى معاهدات قليلة أحكاماً بشأن حماية الأقليات، حيث أن إساءة استخدام ألمانيا للمعاهدات الخاصة بالأقليات وما أعقب ذلك من فشل عصبة الأمم أديا إلى تشويه سمعة الأحكام المتعلقة بالأقليات.

٧٨- وتحول التركيز في مجال حماية حقوق الإنسان من حماية المجموعات إلى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم. واقتصر النهج الجديد على تطبيق مبدأ عدم التمييز، وهذا يعني أنه في حالة انتهاك حقوق شخص ما بسبب خاصية من خصائص جماعة معينة، سواء كان ذلك العرق أو الدين أو الجنسية الخ، تُعالج المسألة من خلال حماية حقوق الفرد على أساس فردي محض. وأصبح مبدأ المساواة وافتراض عدم التمييز مبدأين أساسيين مكرّسين في كل نص يتعلق بحقوق الإنسان حرر بعد الحرب العالمية الثانية. وأدمج هذا النهج الجديد بشكل كامل لدى إنشاء الأمم المتحدة وفي أعمالها. غير أن مفهوم حماية الأقليات ظل مستخدماً في بعض الصكوك الدولية.

٧٩- وفي الدورة الأولى للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات التابعة للأمم المتحدة، المعقودة في عام ١٩٤٧، جرت مناقشة حول معنى عبارتي "منع التمييز" و"حماية الأقليات". وذكر أنه يوجد فرق أساسي بين العبارتين. ذلك أن "التمييز" ينطوي على أي فعل أو سلوك يحرم الأفراد أو المجموعات من المساواة في المعاملة التي يرغبون في التمتع بها. ووُصفت حماية الأقليات بأنها حماية الجماعات غير المهيمنة التي ترغب، رغم تطلّعها بوجه عام إلى المساواة في المعاملة مع الأغلبية، إلى التمتع بقدر من المعاملة التفرقية بغية الحفاظ على خصائصها الأساسية التي تميزها عن أغلبية السكان. وتقدم الحماية على قدم المساواة إلى الأفراد المنتمين إلى هذه المجموعات والراغبين في نفس القدر من المساواة. ويستتبع ذلك أن المعاملة التفرقية لهذه المجموعات أو الأفراد المنتمين إلى هذه المجموعات أمر له ما يبرره حين تمارس هذه المعاملة قصد توفير الاطمئنان لهذه المجموعات وتحقيق رفاه المجتمع ككل.

٨٠- وعولج مفهوم "حماية الأقليات" معالجة مستفيضة في مذكرة من الأمين العام بعنوان "أهم أنواع التمييز وأسبابه"^(٦٢). واحتج الأمين العام بأن حماية الأقليات تتطلب، على الرغم من أنها مستوحاة من مبدأ المساواة في المعاملة بين الجميع، عملاً إيجابياً، مثل إنشاء المدارس التي يقدم فيها التعليم باللغة الأصلية، كلما كانت الأقليات المعنية ترغب في الحفاظ على اختلاف لغتها وثقافتها^(٦٣).

٨١- وذكر الأمين العام أيضا أنه، على الرغم من أن هدف حماية الأقليات يبدو مختلفا عن هدف منع التمييز، لا يوجد في الواقع أي تناقض بين السعي الى حماية الأقليات ومنع التمييز، في آن معاً. وبالفعل من المرجو في الحالتين تحقيق المساواة في المعاملة بين الجميع والحفاظ عليها فعلاً. ويمثل كل من منع التمييز وحماية الأقليات تطورين مختلفين لنفس فكرة المساواة في المعاملة بين كل البشر. فالأول يقتضي القضاء على أي تمييز مفروض، في حين يتطلب الثاني ضمانات للحفاظ على بعض الفروق التي يتم الإبقاء عليها عن عمد.

٨٢- واقترح السيد أ. إيدي، في تقريره عن حماية الأقليات^(٦٤) العمل الإيجابي كحل للمشاكل المتعلقة بالأقليات. غير أنه أضاف أن العمل الإيجابي يمكن أن يؤدي الى منازعات بين الجماعات؛ ولهذا السبب، ينبغي عدم الاستمرار في تلك التدابير بعد تحقيق المساواة^(٦٥).

٨٣- وتدابير العمل الإيجابي تدابير مؤقتة وتعويضية؛ والغرض منها هو تصحيح أوضاع تخل بالتمتع بالمساواة في الحقوق، في حين أن الغرض من تدابير حماية الأقليات هو الحفاظ على هوية جماعة معينة^(٦٦).

الحواشي

(١) A/C.3/SR.1182، الفقرة ١٧.

(٢) A/C.3/SR.1183، الفقرتان ١٢ و ٢٩.

(٣) M. Graven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, a perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 158

(٤) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام ١، الفقرة ٣، في وثيقة الأمم المتحدة (2000) HRI/GEN/Rev.4.

(٥) المرجع نفسه، التعليق العام رقم ٥، الفقرة ٩.

(٦) المرجع نفسه، التعليق العام رقم ١٣، الفقرتان ٣٢ و ٣٣.

(٧) وثائق الأمم المتحدة A/C.3/SR.1257، الفقرة ١٨؛ و A/C.3/SR.1258، الفقرات ١٨ و ٣٨ و

٤٥ و ٤٧؛ و A/C.3/SR.1259، الفقرة ٣٣. انظر M. Bossuyt *Guide to the "Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights"*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 55.

(٨) وثائق الأمم المتحدة E/CN.4/SR.122، الصفحتان ٨ و ١١.

الحواشي (تابع)

- (٩) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ١٨، الفقرة ١٠ في HRI/GEN/1/Rev.4 (2000).
- (١٠) J.J. Paust ("The Permissibility of affirmative action in higher education under human rights law") *New York City Law Review*, 1998, pp. 95-96، يوافق على أنه ينبغي تفسير "الحماية المتساوية" بطريقة تسمح لتدابير معينة متخذة في إطار العمل الإيجابي لتعزيز "حماية متساوية" وفعالة من التمييز الجاري.
- (١١) Selected Decisions of the Human Rights Committee في Under The Optional Protocol المجلد ٢، (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.89.XIV.1).
- (١٢) البلاغ رقم ١٩٨٥/١٩٨، في Selected Decisions of the Human Rights Committee المجلد ٢، (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.89.XIV.1).
- (١٣) P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 284 وهو يشير إلى المادة ١(٤) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والمادة ١(٤) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اللتين تتضمنان بالفعل بيانات صريحة بشأن مشروعية تدابير العمل الإيجابي، أن من شأن تفسير مناقض في سياق العهدين أن يظهر "افتقاراً شديداً للانسجام".
- (١٤) A.P. Vijapur "The Principle of non-discrimination in concept" *India Quarterly, A* Journal of International affairs, 1993, p. 91.
- (١٥) A.F. Beyafsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", *Human Rights Law Journal*, 1990, p. 27; lord Lester of Herne Hill, and S. Joseph "Obligations of non-discrimination", in D. Harris, and S. Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 579.
- (١٦) في حين يسلم م. كرافن بهذا، (المرجع السابق المذكور في الحاشية ٣، الصفحة ١٨٦)، فإنه يحتج بأنه بالرغم من أن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تعترف ضمناً بوجود التزام من خلال المطلب بأن تركز الدول على حالة المجموعات المستضعفة والمحرومة في المجتمع، فإنه ينبغي من الناحية المثالية توضيح هذه المسألة في تعليق عام مقبل.

الحواشي (تابع)

(١٧) يذكر ثورنبيري كذلك أن هذا تعززه المادة ٣(د) من الاتفاقية التي تتعهد الدول بموجبهـا "بألا تسمح، في أي صورة من صور المعونة التي تمنحها السلطات العامة للمؤسسات التعليمية، بفرض أي قيود أو إجراء أي تفضيل يكون أساسه الوحيد انتماء التلاميذ إلى جماعة معينة". وهو يرى أن المساواة وعدم التمييز اللذين وعدت الاتفاقية بهما جماعات الأقليات هما المساواة وعدم التمييز الموفران للمجتمع ككل، دون اعتبار للاختلافات الثقافية. وفي أي خلاف ينطوي على إساءة لاستعمال الحقوق ناجمة عن تفسير لهذه الاتفاقية، فإن الميزان يكون بوضوح لصالح الدولة، التي يمكن أن تجد مجالاً فسيحاً لمنع ممارستها العملية. ثورنبيري، المرجع السابق المذكور في الحاشية ١٣، الصفحتان ٢٨٩ و ٢٩٠. وهو يشير أيضاً إلى وثيقة المؤتمر العام لليونسكو 11C/15 (انظر E/CN.4/Sub.2/210) التي يفيد التحليل الوارد فيها بأن المادة ٥ لا تؤيد المفهوم القائل إن الدول ملزمة بتوفير مدارس حكومية أو مدارس مدعومة حكومياً.

(١٨) وثيقة اليونسكو 11C/15، المرفق ٣، الفقرة ٣٦ و E/CN.4/Sub.2/210، المرفق ٣، الفقرة ١٣.

(١٩) انظر N. Ierner، اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff، ١٩٨٠، الصفحات ٣٢-٣٩. ثورنبيري، المرجع السابق المذكور في الحاشية ١٣، الصفحات ٢٦٥-٢٦٨. وأعربت الهند، بشكل خاص، عن تأييدها الشديد لإدراج تدابير خاصة في العهد وأشارت إلى الحالة الداخلية فيها، حيث يميز دستور الهند صراحة اتخاذ تدابير خاصة لحماية الجماعات المتخلفة، أي الطوائف المسجلة والقبائل المسجلة.

(٢٠) 57 ALR 472 (1985).

(٢١) I. Brown. "The rights of peoples in modern international law", in J. Crawford, *the rights of peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 8-10.

(٢٢) انظر وثيقة الأمم المتحدة ST/TAO/HR.34، الفقرات ١٤٧-١٥٥.

(٢٣) انظر أيضاً الفقرة ٢ من المادة ٥، التي تشير إلى واجبات الدول في مجال التعليم من أجل مكافحة العنصرية، والتي تتضمن حكماً بشأن العمل الإيجابي العام: ينبغي للدول أن تتخذ "تدابير مناسبة لمعالجة أوجه القصور التي تعاني منها بعض الفئات العرقية أو الإثنية على صعيد مستواها التعليمي أو المعيشي، وخصوصاً لتفادي انتقال أوجه القصور المذكورة إلى الأطفال".

الحواشي (تابع)

(٢٤) م. بوسويت، المرجع السابق في الحاشية ٧، الصفحات ٧٥-٧٩. استخدم هذه الحجج نفسها الذين يعتبرون أن وضع اتفاقية محددة بشأن المرأة أمر غير ضروري بالنظر إلى النصوص القائمة بالفعل. ويعلق ماكين: "اعتبر بعض الممثلين أن هذه الفقرة يمكن أن تؤخذ على أنها تقضي بمساواة 'مطلقة' أو 'دقيقة'، أو بـ 'تطابق المعاملة' ولكن جادل آخرون بأن المراد هو مساواة فعلية في الواقع - ليس القضاء على الفوارق بين دوري الرجل والمرأة في الزواج، وإنما الفوارق المنصفة في الحقوق والمسؤوليات". ومن المؤكد أنه كان هناك شعور بأنه ينبغي زيادة المساواة الفعلية. وهكذا علق ممثل الاتحاد الروسي قائلاً إن اللجنة الثالثة "تقوم بصياغة مبادئ للمساواة بحكم القانون؛ ومن هذه المبادئ ستنشأ المساواة الفعلية لحقوق الإنسان". وواصل قائلاً إن "المساواة في الحقوق تذهب إلى أبعد من مجرد عدم التمييز؛ وهي تنطوي ضمناً على وجود حقوق إيجابية في جميع المجالات التي تجري معالجتها في مشروع العهد". و W. Mac KEAN, Equality and Discrimination under International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 182.

(٢٥) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ٤، الفقرة ٢، في HRI/GEN/1/Rev.4(2000).

(٢٦) اعتمده في الدورة الـ ٦٠ مؤتمر العمل الدولي في ٢٥ حزيران/يونيه ١٩٧٥، انظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN.6/603.

(٢٧) لقد اضطلعت منظمة العمل الدولية بالفعل بجهود فيما يتعلق بالأجر المتساوي عن العمل ذي القيمة المتساوية. انظر اتفاقية المساواة في الأجور لمنظمة العمل الدولية ١٩٥١ (رقم ١٠٠)، I. Brownlie, Basic documents on human rights, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 200.

(٢٨) انظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN.6/632، الفقرة ٩٢.

(٢٩) L. A. Rehoe, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 66-76.

(٣٠) و. ماكين، المرجع السابق المذكور في الحاشية ٢٤، الصفحتان ١٩٠ و ١٩١.

(٣١) E. Vogel-Polsky, *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*

الحواشي (تابع)

(٣٢) A. W. Heringa, "Voorkeursbehandling en moederschap", A. W. Heringa, J. انظر أيضاً
Hes, L. Lijnzaad, Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...., Antwerpen, Maklu, 1994, pp.
33-34.

(٣٣) اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم ٥، التدابير الخاصة المؤقتة، في
.HRI.GEN/1/Rev.4(2000).

(٣٤) E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la théorie juridique contemporatne", in
B. De Grave, (ed.), Positieve actie, Positieve discriminatie, voorrangsbehandeling voor Vrouwen,
Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 79

(٣٥) اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم ٢٣، الحياة السياسية والعامة،
الفقرة ١٥، في (HRI/GEN/1/Rev.4(2000)).

(٣٦) يشكل عدم التمييز والمساواة في الوقت الحاضر مبدأين أساسيين لا غنى عنهما فيما يتعلق بحماية
حقوق الإنسان. ونتيجة لذلك، أصبح هذان المبدأان مدرجين أيضاً ضمن مبادئ القانون الدولي العرفي. ويحظى
هذا الرأي بتأييد واسع النطاق في شتى الصكوك الدولية ذات الحجية التي تنص على مبدأ عدم التمييز، مثل العهد
الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،
والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، وإعلان منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة
(اليونسكو) بشأن العنصر والتمييز العنصري، الخ. وفضلاً عن ذلك، أصدرت هيئات قانونية مختصة، مثل لجنة
القانون الدولي ومحكمة العدل الدولية، إعلانات بهذا المعنى. انظر، على سبيل المثال، بيان محكمة العدل الدولية
ضمن رأيها الاستشاري بشأن النتائج القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا
على الرغم من قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠)؛ وقضية شركة جارات برشلونة (١٩٧٠)، وكذلك رأيها
الاستشاري بشأن ناميبيا (١٩٧١). وهذا الرأي تدعمه أيضاً ممارسات الدول والآراء القانونية الصادرة في شتى
المؤتمرات الدولية وآراء الخبراء الموثوق بهم.

(٣٧) انظر: المحكمة العليا بالولايات المتحدة، رأي القاضي بلاكمن "إذا أردنا القضاء على العنصرية،
فيتعين علينا أولاً أن نضع الأعراق في الاعتبار". مجلس إدارة جامعة كاليفورنيا ضد باكي، ٤٣٨، الولايات
المتحدة، ٢٦٥، ١٩٧٨.

الحواشي (تابع)

(٣٨) انظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN.4/SR.50، الفقرة ٩. وللاطلاع على شرح للمناقشة حول لفظة "تفرقة - distinction"، التي استُخدمت من جديد خلال إعداد مشروع العهدين الدوليين، انظر أيضا A. Eide et al. (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: a* في: J.T. Mueller "article 7" commentary, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, pp. 115-141.

(٣٩) Sir Hersch Lauterpacht (*An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, pp. 116-119) يشير الى المادة ١ من التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة التي تنص على أن المساواة في الحماية التي توفرها القوانين لا تمنع وجود أوجه التفرقة والتصنيف بين الأشخاص ما دامت هذه الأوجه تستند الى أسس معقولة. ولذلك، فإن أوائل السوابق القضائية للمحكمة العليا بالولايات المتحدة لم تكن تحظر التمييز ضد السود في المدارس والقطارات ومحطات القطارات وغير ذلك من الأماكن العامة. وذكرت المحكمة العليا أن توحي أكبر قدر من الحذر عند إجراء التصنيفات بالإشارة إلى عوامل متنوعة أمر ضروري لمبدأ المساواة الصحيحة ولا يتضارب معه، شريطة أن يكون أساس التصنيف معقولا. وقد تغير فيما بعد أسلوب التفكير هذا. ويسلم لوترباخنت بأن تفسير المساواة بأنها مساواة آلية تتألف من الفرص والمزايا هو تفسير ممتد إلى أقصى الحدود.

(٤٠) للاطلاع على الخلفية التاريخية لهذا الغموض، انظر: M. Bossuyt, *l'Interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp.7-27; N. Lerner, *Group rights and discrimination in international law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 24-28; B.G. Ramcharan, "Equality and nondiscrimination" in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 258-259.

(٤١) انظر وثيقة الأمم المتحدة A/5365، الصفحة ٢٢.

(٤٢) اللجنة المعنية بحقوق الانسان، التعليق العام رقم ١٨، منع التمييز، الفقرتان ٨ و ١٣ من الوثيقة HRI/Gen/1/Rev.4(2000).

(٤٣) المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، قضية اللغات في بلجيكا، ٢٣ حزيران/يونيه ١٩٦٨، المجموعة ألف، الصفحة ٣٤. ورأت المحكمة أن ذلك سيؤدي الى نتائج عبثية - فكل نص قانوني لا يكفل المساواة بين الجميع في المعاملة هو نص يتنافى مع المادة ١٤. وسيسفر ذلك عن موقف يصعب الدفاع عنه لأن القانون يتضمن بالضرورة أشكالا عديدة من التفرقة.

الحواشي (تابع)

(٤٤) للاطلاع على ملخص جيد انظر: فيجابور، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ١٤، الصفحتان ٧٣-٧٤ وماكين، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٢٤، الصفحات ٩٤-٩٦. من ذلك، على سبيل المثال، أن الأمين العام أورد، في عام ١٩٤٩، في مذكرته بعنوان "أهم أنواع التمييز وأسبابه" أن التمييز تفرقة مضرة تقوم على أسباب قد لا يمكن عزوها الى الفرد وليست لها نتائج مبررة. انظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN/Sub.2/40 .

(٤٥) بوسويت، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٧، الصفحة ٢٧. ماكين، المرجع ذاته، الصفحات ٨-١١.

(٤٦) يتمشى ذلك مع التعريف الدولي للتمييز. ولم يرد تعريف "التمييز" في الإعلان العالمي ولا في العهدين الدوليين. وأول تعريف للتمييز يرد في الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي تنص على أنه يُقصد بتعبير التمييز العنصري "أي تمييز أو استثناء أو تقييد يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الانسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة". وبالمثل، تنص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن مصطلح "التمييز ضد المرأة" يعني "أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الانسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل". وقد استخدمت اللجنة المعنية بحقوق الانسان هذين التعبيرين لأشكال محددة من التمييز في وضع تعريف أكثر عمومية للتمييز. ورأت اللجنة أن التمييز ينبغي أن يُفهم على أنه يتضمن "أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس أي سبب كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك مما يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف لجميع الأشخاص، على قدم المساواة، بجميع الحقوق والحريات أو التمتع بها أو ممارستها". (التعليق العام رقم ١٨ (الفقرة ٧)).

ويرد تعريف آخر في اتفاقية منظمة العمل الدولية الخاصة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة لعام ١٩٥٨ (رقم ١١١) التي تنص على ما يلي: "لأغراض هذه الاتفاقية تشمل كلمة "تمييز" أي ميز أو استثناء أو تفضيل يتم على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو المنشأ الاجتماعي ويسفر عن إبطال انتقاص المساواة في الفرص أو في المعاملة على صعيد الاستخدام أو المهنة...". وتؤكد اتفاقية اليونسكو الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم (١٩٦٠) على ما يلي: "لأغراض هذه الاتفاقية، تعني كلمة "التمييز" أي ميز أو استبعاد أو قصر أو تفضيل يقوم على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الحالة الاقتصادية أو المولد، يقصد منه أو ينشأ عنه إلغاء المساواة في المعاملة في مجال التعليم أو الإخلال بها...".

الحواشي (تابع)

(٤٧) انظر: C. Tomuschat, "Equality and Non-Discrimination under the CCPR", in I. Von Munch, *"Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer"*, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, pp. 712-716.

(٤٨) رأي مخالف أبداه القاضي تاناكا في قضايا جنوب غرب أفريقيا (المرحلة الثانية)، تقرير محكمة العدل الدولية، ١٩٦٦، الصفحات ٢٨٤-٣١٦. فقد أكد القاضي تاناكا بشكل قاطع أن المساواة تقتضي معاملة المتساوين معاملة متساوية، ومعاملة المختلفين معاملة مختلفة. غير أنه أكد أن مبدأ المساواة لا يعني المساواة المطلقة، ولكنه يعترف بالمساواة النسبية أي المعاملة المختلفة التي تتناسب مع الظروف الفردية الفعلية. ولئن كانت للناس خواص مشتركة، فإن لهم أيضا صفات مستقلة يمكن أخذها في الاعتبار بشكل مشروع عند توزيع المنافع الاجتماعية. غير أن الأسئلة الأساسية تظل مطروحة: متى يمكن القول إن الناس متساوون أو مختلفون، وما هي الاعتبارات التي يمكن أن تشكل تبريرات مشروعة للمعاملة التفرقية؟

(٤٩) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٤٣. M. Bossuyt "Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechter van de Mens in de Rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taalarrest", *Revue Belge de droit international*, 1972, pp. 503-528.

(٥٠) استشهدت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان مع الموافقة بتحليل المحكمة الأوروبية لعدم التمييز في رأيها الاستشاري OC'4 بشأن التعديلات المقترحة على أحكام التجنس الواردة في دستور كوستاريكا، المؤرخ ١٩ كانون الثاني/يناير ١٩٨٤، الفقرة ٥٧: "لا يكون هناك تمييز في معاملة الدولة للأفراد بشكل مختلف إذا كانت التصنيفات المختارة تقوم على أساس اختلافات واقعية وموضوعية وإذا كانت هناك صلة تناسب معقولة بين هذه الاختلافات وأغراض القاعدة القانونية قيد الاستعراض. ولا يجوز أن تكون هذه الأهداف مجحفة أو غير معقولة أي أنه لا يجوز لها أن تكون تعسفية أو نزوية أو استبدادية أو متنافية مع وحدة البشرية وكرامتها".

(٥١) انظر أيضا: T. Opsahl, "Equality in Human Rights Law, with special reference to article 26 of the ICCPR", in M. Nowak, (ed.), *Eestschrift für F. Ermacora, Kehl*, N.P. Engel Verlag, S.W.M. Broeks v. Netherlands, Communication No. 172/1984; Zwaan de Vries v. Netherlands, Communication No. 182/1984 العامة، الدورة الثانية والأربعون، الملحق رقم ٤٠ (A/42/40)، المرفق الثامن، الفرعان بء ودال: نظراً لأن المادة ٢٦ ترسي مبدأ عاماً يتعلق بعدم التمييز، يعني النطاق الكامل لعدم التمييز أن اللجنة مختصة بالنظر في أي معاملة تفرقية حتى في ميادين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لتحديد ما إذا كانت هذه المعاملة من قبيل التمييز.

الحواشي (تابع)

(٥٢) بوسويت، المرجع السابق المذكور في الصفحة ٢٦٢؛ و M. Bossuyt, "The Principle of equality in article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", in A. De Mestral, (ed.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1986, pp. 283-284; E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, p.176.

(٥٣) اللورد دينينغ: "وعليه، لو كانت هذه الهيئة التعليمية ستلحق الأولاد بمدارس معينة تبعا للون شعرهم أو، في هذه الحالة، للون بشرتهم، فسيكون ذلك أمرا غير معقول ونزويا وغير ذي صلة بأي نظام ملائم للتعليم إلى درجة أنه سيكون مخالفا للنظام تماما وستلغيه هذه المحكمة فوراً. ولكن، لو توافرت أسباب تعليمية وجهية لانتهاج سياسة ما، مثلاً، إذا كان أطفال مهاجرين في منطقة ما لا يتقنون اللغة الانكليزية ويحتاجون الى نوع خاص من التعليم، فسيكون من الملائم تماماً عندئذ إلحاق هؤلاء الأطفال بمدارس خاصة تتوافر فيها تسهيلات إضافية لتعلم اللغة الانكليزية". نص أورده ماكين، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٤، الصفحة ٢٤٦.

(٥٤) توموشات، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٤٧، الصفحتان ٧١٥ و ٧١٦؛ و ثورنبري، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ١٣، الصفحات ٢٨١ - ٢٨٦، يشير الى الأعمال التحضيرية (Travaux préparatoires) للعهد الدولي والى المناقشة التي جرت حول الحدود الزمنية للعمل الإيجابي.

(٥٥) انظر أيضا الفقرة ٤ من المادة ١ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والفقرة ١ من المادة ٤ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وأشارت لجنة القضاء على التمييز العنصري، في معرض مناقشة التقرير الدوري الرابع المقدم من فيجي، الى أن المعاملة الخاصة الممنوحة لجماعات عرقية معينة ليست لها فيما يبدو مدة محدودة معينة؛ ولتلبية أغراض الاتفاقية، كان ينبغي العهد بشكل أكثر صراحة بعدم الإبقاء على الحقوق غير المتكافئة الممنوحة لجماعات عرقية مختلفة بعد بلوغ الأهداف التي منحت من أجلها تلك الحقوق. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السابعة والثلاثون، الملحق رقم ١٨ (A/37/18)، الفقرة ١٠١.

(٥٦) على الرغم من أن نظرية "منفصلون ولكن متساوون" بدت وكأنها تنتهك نص التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة، فإن المحكمة العليا لم تذهب الى هذا الرأي عندما نظرت في قضية بليسي ضد فيرغوسون (١٦٣، الولايات المتحدة، ٥٣٧، ١٨٩٦). وتعلقت هذه القضية برجل ألقى القبض عليه لانتهاكه قانونا من قوانين ولاية لويزيانا يقتضي من هيئة السكك الحديدية توفير "أماكن إقامة متساوية ولكن منفصلة" لكل من المسافرين "البيض والملونين". وبعد مرور نصف قرن على تلك القضية، اعترض على هذه النظرية في قضية براون ضد المجلس التعليمي (٣٤٧، الولايات المتحدة، ٤٨٣، ١٩٥٤) وقضت المحكمة العليا بأن وجود المدارس المنفصلة يؤدي الى شعور بالنقص لدى الطلبة السود، ولهذا السبب فإنه يشكل انتهاكاً لنص التعديل الرابع عشر.

(٥٧) انظر ثورنبري، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ١٣، الصفحات ٢٥-٥٤ حيث يعالج الخلفية التاريخية باستفاضة.

الحواشي (تابع)

(٥٨) بعد مؤتمر فيينا، أصبحت أحكام المعاهدات الخاصة بحماية الأقليات أكثر تفصيلاً وتحول التركيز من حماية الأقليات الدينية إلى حماية الأقليات القومية.

(٥٩) P. de AZCÁRATE, "*League of Nations and National Minorities: an experiment*", Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, 216 p. وماكين، المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٢٤، الصفحات ١٤-٤٥.

(٦٠) مدارس الأقليات في ألبانيا، فتوى محكمة العدل الدولي الدائمة، ١٩٣٥، 19، Ser A/B. No. 64. هذا النظام ذو الشقين مستلهم من فتوى محكمة العدل الدولي الدائمة بشأن مدارس الأقليات في ألبانيا، المرجع نفسه، انظر وثائق الأمم المتحدة E/CN.4/Sub.2/36 و E/CN.4/Sub.2/SR.14 و 15.

(٦٢) المرجع السابق المذكور في الحاشية رقم ٤٤.

(٦٣) المرجع نفسه.

(٦٤) أ. إيدي، "حماية الأقليات: السبل والوسائل الممكنة لتسهيل حل المشاكل التي تشمل الأقليات حلاً سلمياً وبناءً"، (E/CN.4/Sub.2/1993/34)، الفقرة ١٧٢.

(٦٥) ذكرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، في تعليقها العام رقم ١٨ بشأن مبدأ عدم التمييز أن العمل الإيجابي، أي التدابير الخاصة، لا يجوز اتخاذه إلا طوال الفترة التي يكون فيها ضرورياً لتصحيح التمييز في الواقع. ومن ناحية أخرى، سلمت اللجنة، في الفقرتين ٦-١ و ٦-٢ من تعليقها العام رقم ٢٣ بشأن المادة ٢٧، المتعلقة بالأقليات، بأنه على الرغم من أن الحقوق المحمية بموجب المادة ٢٧ معبر عنها بصيغة النفي، فقد يتعين على الدول اتخاذ تدابير إيجابية لحماية هوية أقلية من الأقليات؛ غير أنه ما دامت هذه التدابير تستهدف توفير الحماية فإنها يجوز أن تشكل تفرقة مشروعاً في إطار العهد. ولم تُفرض هنا أي قيود زمنية. لاحظ أيضاً استخدام ألفاظ مختلفة. فهذه التفرقة توجد أيضاً في ممارسة الدول؛ من ذلك، على سبيل المثال، أن للهند نظاماً مختلفاً لحماية الأقليات، التي تتسم حقوقها بأنها دائمة، ولحماية الطوائف المسجلة والقبائل المسجلة التي تعتبر حقوقها مؤقتة؛ وبالهند أيضاً تدابير استثنائية لتقليل أوجه عدم المساواة بين الجماعات.

(٦٦) A. S. Akermark, "*Justification of Minority Protection*" in *International Law*, London, Kluwer Law International, 1997, pp. 23-28.

المرفق

استبيان بشأن العمل الإيجابي

- ١ - ما هي أهم الأحكام الدستورية والتشريعية المتعلقة بمبدأ المساواة وحظر التمييز؟ يُرجى تقديم نسخ من الأحكام ذات الصلة.
- ٢ - يُرجى تقديم الأحكام القضائية التي تمثل نقطة تحول تاريخية فيما يتصل بمبدأ المساواة وحظر التمييز.
- ٣ - هل توجد أي أحكام ذات طابع دستوري أو تشريعي أو تنفيذي تشير إلى مفهوم "العمل الإيجابي" و/أو ما يسمى بالتمييز "الإيجابي" أو "العكسي"؟ وإذا كانت هذه الأحكام موجودة، يرجى تقديم نسخ منها.
- ٤ - ما هي العلاقة، طبقاً لتلك الأحكام أو للسوابق القضائية الوطنية، بين حظر التمييز ومفهوم العمل الإيجابي؟
- ٥ - يرجى تقديم أمثلة على البرامج الوطنية للعمل الإيجابي المنفذة عملاً بتلك الأحكام.
- ٦ - ما هي الجماعات المستهدفة ببرامج العمل الإيجابي تلك (النساء، الجماعات العرقية، أقليات معينة، السكان الأصليون، مهاجرون، معوقون، محاربون قدامى، إلخ)؟
- ٧ - ما هي المجالات التي تنطبق عليها برامج العمل الإيجابي (التعليم، العمالة، الإسكان، النقل، الانتخابات، التدريب، التعيين في المناصب السياسية أو التنفيذية أو القضائية، منح العقود أو تقديم المنح الدراسية، مجالات أخرى)؟
- ٨ - ما هو السياق التاريخي الذي اعتمدت فيه برامج العمل الإيجابي تلك؟
- ٩ - ما هي الغايات المتوخاة من برامج العمل الإيجابي؟
- ١٠ - هل تفرض أية قيود على برامج العمل الإيجابي تلك؛ وكيف سيتقرر ما إذا كانت غايات برامج العمل الإيجابي قد تحققت ومتى؟
- ١١ - هل تطبق برامج العمل الإيجابي على جميع الفئات على قدم المساواة أم يجري أي تمييز لصالح جماعة بعينها أو جماعات محددة دون غيرها؟ وكيف تُعرّف هذه الجماعات المحددة؟

- ١٢- هل توجد أي مجموعة وطنية من السوابق القضائية المتعلقة ببرامج العمل الإيجابي؟ إن وجدت، يرجى تقديم نسخ من الأحكام الرئيسية.
- ١٣- هل توجد، على وجه التحديد، أي هيئات أو سلطات أو لجان أو محاكم مختصة بالنظر في الشكاوى ذات الصلة بتنفيذ وإعمال برامج العمل الإيجابي؟
- ١٤- من الذي يحق له تقديم الشكاوى ورفع الدعاوى أمام هذه الأجهزة؟
- ١٥- يرجى تقديم أية احصاءات، إن وجدت، تبين نجاح برامج العمل الإيجابي وبصفة خاصة التقدم المحرز منذ بدء العمل بها.
- ملاحظة: في حالة اعتماد برامج للعمل الإيجابي تتعلق بجماعات مختلفة، يُرجى تقديم أجوبة تتعلق بكل جماعة على حدة.
