

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2001/15
26 June 2001

ARABIC
Original: ENGLISH

المجلس الاقتصادي والاجتماعي



لجنة حقوق الإنسان

اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان

الدورة الثالثة والخمسون

البند ٥ من جدول الأعمال المؤقت

منع التمييز وحماية الشعوب الأصلية والأقليات

مفهوم وممارسات العمل الإيجابي

تقرير مرحلي مقدم من السيد بوسويت، المقرر الخاص، عملاً بقرار اللجنة الفرعية ٥/١٩٩٨

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٥-١	مقدمة.....
٢	٩-٦	أولاً - مفهوم العمل الإيجابي.....
٣	١٩-١٠	ثانياً - الجماعات المستهدفة: قضايا الشمول المفرط والمنقوص.....
٦	٤٥-٢٠	ثالثاً - تقييم تبرير العمل الإيجابي.....
١٣	٩٤-٤٦	رابعاً - أشكال العمل الإيجابي.....
٤١		المرفق - استبيان بشأن الإجراء الإيجابي.....

مقدمة

١- قررت اللجنة الفرعية، في قرارها ٥/١٩٩٨، أنه نظرا إلى احتياج هذا الموضوع إلى تقص دقيق وشامل، تعيين السيد مارك بوسويت مقررًا خاصًا مهمته إعداد دراسة بشأن مفهوم العمل الإيجابي، وأذنت له 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 بشأن موضوع العمل الإيجابي.

٢- وجددت اللجنة الفرعية، في مقررها ١٠٦/١٩٩٩، إذنًا للمقرر الخاص بأن يقدم هذا الطلب. وأرسل الاستبيان إلى الحكومات والمنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية.

٣- ويقدم هذا التقرير عملاً بمقرر اللجنة الفرعية ١٠٤/٢٠٠٠ الذي أشارت فيه اللجنة الفرعية إلى مقرر المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٥٣/١٩٩٩ معربة عن تقديرها للمقرر الخاص لقيامه بإعداد تقريره الأولي (E/CN.4/Sub.2/2000/11 و Corr.1) وقررت أن تطلب إلى الأمين العام أن يذكر الحكومات والمنظمات غير الحكومية والمنظمات الحكومية التي تلقت الاستبيان بأن تقدم ردودها عليه. وفي هذا الصدد، يود المقرر الخاص أن يعرب عن بالغ امتنانه لحكومات أسبانيا، وإسرائيل، وباراغواي، وباكستان، وبوليفيا، وتايلند، وترينيداد وتوباغو، والجمهورية العربية الليبية، وجمهورية ترازيا المتحدة، وجمهورية سلوفاكيا، وغواتيمالا، وكولومبيا، واليونان، وكذلك مكتب العمل الدولي واتحاد البريد العالمي على ردودها الموضوعية على الاستبيان. وقبل استخدام هذه المساهمات، يفضل المقرر الخاص الحصول على مزيد من الردود حتى يستند في تقريره القادم إلى أكبر قدر ممكن من المعلومات. ولذلك فإنه يشجع الحكومات والمنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية التي لم ترد على الاستبيان القيام بذلك. والاستبيان مرفق بهذا التقرير لتيسير الرجوع إليه.

٤- وقد أشير في التقرير الأولي السابق إلى قيدين فرضهما القانون الدولي بصدد العمل الإيجابي هما: (أ) لا يجوز أن يفرض العمل الإيجابي إلى التمييز و(ب) يجب أن تكون مدة العمل الإيجابي محدودة.

٥- وسيركز هذا التقرير المرحلي أساساً على من الذي يجب أن يستفيد من العمل الإيجابي (الجماعة المستهدفة)، وعلى المبررات اللازمة للعمل الإيجابي والأشكال التي يمكن أن يتخذها العمل الإيجابي.

أولاً - مفهوم العمل الإيجابي

٦- "العمل الإيجابي" عبارة يكثر استعمالها ولكن ليس دائماً بنفس المعنى للأسف. ورغم أن البعض يتصور أن مفهوم "العمل الإيجابي" مشمول أيضاً في عبارة "التمييز الإيجابي"، فمن الأهمية بمكان التأكيد على أن العبارة الأخيرة ليس لها أي معنى ووفقاً للممارسة العامة الدارجة الآن وهي استعمال لفظة "التمييز" حصراً لتعيين "التفرقة

التعسفية"، تكون عبارة "التمييز الإيجابي" متناقضة تماما: فإذا أن تكون التفرقة المقصودة مبررة ومشروعة وذلك لأن التفرقة غير التعسفية لا يمكن أن تسمى "تمييزا"، أو أن تكون غير مبررة أو غير مشروعة إذ أنها الفعل التعسفي لا ينبغي أن يوصف بأنه "إيجابي". أما عبارة "العمل الموجب" وهي عبارة أكثر استعمالا في المملكة المتحدة، فإنها تعادل عبارة "العمل الإيجابي". وفي بلدان أخرى كثيرة، يعرف هذا العمل باسم "السياسات التفضيلية"، أو "التحفظات"، أو "العدالة التعويضية أو العدالة التوزيعية"، أو "المعاملة التفاضلية"، وما إلى ذلك.

٧- و"للعمل الإيجابي"، كمفهوم قانوني، مكانة في القانون الدولي والقانون الوطني على السواء، لكنه مفهوم ليس له تعريف قانوني مقبول عموما. بيد أن أي مناقشة جدية تتناول مفهوم العمل الإيجابي تتطلب، كشرط أساسي، تعريفا عمليا مفاده أن:

"العمل الإيجابي هو مجموعة متسقة من التدابير ذات الطابع المؤقت هدفها المحدد هو تصحيح وضع أفراد جماعة مستهدفة بشأن جانب أو أكثر من جوانب حياتهم الاجتماعية لتحقيق المساواة الفعلية".

٨- وسياسات العمل الإيجابي يمكن أن تضطلع بها عناصر فاعلة مختلفة تنتمي إلى القطاع العام مثل الحكومة الاتحادية أو حكومات الولايات والحكومات المحلية، وكذلك التي تنتمي إلى القطاع الخاص مثل أرباب العمل أو المؤسسات التعليمية.

٩- وفي بعض البلدان، يكون تنفيذ سياسات العمل الإيجابي هذه طوعيا ويتم تشجيعها؛ وفي بلدان أخرى، يكون التنفيذ إلزاميا وتفرض عقوبات في حالة عدم الوفاء بهذا الالتزام. ولا تقتصر هذه السياسات على العمالة والتعليم: إذ يمكن أيضا توسيع نطاقها لتشمل مجالات الإسكان والنقل وصناديق الاقتراع والتدريب والتعيين في المناصب السياسية والتنفيذية والقضائية ومنح العقود أو الزمالات، إلخ.

ثانيا- الجماعات المستهدفة: قضايا الشمول المفرط والمنقوص

١٠- يوجه العمل الإيجابي دائما نحو جماعة مستهدفة بعينها تتألف من أفراد تجمعهم خصائص مشتركة هي أساس انتمائهم إلى هذه الجماعة ويجدون أنفسهم في وضع غير مؤات. وبرغم أن هذه الخصائص غالبا ما تكون فطرية ولا يمكن تحويلها مثل نوع الجنس أو لون البشرة أو الجنسية أو الانتماء إلى أقلية إثنية أو دينية أو لغوية، فليس من الضروري أن تكون كذلك على الدوام. وبالتالي اهتمت برامج العمل الإيجابي السابقة والراهنة بالنساء والسود والمهاجرين والفقراء والمعوقين والمحاربين القدماء والشعوب الأصلية وجماعات عرقية أخرى وبأقليات محددة، إلخ.

١١ - وثمة سؤال رئيسي سيثير الكثير من الخلاف هو معرفة الكيفية التي يمكن بها تقرير من هي الجماعات المحرومة بالقدر الذي يستأهل منحها الحق في الحصول على معاملة خاصة. وبرغم أن بعض الصكوك الدولية مثل الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، له صلة بالموضوع على وجه الخصوص، فإن التشريع الوطني هو الذي يحدد غالبا من الذي يجوز له الاستفادة من أحكام العمل الإيجابي^(١).

١٢ - وكثيرا ما ينشأ العمل الإيجابي من التقاء عاملين هما: '١' وجود حالة تفاوت مستديمة لا يعترف بها دائما بهذه الصفة، و'٢' إبراز حق قانوني في الإغاثة بشكل فعلي من جانب ممثلي الجماعة المحرومة^(٢). وفي كثير من الحالات، تفتقر هذه الجماعات إلى القوة والدعم السياسيين للاعتراف بها كجماعة محرومة^(٣). ويترتب على ذلك أنها لا تكون مشمولة بما فيه الكفاية في برامج العمل الإيجابي.

١٣ - وقد يحدث العكس أيضا. إذ يمكن تصنيف جماعات بأنها جماعات محرومة حتى وإن لم تكن هي راضية عن ذلك خوفا من الوصم أو لأنها لا تحبذ العمل الإيجابي. ومن ثم، فإن رضا أفراد الجماعة المستهدفة يعتبر أمرا أساسيا.

١٤ - ويبدأ التشريع الوطني عادة بسياسة للعمل الإيجابي تستهدف جماعة محرومة بعينها. ومع ذلك، يوسع نطاق السياسات في حالات كثيرة ليشمل جماعات أخرى. وهذا يثير مسألة الشمول المفرط، إذ يستغل الانتساب أحيانا إلى جماعات بعينها تم تعريفها على أساس العرق أو الأصل الإثني أو نوع الجنس كتفويض بالحرمان. ويتوقف صدق العلاقة بين العمل الإيجابي والتعويض عن التمييز الماضي أو المجتمعي على المدى الذي يمثل فيه العرق أو الأصل الإثني أو نوع الجنس في الواقع مؤشرا للضرر الاجتماعي الذي يستهدف برنامج العمل الإيجابي إزالته، وعلى المدى الذي تمثل فيه مراعاة العرق أو الأصل الإثني أو نوع الجنس وسيلة ملائمة لمكافحة التمييز. وقد يحدث أن يعود العمل الإيجابي بالنفع على بعض الأشخاص حتى وإن لم يكونوا قد تضرروا هم أنفسهم بتمييز سابق أو مجتمعي^(٤). وقد أثار هذا الموضوع بعض المناقشات، خاصة في الولايات المتحدة^(٥). ففي حين استهدف العمل الإيجابي في بادئ الأمر الأمريكيين المنحدرين من أصل أفريقي، فقد وجهت هذه الجهود أيضا على مر الزمن نحو التصدي لعدم المساواة الذي تواجهه جماعات أخرى محرومة يتألف معظمها من المهاجرين^(٦). وثار السؤال عن ما إذا كان هؤلاء المهاجرون الذين وفدوا إلى الولايات المتحدة بمحض إرادتهم يستحقون نفس الحماية مثل الأمريكيين المنحدرين من أصل أفريقي الذين أصبحوا عبيدا رغما عنهم^(٧). والحاصل أن الجماعات المشمولة بالحماية في الولايات المتحدة تتألف من مجموعة من الأفراد ذوي الأسانيد القانونية المختلفة للمطالبة بالانتصاف أي: أحفاد المهاجرين الأحرار وسلالة الشعوب التي تم غزوها وخلف العبيد.

١٥- وثمة قضية أخرى هي نظرية الطبقتين التي تطرح السؤال عن من هم المستفيدون حقيقة من السياسات التفضيلية. ويبدو أن أكثر شرائح الجماعات المعينة كجماعات مستفيدة حظا هي التي تستفيد إلى أقصى حد من تدابير العمل الإيجابي. فالعمل الإيجابي على سبيل المثال، سيعود بالنفع في معظم الحالات على النساء البيض من الطبقة المتوسطة أكثر مما يعود بالنفع على النساء من طبقة أدنى ممن ينتمين إلى أصل إثني آخر. أو عندما يعود العمل الإيجابي بالنفع على فئة كبيرة مثل الأسبان أو الآسيويين الأمريكيين، فإن بعض الجماعات الإثنية داخل هذه الفئات على قدر أكبر من المزايا مقارنة بجماعات أخرى لأن وضعها الاقتصادي والتعليمي والمهني أعلى بالفعل. وبقول آخر، فإن المستفيدين من برامج العمل الإيجابي هم أكثر أفراد الجماعة ثراء وأقلهم حرمانا.

١٦- وقد تسفر نظرية الطبقتين هذه عن توليد أقلية أخرى "محرومة" أو "مميز ضدها". ويرجح أن تتولد عن برامج التفضيل الإيجابي جماعات محرومة جديدة. ومن المرجح بالفعل، أن يأتي أفراد الأغلبية الذين لم يتمكنوا من الاستفادة من منافع اجتماعية مستحقة نتيجة لبرنامج تفضيل إيجابي من قاع طبقة توزيع البيض أو الذكور، في حين أن من المرجح أن يأتي أفراد الأقليات الذين يستفيدون من هذه البرامج من قمة طبقة توزيع للأقلية أو الإناث^(٨). وعليه فإن التفضيل الإيجابي قد يؤدي بالفعل إلى تحويل العبء الاجتماعي من جماعة إلى أخرى.

١٧- وربما يكون إثبات ما إذا كان فرد ما ينتمي إلى الجماعة المستهدفة أو لا ينتمي إليها أمرا معقدا إلى حد ما. من ذلك مثلا، ما هي درجة "سواد اللون" التي يجب أن يكون عليها الشخص لكي يوصف بأنه "أسود" ويكون من حقه الاستفادة من مخططات العمل الإيجابي؟ وفيما يتعلق بالمهاجرين، لا يكون من الواضح دائما من هم الأشخاص الذين لا يزال يمكن وصفهم بأنهم مهاجرون عندما يكونوا من الجيل الثاني أو الثالث أو الرابع من المهاجرين. فما هو إذن حال أطفال الزيجات المختلطة؟ وبالإضافة إلى أن هناك بالفعل حالات يقوم فيها أفراد أو جماعات بأكملها بإعادة تحديد هويتهم ويطالبون بالحصول على مركز ما للاستفادة من تدابير العمل الإيجابي^(٩).

١٨- ويحبد البعض وضع قانون جديد بشأن الوضع الإثني والعنصري للشخص لتعريف من هم الذين يحق لهم الحصول على هذه المزايا. ويذكر آخرون أن تصور الجماعة عن ذاتها وتصور المجتمع الأوسع الذي تعيش هذه الجماعة في وسطه تعتبر من العوامل الحاسمة. ويمكن بالطبع أن يتغير هذا التصور مع مرور الوقت. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى التوصية العامة الثامنة للجنة القضاء على التمييز العنصري المتعلقة بتفسير وتطبيق الفقرتين ١ و ٤ من المادة ١ من الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري^(١٠). وبعد النظر في المعلومات الواردة في تقارير الدول الأطراف بشأن طريقة تحديد هوية الأفراد كأعضاء في جماعة عرقية أو إثنية بعينها، صرحت اللجنة بأن هذا التحديد للهوية، إذا لم يوجد ما يبرر خلاف ذلك، يجب أن يكون قائما على أساس التحديد الذاتي لهذه الهوية من قبل الفرد المعني.

١٩- وبديهي أن انتقاء وتعريف الجماعات التي تستهدفها برامج العمل الإيجابي يمثلان مشكلة رئيسية. وهذا يبين أهمية أن لا يستند العمل الإيجابي إلى مجرد الانتماء إلى جماعة معينة، وإنما ينبغي مراعاة عوامل أخرى مثل العوامل الاجتماعية - الاقتصادية للتحقق مما إذا كان يحق للفرد الاستفادة من العمل الإيجابي. وهذا يعني انتهاج نهج للعمل الإيجابي ينصب على الفرد في حد ذاته، ويمنحه فرصا على أساس الاحتياجات الفردية، لا على أساس انتمائه إلى الجماعة فحسب^(١١).

ثالثا- تقييم تبرير العمل الإيجابي

٢٠- ستحاول الدول، عند طرح سياسة للعمل الإيجابي، تبرير هذه السياسة أمام الرأي العام. وستتوقف أسس تبرير هذه السياسة إلى حد بعيد على الوضع الاجتماعي المحدد للدولة المعنية، وستناقش أدناه بعض أسس التبرير الأكثر شيوعا والحجج المضادة لها^(١٢).

ألف- في سبيل التعويض عن المظالم التاريخية أو جبرها

٢١- إن الهدف هو التعويض عن التمييز المتعمد أو المحدد الذي جرت ممارسته في الماضي والذي لا تزال آثاره قائمة حتى الآن. وقد تعرضت جماعات محرومة بعينها للتمييز لفترات طويلة مما ألحق الضرر بمركز سلالتها في المجتمع مثلا بسبب قلة التعليم والتدريب. ويذهب شيوندو إلى أن العمل الإيجابي يمكن أن يصحح الأوضاع في هذه الحالة بإعادة الجماعة إلى الوضع الذي كان يمكن أن تحتله لو لم يحدث الظلم في الماضي. ومع ذلك، يستطرد قائلاً إنه نادرا ما يمكن إثبات بشكل قاطع وجود علاقة سببية بطريقة رياضية دقيقة بين ظلم لحق بالجماعة في الماضي وسوء تمثيل راهن لها^(١٣). ومع ذلك، فحيثما أمكن إثبات وجود قدر من العلاقة السببية بين ظلم ماض وسوء تمثيل راهن، تتسنى تطبيق العمل الإيجابي، دون أن يكون المستفيدون المباشرون والمحددون مماثلين بالضرورة للضحايا الفعليين للتمييز الذي مورس في الماضي^(١٤).

٢٢- وقد استخدم هذا التبرير أساسا ولا يزال يستخدم في الولايات المتحدة لدعم السياسات العامة المراد بها "تذليل الآثار الراهنة المترتبة على التمييز العنصري السابق" الذي مورس ضد الأمريكيين المنحدرين من أصل أفريقي. ويعود منشأ برامج العمل الإيجابي في الولايات المتحدة إلى الأمر التنفيذي رقم ١٠٩٢٥ الذي أصدره الرئيس جون ف. كينيدي في عام ١٩٦١ وإلى الأمر التنفيذي رقم ١١٤٢٦ الذي وقع عليه الرئيس ليندون جونسون في عام ١٩٦٥^(١٥). وهكذا، أكدت لجنة الحقوق المدنية في الولايات المتحدة: "أن العمل الإيجابي يشمل أي تدبير، يتعدى مجرد إنهاء ممارسة تمييزية، يتم اعتماده لتصحيح حالة تمييز ماض أو حاضر أو للتعويض عنها أو لمنع تكرارها في المستقبل"^(١٦). وتطبق الحكومة الأسترالية نفس المنطق مثلا في سياستها للعمل الإيجابي التي تنفذها لصالح السكان الأصليين الأستراليين.

٢٣- لكن المعارضين يشيرون إلى احتمال نشوء خلاف حول ما إذا كانت مشكلة الحرمان مشكلة تمييز راهن أو مشكلة ناتجة عن الآثار الطويلة الأمد للتمييز السابق. ورغم أننا نميل إلى تصور أن أسباب المشاكل العصرية التي تعاني منها الجماعات التي تضررت تاريخياً تعزى إلى هذه المظالم، فيعتقد سويل أن هناك التباس بين هذه العلاقة السببية والمبادئ الأخلاقية. ويؤكد أنه لا توجد في كثير من الحالات، أي علاقة بين الوضع الاجتماعي-الاقتصادي المعاصر لجماعات تعيش في مجتمع بعينه وبين المظالم التاريخية التي عانت منها^(١٧). ولا يمكن إنكار مدى الصعوبة في أن تحتاز برامج العمل الإيجابي اختبار التلازم في العلاقة السببية، كما يحتمل أن تتجاوز تكاليف إثبات سبب التلازم الفوائد التي قد تأتي بها^(١٨). وعملية الإثبات هذه تكون أكثر صعوبة في نظام قانوني يعامل المطالبات باعتبارها فردية وليست معاملة جماعية مما يزيد من صعوبة إثبات العلاقة بين المظالم الماضية والمستحقات الراهنة ثم، من هو الذي يحدد التعويض الملائم؟ وإلى أي مدى ينبغي الرجوع إلى الماضي؟ كل ذلك يدعو إلى التشكك في استصواب وضع سياسات بنظرة سلفية.

٢٤- ويؤكد شيبوندو مع ذلك، أن تعذر إثبات وجود ارتباط بين المظالم الماضية والاحتياجات الراهنة لا تعتبر ضد العمل الإيجابي، وإنما ضد الأعداء المقدمة لتبريرها. وإن تبرير العمل الإيجابي المتطلع إلى الأمم، أي التبرير - الذي يركز مثلاً على مطالبات الأمريكيين المنحدرين من أصل أفريقي بالعدالة التوزيعية لا تتعلق بالماضي وإنما تتعلق بالاحتياجات العملية الراهنة والتطلعات للمستقبل - هو الذي يمكن أن يقلل القيود المفروضة على قبول العمل الإيجابي^(١٩).

باء- في سبيل معالجة التمييز الاجتماعي/الهيكلية

٢٥- إن استمرار أوجه التفاوت في المراكز التعليمية والاجتماعية والاقتصادية وفي غيرها من المراكز إنما يشير إلى أن كفالة المساواة للجميع أمام القانون ترسي مبدأ المساواة من الناحية الرسمية لكنها لا تكفي لمعالجة ممارسات تجري في المجتمع وتفضي إلى التمييز الهيكلي. والواقع أن مفهوم التمييز الهيكلي يشمل كافة أنواع التدابير والإجراءات والدعاوى أو الأحكام القانونية التي تبدو ظاهرياً محايدة إزاء العرق والجنس والأصل الإثني إلخ، لكنها تمس جماعات محرومة بشكل غير متناسب وبدون أي مبرر موضوعي. ويمكن أن يحدث هذا التمييز بطريقتين: إذ يمكن لأي شخص أن يخفي عمداً نواياه وراء ستار معايير موضوعية، أو طريقة يمكن له أن يتصرف فيها بحسن نية تماماً عند الاحتياج إلى اشتراط مهارات معينة للقيام بأعمال بعينها. إلا أن كلتا الممارستين تسفران عن تمييز غير مباشر أو عن تمييز مستتر. فاشتراط حد أدنى للطول مثلاً قد يلحق ضرراً بالنساء وبالآسيويات بشكل غير متناسب، وقد يكون شرطاً لا مبرر له لشغل الوظيفة عندما لا تكون هناك حاجة موضوعية له، شأنه شأن الاختبارات البدنية أو الاختبارات الكتابية. ولا يسهل دائماً اكتشاف هذا التمييز في ظاهر الأمر. ذلك أن المفهوم

التقليدي لبدأ عدم التمييز يقتصر على تبني موقف الحياد، أي موقف المساواة بحكم الواقع ولا يعالج سوى التمييز الصريح أو المباشر^(٢٠).

٢٦- ويختلف المعارضون حول ما إذا كان الأمر يتعلق بمشكلة التمييز الهيكلي على الإطلاق، أو ما إذا كان بدلا من ذلك نتيجة لمجموعة من العوامل الأخرى. فعندما تكون مشكلة اجتماعية ما راسخة الجذور، فإن مبدأ عدم التمييز ولا العمل الإيجابي لن يفيد في إدماج الجماعات المتضررة. ذلك أن أوجه التفاوت الواسعة النطاق فيما يخص الحصول على التعليم، على سبيل المثال، وبالذات التعليم النوعي يمكن أن تكون سببا لتفشي العجز عن التنافس على العمل بفعالية. ويحتاج الأمر في هذه الحالة إلى تنفيذ عمليات تدخل تكميلية مثل برامج مكافحة الفقر لتذليل أبعاد أخرى تنطوي عليها المشكلة الاجتماعية. ويكون لزاما على الدولة حينئذ إعادة توزيع الموارد لتنفيذ عمليات تدخل في سبيل التعزيز والمعالجة والقيام بعمليات تدخل على نطاق أوسع كي تؤمن مثلا نوعية التعليم.

٢٧- وفي رأي المؤيدين أن حجة العدالة التوزيعية هذه تعتبر في حد ذاتها شكلا من أشكال العمل الإيجابي إذ أنه سيتم تخصيص الموارد لمنفعة جماعة بعينها بما يؤمن لها التمتع بالمساواة في الواقع. وتكون إعادة التوزيع حينئذ ترتيبا سياسيا يعود بالنفع على جماعات محرومة. كما لا يمكن القول إن الأمر ينطوي على تمييز لأن العبء الاقتصادي لإعادة توزيع الموارد سيقع على عاتق المجتمع بأسره.

جيم- في سبيل تمثيل الجماعة على أساس التنوع أو على أساس النسبة المئوية

٢٨- قام باحثون أمريكيون في المسألة الحرجة المتعلقة بالعرق وغيرهم من الأقليات الأخيرة بوضع قاعدة نظرية أخرى للعمل الإيجابي مفادها أن التنوع العرقي والإثني داخل المؤسسات الأكاديمية وفي أماكن العمل عنصر لا بد منه لمجتمع عادل^(٢١). وهم يؤكدون في الواقع أن البيئة المتنوعة عرقيا وإثنية تعكس المجتمع الأوسع وتعزز معنى أكثر تمثيلا وثراء للجماعة. ويمثل "التنوع الإيجابي" في نظرهم نهجا أفضل لتحقيق العدالة التعويضية لصالح الأقليات العرقية والإثنية، يؤكدون بالتالي ضرورة فصل التنوع كأساس منطقي للتفضيل العرقي عن العمل الإيجابي.

٢٩- وظهر مفهوم التنوع كمبرر للتفضيل العرقي للمرة الأولى في إطار التعليم العالي في قضية *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312, 1974)^(٢٢). وكتب القاضي دوغلاس، في رأيه المخالف، أنه بدا له أن الحكم القضائي الذي أصدرته المحكمة العليا لم يؤيد استخدام التفضيل العرقي لأغراض علاجية، ما لم "تراع المعايير الثقافية لمجتمع متنوع وليس لمجتمع متجانس". وطبق منطق التنوع هذا لاحقا على قضية *Regents of the University v. Bakke* (483 U.S. 265, 1978). واستدل القاضي باول وهو يكتب للأغلبية على أنه يمكن اللجوء

إلى استخدام العرق بوصفه عاملاً من عوامل كثيرة عند اتخاذ قرارات بشأن القبول. وكان الهدف المباح هو مصلحة الجامعة في هيئة طلابية متنوعة. ورئي أن الحرية الأكاديمية تشمل الحق في اختيار الطلبة بحيث يأتي طلبة مختلفون من خلفيات متنوعة إلى حرم الجامعة وحتى تزداد الخبرة التعليمية ثراء لكل فرد^(٢٣).

٣٠- وبنفس الروح ينص قانون إصلاح الخدمات المدنية في أستراليا لعام ١٩٧٨ على أن هدفه هو تكوين "قوة عمل تعكس تنوع الأمة"، مما يعني تمثيل الجماعة تمثيلاً متناسباً^(٢٤).

دال- الحجج المؤيدة لمنفعة المجتمع^(٢٥)

٣١- كثيراً ما يشير مؤيدو العمل الإيجابي إلى الأهداف الاجتماعية العديدة المرجح أن تحققها سياسة كهذه. فمن شأن سياسة مصممة تصميمًا جيدًا للعمل الإيجابي أن تزيد رفاه عدد كبير من الأشخاص بطرق مختلفة.

٣٢- فالعمل الإيجابي يمكن أن يخدم الجماعات المحرومة خدمة أفضل لكون المهنيين من هذه الجماعات يفهمون ويدركون أكثر من غيرهم المشاكل التي تمسها. وبالإضافة إلى ذلك، عندما يشغل أفراد من هذه الجماعات مناصب ذات سلطة ونفوذ، يزداد فهم وحماية مصالح جميع الجماعات المحرومة. فتمثل هذه الجماعات المحرومة تمثيلاً منصفاً واضحاً في ميادين مختلفة مثل العمالة أو التعليم من شأنه أن يحقق فعالية اجتماعية وسياسية أكبر في هذه الميادين.

٣٣- وهناك حجة أخرى وهي أن العمل الإيجابي يمكن أن يتيح للجماعات المحرومة إمكانية القيام بأدوار نموذجية قد تعطيها حوافز وبواعث مهمة. هذا فضلاً عن أن زيادة مشاركة أفراد الجماعات المحرومة في بيئات اجتماعية مختلفة ستقضي على القوالب الجامدة والآراء المسبقة الضارة التي لا تزال تسيطر بقوة على كثير من المجتمعات.

٣٤- على أن هناك أيضاً حججاً معارضة. فإلى جانب الأسئلة النظرية الأخرى، مثل كيف يمكن تحديد الرفاه الاجتماعي، هناك أسئلة عملية أخرى. ويحاجي كثيرون بأن هذا النوع من العمل الإيجابي يحمل في طياته مخاطر على النوعية. فإعطاء الأفضلية لأشخاص أقل تأهيلاً، على أساس الانتماء إلى جماعة وحده، يحتمل أن يعزز القوالب الجامدة بدلاً من أن يحقق العكس، وذلك بسبب تناقص الكفاءة مثلاً في مجالي الصناعة والتعليم الناتج عن تدني معايير التأهيل. وقد يديم في الواقع التفكير بالمنطق العنصري.

هاء- في سبيل استباق الاضطرابات الاجتماعية

٣٥- لا يمكن تجاهل أن برامج العمل الإيجابي التي تتراوح بين البرامج الخاصة لصالح المناطق المحرومة وبرامج التفضيل على أساس نوع الجنس في الاتحاد الأوروبي وبين برامج الحصص الإقليمية في الهند ونيجيريا تستخدم

بنشاط لتعزيز مصالح الأفراد المحرومين في المجتمع ومقارنة أوجه التفاوت الداخلية في السلطة الاقتصادية والاجتماعية بأمل استباق الاضطرابات الاجتماعية^(٢٦).

٣٦- وخلال الستينيات تعرضت الولايات المتحدة لأعمال شغب عنصرية عديدة فاجأت تماما العديد من الأمريكيين ليس فحسب لأنها وقعت في معظمها في المدن الشمالية من البلد، ولكن لأنها حدثت أيضا بعد بدء نفاذ قانون الحقوق المدنية وقانون حقوق التصويت في عامي ١٩٦٤ و ١٩٦٥ على التوالي. وقد حظرت أخيرا التفرقة على أساس العرق في مجتمع الولايات المتحدة وكان حق التصويت قد حول لمجتمع السود؛ ولكن ذلك لم يكن كافيا بعد في نظر العديد من القادة السود المناضلين. وإثر أعمال الشغب الدامية والشديدة العنف التي وقعت في مدينة واتس في عام ١٩٦٥، بدت الحالة تنذر بخطر داهم في نظر رجال السياسة في الولايات المتحدة لا بد معه من اتخاذ إجراءات بشأنها. وأدرك كل من الرئيس جون كينيدي والرئيس ليندون جونسون أن العلاقات العرقية في الولايات المتحدة لم تصل قط إلى مثل هذه الدرجة الحرجة. فإلى جانب برامج مكافحة الفقر التي تم وضعها، مثل برنامج الرئيس جونسون الشهير "محرارة الفقر"، بذلت محاولة لخفض نسبة بطالة السود بوضع برامج قوية للعمل الإيجابي مثل الحصص الخلافية. وعلى حد قول الرئيس جونسون: "يمكنكم استخدام هؤلاء الأشخاص في العمل وعندئذ لن تواجهوا ثورة لأنهم أهملوا. فإذا كانوا يعملون، لن يقوموا بقذف قنابل على دياركم ومزارعكم. إشغلوهم ولن يجدوا الوقت لإحراق سياراتكم"^(٢٧).

٣٧- إلا أن سوويل يرفض الرأي القائل بأن التوزيع المتساوي للجماعات على قطاعات الاقتصاد يخفف الاحتكاكات والعداء الاجتماعي. ويدعي أن التاريخ يفيد بأن عكس ذلك هو الصحيح وأن هذه السياسات يمكن أن تأتي حتى بنتائج عكسية^(٢٨). وتبين التجارب التي مرت بها ماليزيا هذه الملاحظة التحذيرية.

٣٨- ففي عام ١٩٦٩ أو نحو ذلك، بات واضحا في ماليزيا أن مجموعة صغيرة فقط من الحفنة الحاكمة هي التي استفادت من مخططات العمل الإيجابي بينما حين كان الوضع الاقتصادي الشامل للماليزيين سيئا. واندلعت العديد من أعمال شغب خطيرة شتى وأوقف البرلمان وخضعت ماليزيا لحكم مجلس العمليات الوطني حتى عام ١٩٧١. وفي عام ١٩٧١، صدر قانون بتعديل الدستور. وحظرت بصورة دائمة المناقشة العامة القانونية لبعض القضايا "الحساسة" مثل اللغة والجنسية والوضع الخاص للماليزيين بتطويق هذه القضايا في مواد الدستور وبتعديل القانون الخاص بالتحريض على الفتنة لعام ١٩٤٨ بحيث أصبح الآن التشكك في المبدأ الذي تقوم عليه هذه القضايا "الحساسة" أمرا يحرض على الفتنة حتى في البرلمان. بل وأصبحت مناقشة المادة ١٥٣ من الدستور (انظر الفقرة ٤١ أدناه) وأحكام العمل الإيجابي الممنوحة للماليزيين بمثابة جريمة. وكان الهدف من هذه التعديلات التي لا تزال تؤكد المحاكم هو "تجنب التسييس العنصري الذي أسهم في إثارة أعمال الشغب العنصرية"^(٢٩).

واو - زيادة فعالية النظام الاجتماعي-الاقتصادي

٣٩ - تذهب بعض النظريات الاقتصادية إلى أن القضاء على التمييز الذي يمارس ضد الجماعات المحرومة سيفيد في تحقيق الفعالية والعدالة في النظام الاجتماعي - الاقتصادي. ويمكن تعظيم نشاط سوق العمل إذا تم تصحيح النقائص الراهنة الناتجة عن التحيزات التي لا تستند إلى سند منطقي^(٣٠). وفي الولايات المتحدة وكندا، يروج للعمل الإيجابي باعتباره "مفيدا للأعمال التجارية"، وقد اعتبرت شركات عدة "تكافؤ الفرص" "هدفا تجاريا"^(٣١). ومع ذلك فينبغي عدم إغفال أن المزايا المالية مثل خفض الضرائب وعقود التعويض أو العقود الحكومية تمنح في أغلب الأحيان إلى الشركات أو المؤسسات التي تطبق سياسات العمل الإيجابي؛ أو بالعكس أن العقوبات قد تفرض على الشركات أو المؤسسات التي لا تمتثل لها^(٣٢).

زاي - وسيلة لبناء الأمة

٤٠ - وفي مطلع بناء أي دولة جديدة، تبذل الجهود لإقامة مجتمع ينعم بمزيد من المساواة له جنسية واحدة تعزز سيادته. وقدمت الدول التي حصلت على استقلالها بعد فترة استعمار طويلة أمثلة كثيرة على هذه الجهود. ووجدت هذه الدول نفسها ممزقة بالمنازعات الإثنية أو أدركت أن هناك جماعات عدة متخلفة عن الركب.

٤١ - وفي عام ١٩٥٧، اعترفت اللجنة الدستورية في ماليزيا بمشاشة وضع الماليزيين بالنسبة لمن هم من غير الماليزيين مثل الصينيين والهنود الذين كانوا يمارسون سلطة اقتصادية كبيرة. ومما يثير الاهتمام أن اللجنة ترى أن وجود العمل الإيجابي يشكل جزءا رئيسيا من السياسة الاستعمارية. وكما ينوه فيلبس يعتبر هذا مثالا توضيحيا يجري فيها استخدام العمل الإيجابي للتعويض عن انعدام التنمية بدلا من استخدامه لتدارك تمييز موارس في الماضي^(٣٣). وأوصت اللجنة الدستورية أن من الضروري نظرا للأوضاع السائدة مواصلة تدابير العمل الإيجابي: "سيتعرض وضع الماليزيين لأضرار بالغة مقارنة بجماعات أخرى انسحبوا فجأة. ولكن مع اندماج الجماعات المختلفة في جنسية واحدة، وهو ما نأمل أن يتحقق تدريجيا، ستنفني الحاجة إلى هذه الأفضليات بالتدريج". ووضعت اللجنة الدستورية توصياتها بشأن أحكام العمل الإيجابي المنصوص عليها في الدستور الهندي على هذا النموذج وترد الآن هذه الأحكام في المادة ١٥٣ من الدستور الاتحادي لماليزيا. وتتعلق الأحكام أساسا بتخصيص التصاريح أو التراخيص لمزاولة أي حرفة أو تجارة للماليزيين وأبناء ولايتي صباح وساراواك وحجز أماكن لهم في أي جامعة أو كلية أو أي مؤسسة تعليمية أخرى.

٤٢ - ويشرح فيلبس رأيه عن سبب قبول الأشخاص من غير الماليزيين تطبيق المادة ١٥٣. وقد تطلب ذلك "مساومة" غير رسمية بين الأحزاب السياسية الثلاثة الرئيسية. ووافق قادة هذه الأحزاب الثلاثة على أنه ينبغي الاعتراف بالماليزيين باعتبارهم العرق الأصلي بوصفهم أول الأقران *primus inter pares* وتوليهم مقاليد

الشؤون السياسية الرئيسية. وحصل الأشخاص من غير الماليزيين في المقابل على وعد بعدم التدخل في مساعيهم الاقتصادية. وفي مقابل الحقوق الخاصة التي منحت للماليزيين، تقرر تنقيح لوائح المواطنة لصالح الأشخاص من غير الماليزيين، بما في ذلك تأسيس حق الأرض *jus soli* في الاتحاد لتقرير الجنسية بعد الاستقلال". واتفق على استمرار سريان أحكام المادة ١٥٣ بشأن "الحقوق الخاصة" لمدة ١٥ عاما من تاريخ الاستقلال. على أن مجريات الأحداث، وبخاصة أعمال الشغب العنصرية التي حدثت في عام ١٩٦٩، أدت إلى إنهاء الحد الزمني الذي مدته ١٥ عاما. وأصبحت المادة ١٥٣ الآن سمة دائمة من سمات الدستور.

٤٣- ويفرض دستور نيجيريا لعام ١٩٧٩ التزاما بالعمل على تشجيع الاندماج الوطني لما يزيد على مائة جماعة إثنية مختلفة. وكلي لا تهيمن قلة من الجماعات على جميع الجماعات الأخرى، ينفذ نظام حصص يعطي لمواطني ولايات الاتحاد البالغ عددها ٢١ ولاية حصصا للعمل في الحكومة. فعلى سبيل المثال، يجب أن يتضمن مجلس الوزراء شخصا واحدا من كل ولاية ويجب أن يعكس الجيش الطابع الاتحادي لنيجيريا. ولا تمثل هذه الولايات الجماعات الإثنية المختلفة لأن الهدف هو إحلال الولاء الإقليمي والسياسي القائم على أساس وحدات القوة المحلية محل الولاء الإثني^(٣٤).

٤٤- ومنذ الانتخابات التاريخية التي جرت في عام ١٩٩٤، وجدت حكومة جنوب أفريقيا نفسها أمام تحديات كبرى. ووفقا لأندروز، "اعترفت حكومة جنوب أفريقيا الجديدة بأن نشاط التحول السياسي يمكن أن يتضاءل إلى حد كبير إذا لم يتغير الوضع الاقتصادي الراهن". وباختصار، لا بد أن تؤدي الحقوق السياسية إلى مكاسب اقتصادية لنسبة كبيرة من السكان إذا أريد للديمقراطية الجديدة أن تبقى قائمة. وبما أن الحقائق السياسية التي نتجت عن الحرب الباردة قد أجمدت أي تطلعات اشتراكية، لم يتبق هناك سوى بعض الخيارات المحدودة التي كان يمكن إدراجها في النموذج الجديد. وكان أحد هذه الخيارات المستمدة من جهات أخرى هو العمل الإيجابي^(٣٥). واختلفت طريقة استخدام العمل الإيجابي في جنوب أفريقيا عنها في مجتمعات أخرى حيث اعتبر أساسا آلية للانتصاف تطبق على الأقليات. فكيف هي إذن طريقة تطبيقه على الأغلبية؟^(٣٦).

٤٥- لقد أدت سياسة الفصل العنصري في جنوب أفريقيا إلى تعويق تراكم رأس المال البشري، الذي يمثل شرطا أساسيا لنجاح التنمية الاقتصادية والنمو. ولذا، كان من المستحيل إغفال الحقوق الاجتماعية والاقتصادية في الدستور الجديد، وتم إدراجها في شرعة الحقوق باعتبارها تصلح تماما للاستشهاد بها أمام المحاكم. وضمن هذا السياق يقع العمل الإيجابي الذي ينظر إليه باعتباره تدبيرا تحويليا. وبالرغم من أن عدم العنصرية يمثل التزاما في شرعة الحقوق، فإن المادة ٩ فيها تعترف أيضا بضرورة العمل الإيجابي باعتباره عنصرا هاما لتحقيق الهدف الشامل المتمثل في إعادة بناء المجتمع سياسيا واقتصاديا. وأصبح العمل الإيجابي في كل من التوجيهات الدستورية وبرنامج إعادة البناء والتنمية، جزءا لا يتجزأ من مشروع تحويل المجتمع ليس فيما يخص الوضع السياسي الراهن فحسب

ولكن أيضا فيما يتعلق بالصرح الاجتماعي - الاقتصادي. ويهدف برنامج إعادة البناء والتنمية إلى تسخير رأس المال البشري في جنوب أفريقيا في أغراض تحويل الاقتصاد والمجتمع^(٣٧).

رابعا - أشكال العمل الإيجابي

٤٦ - إن المشكلة الأساسية التي سيواجهها العمل الإيجابي هي تحويل الأهداف المنشودة المشار إليها أعلاه إلى تعهدات ملزمة قانونا. وكثيرا ما يعالج العمل الإيجابي تحت عنوان شامل، وكأن تدابير العمل الإيجابي متماثلة. غير أن دراسة لمنظمة العمل الدولية أعدها هودجس - أبرهارد وراسكين تبين أن طرق تحقيق هذه الأهداف يمكن، في الواقع، أن تتفاوت هي أيضا: يمكن البرهنة على الامتثال لتشريع الإجراء الإيجابي من خلال تنفيذ مجموعة من السياسات المعدة كي تتناسب مع سياق معين^(٣٨). وستكون بعض أشكال العمل الإيجابي أنجع أو أنسب لتعزيز المساواة من بعضها الآخر، تبعا للسياق المعين وللخيار السياسي المتخذ. فضلا عن ذلك يجب كما ذكر في التقرير الأولي، أن تمثل تدابير العمل الإيجابي دائما لمبدأ عدم التمييز.

ألف - التعبئة الإيجابية

٤٧ - من خلال الاختيار الإيجابي، يجري تشجيع المجموعات المستهدفة بشدة على التقدم بطلبات للحصول على منفعة اجتماعية، مثل وظيفة أو مكان في مؤسسة تعليمية وتوعيتهم بأهمية القيام بذلك^(٣٩). ويمكن أن يتم ذلك من خلال الإعلانات أو غيرها من الجهود التي تستهدف تعيين الأشخاص للعمل، والتي يجري التحقق من أنها تصل فعلا إلى المجموعات المستهدفة. ومن أحد أمثلة ذلك وضع برامج للتدريب المهني كي تتاح لأعضاء الأقليات إمكانية اكتساب المهارات التي تسمح لهم بالتنافس على فرص العمل والترقي. والأساس المنطقي لذلك هو أنه لا يمكن في الواقع تحقيق المساواة إذا كان التمييز قد أدى إلى حرمان الناس من فرص اكتساب المهارات اللازمة لهم للتنافس الفعال^(٤٠). وبالتالي فإن التعيين الإيجابي، من خلال التدابير العلاجية مثل التدريب المهني وبرامج تحسين المهارات وبناء المهارات وغيرها من برامج التمكين، تضع الأشخاص الذين يعانون من ظروف غير مواتية في مركز تنافسي. ويمكن أن يعني ذلك أيضا البحث عن أعضاء الجماعات المحرومة الذين ربما لا يكون لديهم أي علم بالمزايا المتاحة لهم في ميدان الإسكان أو غير ذلك من المنافع الاجتماعية، وبث الوعي بها.

٢ - الإنصاف الإيجابي

٤٨ - الإنصاف الإيجابي معناه أنه سيكون هناك تمحيص دقيق للتأكد من أن أعضاء الجماعة المستهدفة قد عوملوا معاملة منصفة لدى منح المنافع الاجتماعية، مثل القبول في مؤسسة تعليمية أو الحصول على عمل أو ترقية. وبعبارة أخرى، هل جرى تقييمهم على أساس موضوعي أم كان التمييز على أساس العنصر أو الجنس عاملا في

عملية التقييم؟ ويمكن التأكد من ذلك باتباع إجراءات للتظلم أو الشكوى تكون فعالة وذات مصداقية لمعالجة الادعاءات المتعلقة بالتمييز، واستعراض الإجراءات للتحقق من التدابير المتعلقة بالعاملين، وفحص مختلف الممارسات بغية إزالة الممارسات التمييزية غير المقصودة. وكل ذلك للتحقق من أن المعايير المستخدمة للتعين في الوظائف أو للترقية، ذات صلة بالوظيفة ولا تستخدم كقناع للتمييز العنصري أو على أساس نوع الجنس. ويعني ذلك أنه عندما يتعلق الأمر بكيفية تعيين الأشخاص أو ترقيتهم، لا بد أن تكون عملية صنع القرار محايدة، وينبغي معاملة الأشخاص على أساس جدارتهم الشخصية وليس وفقا لانتمائهم لجماعة معينة. وقصارى القول إنه ينبغي دائما تعيين "الأصلح".

٤٩ - إن التعبئة الإيجابية والإنصاف الإيجابي كليهما ينطويان على تدابير تهدف إلى التغلب على المشاكل الاجتماعية للجماعة المستهدفة، ولكن هذه التدابير لا ينبغي أن تنطوي هي نفسها على تمييز ضد الأشخاص الذين لا ينتمون إلى هذه الجماعة. ولكن تكاليف العمل الإيجابي ينبغي تحميلها على المجتمع ككل. وعلى هذا النحو، تكون هذه التدابير محايدة، ولكن عندما يتعلق الأمر بالبائع على هذه التدابير أو بالتخطيط الاستراتيجي أو الرصد، نجد أن النهج المتبع قائم بالقطع على الأصل العرقي. وربما يكون هذا من بين الأسباب في أن التعيين الإيجابي في الوظائف والإنصاف الإيجابي يحظيان بالترحيب والقبول.

٣ - التفضيل الإيجابي

٥٠ - التفضيل الإيجابي معناه أن نوع الجنس أو الأصل العرقي للشخص سيؤخذ في الاعتبار لدى منحه منفعة اجتماعية أو منعها عنه. وتدابير التفضيل الإيجابي يمكن أن تعني شيئين.

٥١ - أولا، يمكن أن تعني أنه عندما يتقدم شخصان متساويان في المؤهلات لوظيفة أو ترقية أو منحة، إلخ؛ يمنح التفضيل للشخص الذي ينتمي إلى الجماعة التي حددت باعتبارها المستفيدة من تدابير العمل الإيجابي.

٥٢ - وثانيا، يمكن أن تشمل أيضا تدابير جذرية^(٤١). فهي يمكن أن تتخذ شكل حظر أعضاء الجماعات بخلاف غير المحدد من التقدم للاستفادة من فرص معينة. أو يمكن أن يسمح لهم بالمنافسة، ولكن التفضيل يمنح للجماعات المحددة حتى إذا تبين أنهم أكثر كفاءة. ويمكن أن تمنح لأعضاء الجماعات المحددة تلقائيا نقاط إضافية في المسابقات التنافسية، يطلق عليها "المعايرة على أسس عرقية". ويمكن أن يطبق عليهم معايير أدنى لدى تقييم طلباتهم للالتحاق بالجامعة أو للحصول على عمل. ويمكن أن تفرض نسب مئوية غير رسمية أو مبادئ توجيهية أو أهداف أو حصص أو أماكن مخصصة لتحديد نسبة المنافع الاجتماعية التي يجب أن تحصل عليها الجماعات المحددة^(٤٢).

٥٣ - ويمثل التفضيل الإيجابي أكثر أشكال العمل الإيجابي إثارة للجدل. ويقول المعارضون له إن من إحدى نتائج هذا النوع من العمل الإيجابي انحدار المعايير الوظيفية والمهنية بل وربما يؤدي ذلك إلى استهجانها. فضلا عن

ذلك، فهو يركز على سبل الانتصاف الجماعية باعتبارها أفضل وسيلة لتحسين وضع الجماعات المستهدفة. ويلقى هذا النهج الموجه إلى الجماعات مقاومة واسعة النطاق. وقصر حق الاستفادة من العمل الإيجابي على الذين ينتمون لجماعة معينة يؤكد مرة أخرى العضلة القائمة، لا سيما في الدول الديمقراطية الليبرالية، ألا وهي حقوق الفرد مقابل حقوق الجماعة^(٤٣).

٥٤ - وحسب قول غلازر "لكن إذا كان مفهوم الحقوق القانونية برمته قد وضع في صيغة فردية، فكيف يمكننا أن نوفر العدل للجماعة؟ وإذا وفرنا العدل للجماعة - لنقل مثلا من خلال حصة تحدد عدد الوظائف التي يجب أن ينالها أعضاء الجماعة - ألسنا بهذا المنطق نحرم أفرادا ينتمون إلى جماعات أخرى، غير مشمولة ضمن الجماعات التي تتعرض للتمييز، من الحق في أن يعاملوا وأن ينظر إليهم كأفراد، بصرف النظر عن خصائص الجماعة التي ينتمون إليها؟"^(٤٤) وهو يرى أيضا أن مثل هذا الإجراء الإيجابي سيقسم البلد بصفة دائمة على أساس الانتماء والانتساب إلى جماعات، كما أنه يتعارض مع توجيه نظام الحقوق الفردية الرسمي وذلك بتوجيه سبل الانتصاف إلى فئات الجماعات، مما يهدم المفاهيم المعيارية المتعلقة بالمساواة بين الأفراد.

٥٥ - ويرى كثيرون أن هذا النوع من العمل الإيجابي يمثل تمييزا، لأنه يعامل الأفراد كأعضاء في جماعات أو فئات بصرف النظر عن جدارتهم الفردية^(٤٥). وبالرغم من استيفائهم للمعايير المطلوبة، سيحرمون من منافع معينة يستحقونها فعلا. ويحدث التمييز من خلال تحديد حصص للمنافع الاجتماعية، ويعني ذلك أن بعض أعضاء جماعات معينة لن يؤخذوا في الاعتبار لدى توزيع المنافع الاجتماعية التي لا تتوافر الآن إلا بقدر محدود. ويضع ذلك تكاليف العمل الإيجابي على عاتق أفراد بعينهم. والواقع أن هذا النوع من العمل الإيجابي يلحق ضررا بأعضاء الفئة "ألف" من أجل تعزيز رفاه أعضاء الفئة "باء".

٥٦ - إن ذلك من شأنه أن يخلق مشاكل في إطار حقوق الإنسان، (أ) لأن هذه الأضرار تلحق عادة بمجالات حياة تحظى بحماية مواد محددة في المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، مثل الصحة والتعليم والعمل والمشاركة السياسية، و(ب) لأن معايير إلحاق الضرر (أساس تصنيف الناس إلى فئتين "ألف" أو "باء") هي نموذجيا ذات الأسباب المحظورة صراحة بموجب أحكام عدم التمييز. ومن ثم سيكون من الصعب للغاية التوفيق بين متطلبات الاستراتيجيات القانونية التي تستجيب لمشاكل الجماعات المستهدفة ومتطلبات العدل الفردي المتناقض معها.

٥٧ - وفي تقرير عام ١٩٩٧ عن الحالة الاجتماعية في العالم، ذكر أن الحكومات تفرض حصصا أو غير ذلك من أشكال التفضيل البينة دون أن يسبق ذلك بناء توافق في الآراء مما يؤدي إلى نفور المواطنين الذين يفقدون حقهم في التنافس على قدم المساواة. فبدون توافق في الآراء، تكون الحصص سببا للخلاف والشقاق الشديد. ويلقي التقرير اللوم على الحكومات لأنها تقع تحت إغراء في التفضيلات البينة لأنها لا تتطلب زيادة في الضرائب أو في الإنفاق.

ذلك أن فرض الحصص أسهل بكثير من معالجة الأسباب الكامنة وراء عدم المساواة الفعلية بين الفئات، ومن تلك الأسباب التمييز والفقر ورداءة التعليم وسوء التغذية والعزلة الجغرافية)، من خلال إعادة توزيع الدخل^(٤٦).

٥٨ - وهناك بعض أسباب الاختلاف في المعاملة التي يعترف بها القانون الدولي باعتبارها تستحق أكبر قدر من الاهتمام. وبوجه خاص صنف أنواع التمييز القائمة على الأصل العرقي أو الجنس أو الدين^(٤٧) باعتبارها مشبوهة أو غير مبررة في الغالب.

٥٩ - وعلى هذا النحو، ذكر القاضي تاناكا في القضايا المتعلقة بجنوب غربي أفريقيا: "نحن نرى أن معيار عدم التمييز أو عدم الفصل القائم على أساس الأصل العرقي أصبح قاعدة في القانون العرقي الدولي"^(٤٨). وذكرت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في عام ١٩٧١ بشأن حالة ناميبيا: "إن إنفاذ أوجه التمييز أو الاستثناء أو التقييد أو التحديد على أساس العرق أو اللون أو الأصل أو المنشأ القومي أو الإثني على سبيل الحصر يمثل إنكاراً لحقوق الإنسان الأساسية ويعتبر انتهاكاً صارخاً لأغراض ومبادئ الميثاق"^(٤٩).

٦٠ - وفي نفس الاتجاه، قضت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية المتعلقة بآسيويين من شرقي أفريقيا ضد المملكة المتحدة بما يلي: "تذكر اللجنة بأن من الضروري، على النحو المعترف به بوجه عام، إيلاء أهمية خاصة إلى التمييز القائم على أساس العرق؛ وإن القيام علناً بتحديد مجموعة معينة من الأشخاص لتلقي معاملة تفضيلية على أساس العرق قد يشكل معاملة مهينة، في حين أن المعاملة التفضيلية لأسباب أخرى لن تثير أي مسألة من هذا القبيل"^(٥٠).

٦١ - ولا يمكن إغفال السوابق القانونية للمحكمة العليا للولايات المتحدة في هذا الصدد^(٥١). ونظراً لجوانب الغموض القانونية المحيطة بالعمل الإيجابي والتعارض المحتمل بين سياسة العمل الإيجابي والأحكام الدستورية التي تتبع نهجاً محايداً، وضعت المحكمة العليا سابقة قانونية موسعة في هذا الصدد. وكانت نقطة الانطلاق هي قضية بليسي ضد فرغوسون (163 U.S. 537) والتي أيدت فيها المحكمة العليا في عام ١٨٩٦ مبدأ "الفصل لكن مع المساواة". وصدر حكم معاكس لذلك بعد قرابة ٦٠ سنة، في قضية براون ضد مجلس التعليم (374 U.S. 483)، عندما رأت المحكمة العليا في عام ١٩٥٤ أن المدارس المنفصلة تخلق بالضرورة إحساساً بالنقص. وفي عام ١٩٤٤، كانت المحكمة العليا قد قضت فعلاً في قضية كوريماتسو ضد الولايات المتحدة أن جميع القيود القانونية التي تنتقص من الحقوق المدنية لمجموعة عرقية معينة تعتبر مشبوهة على الفور وينبغي أن تخضع لتمحيص شديد.

٦٢ - وفي عام ١٩٧٤، كان من المتوقع أن تبت المحكمة لأول مرة في تدابير اتخذت في إطار العمل الإيجابي تتعلق بالقبول في الجامعة في قضية ديفونيس ضد أودينغارد (416 U.S. 312). لكنه حيث إن الطالب الأبيض الذي قد رفض قبوله في بادئ الأمر في كلية الحقوق بجامعة واشنطن، كان على وشك التخرج بعد أسابيع قليلة، لم يبت

في القضية. وفي عام ١٩٧٨، كان القضاة منقسمين بشدة في قضية مجلس إدارة جامعة كاليفورنيا ضد باكي (438 U.S. 265)، وتقرر بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة أصوات، وجوب تطبيق تمحيص دقيق حتى في حالة برنامج للعمل الإيجابي. وينبغي بحث الحجج المقدمة لتنفيذ برنامج العمل الإيجابي، لتبين ما إذا كانت أي منها "مقنعة" بقدر يكفي لاجتياز اختبار التمحيص.

٦٣- وفي السنوات التي تلت ذلك، فصلت المحكمة العليا في عدد كبير من القضايا التي قبل فيها العمل الإيجابي منها على سبيل المثال: العاملون في مصنع للفولاذ ضد ويدر ((443 U.S. 193 (1979))؛ وفوليلوف ضد كلوترميك ((448 U.S. 448 (1980))؛ وعمال مصنع ألواح معدنية ضد EEOC ((478 U.S. 421 (1986))؛ والولايات المتحدة ضد باراديس ((480 U.S. 149 (1987))؛ وجونسون ضد مقاطعة سانتا كلارا ((480 U.S. 1442 (1987))؛ وشركة إذاعة مترو ضد FCC ((497 U.S. 547 (1990)).

٦٤- وفي قضية عمال مصنع الفولاذ، قبلت المحكمة العليا برنامج العمل الإيجابي الذي بموجبه خصصت أماكن للتدريب لصالح العاملين من الأمريكيين من أصل أفريقي، لأن البرنامج كانت تنفذه شركة في القطاع الخاص وكان موجهًا إلى فئات أعمال كانت تخضع تقليديًا للفرقة العنصرية. وفي قضايا عمال مصنع الفولاذ، وباراديس، وجونسون، قبلت برامج العمل الإيجابي الثلاثة لأن الغرض منها كان تصحيح الممارسات التمييزية المقصودة التي كانت تطبق في الماضي ضد السكان الأمريكيين الذين ينحدرون من أصل أفريقي من جانب كل من نقابة نيويورك لعمال مصانع ألواح الفولاذ وهيئة الشرطة في ألاباما، وضد النساء اللائي يندرجن في فئة "الحرف الفنية" في مقاطعة سانتا كلارا، في الحالات المذكورة.

٦٥- وأدانست المحكمة العليا برامج أخرى للعمل الإيجابي، كما في قضايا: ضباط إطفاء الحرائق ضد ستوتس ((467 U.S. 561 (1984))؛ ويغانغ ضد مجلس التعليم، جاكسون، ((476 U.S. 267 (1986))؛ ومدينة ريتشموند ضد كروسون ((488 U.S. 469 (1989)).

٦٦- وتتعلق قضيتا ضباط إطفاء الحرائق وويغانغ كلاهما بفصل عاملين من البيض لديهم مدة أقدمية أكبر من زملائهم من الأمريكيين من أصل أفريقي بغرض إفساح المجال لتعيين نساء أو أقليات. ولم تصمد تدابير العمل الإيجابي هذه أمام اختبار التمحيص الدقيق. وفي قضية كروسون، نصت خطة العمل الإيجابي على تخصيص ٣٠ في المائة من العقود للأنشطة التجارية التي تمتلكها الأقلية. ورأت المحكمة العليا أن هذه الخطة غير معدة بالدقة اللازمة للتصدي لآثار التمييز العنصري الذي كان سائدًا في الماضي.

٦٧- وفي عام ١٩٩٥، اتخذت المحكمة العليا قرارًا هامًا في قضية شركة أداراند لأعمال البناء ضد بينا ((115 ST. CT. 2097)). وتتعلق هذه القضية بعقد خسرت شركة أداراند لأعمال البناء، وفازت به شركة

بناء مملوكة لأشخاص من أصل إسباني، بالرغم من أن شركة أداراند كانت صاحبة أقل عطاء، وذلك لأن القانون الفيدرالي ينص على أن يخصص ١٠ في المائة من عقود الأشغال العامة للأقليات. وذكر القاضي أوكونور في الحكم الذي أصدرته المحكمة بأغلبية ستة قضاة أن خطط العمل الإيجابي التي وضعتها الحكومة الفيدرالية ينبغي أن تستوفي هي أيضا اختبار التمحيص الدقيق. ويجب أن تخدم الخطة غرضا إلزاميا وأن توضع بصيغة دقيقة تكفل تلبية هذا الغرض الإلزامي. وحسب رأي القاضي، أرست القرارات السابقة للمحكمة ثلاث قضايا بديهة فيما يتعلق بالبرامج القائمة على العرق هي: '١' التشكك: أي أن التفضيلات القائمة على معايير الأصل العرقي أو الإثني يجب أن تخضع بالضرورة لفحص شديد الدقة؛ '٢' الاتساق: أي ينبغي ألا يتوقف معيار الاستعراض على الأصل العرقي الخاص بالشخص المتضرر أو المستفيد من الخطة؛ '٣' التطابق: أي أن التحليل الخاص بالحماية المتساوية ينبغي أن يكون متطابقا سواء كان الأمر يتعلق بإحدى الولايات أو بالحكومة الفيدرالية^(٥٢).

٦٨- أما قضية عبد العزيز وكبالس وبالكاندالي، فقد رأت المحكمة الأوروبية ما يلي: "يمكن القول بأن التقدم في مسألة المساواة بين الجنسين من الأهداف الرئيسية في الدول الأعضاء في مجلس أوروبا. ومعنى ذلك أنه يتعين تقديم أسباب قوية جدا قبل أن يكون من الممكن اعتبار أي تفرقة في المعاملة على أساس الجنس أنها متوافقة مع الاتفاقية"^(٥٣). ومع ذلك سيكون من الخطأ الخلوص بأنه كان يفترض دائما تقديم مثل هذه الأسباب القوية لتبرير التمييز القائم على نوع الجنس^(٥٤).

٦٩- ولعل من الأمور التي لها دلالاتها، أنه في السوابق القانونية للمحكمة العليا للولايات المتحدة، تطبق المعايير الأدنى أي "التمحيص المتوسط" على العملات الإيجابية التي تستهدف إزالة التمييز القائم على الجنس. ورئي أنه يمكن للحكومة أن تميز على أساس الجنس إذا كانت تريد تحقيق أهداف هامة وكانت التدابير التي اتخذتها الحكومة تتصل اتصالا كبيرا بإنجاز هذه الأهداف. ومن الواضح أن كلمة "هامة" تعني شيئا أقل من "إلزامية" وأن التدابير لا يلزم أن تكون "محددة بدقة" على النحو المطلوب لاجتياز اختبار التمحيص الدقيق.

٧٠- غير أن قانون الاتحاد الأوروبي يتصدى بوجه خاص لمسألة مقاومة التمييز القائم على الجنس، ويعترف بأن المساواة في المعاملة بين الرجال والنساء تعتبر حقا من الحقوق الأساسية. ويعترف قانون الاتحاد الأوروبي بأنه كي يتسنى تحقيق المساواة في الفرص بين الرجال والنساء من الضروري تجاوز مسألة القضاء على التمييز، وبأن العمل الإيجابي ربما يكون مناسبا حتى إذا أدى إلى معاملة تفضيلية للفئة التي كانت مستضعفة من قبل. ويكون على محكمة العدل أن تحدد إلى أي مدى يمكن أن تصل السياسات الوطنية للإجراء الإيجابي^(٥٦).

٧١- وفي قضية كالانكي ك. فراي هانزستات برمين، أكدت المحكمة أن المادة ٢ (٤) من التوجيه المتعلق بالمساواة في المعاملة، تسمح باتخاذ تدابير تهدف، وإن كانت تبدو تمييزية في الظاهر، إلى إزالة أو تخفيض حالات عدم المساواة التي قد تكون موجودة في واقع الحياة الاجتماعية، وتحسن بالتالي قدرة النساء على المنافسة في سوق

العمل وعلى مواصلة حياتهن الوظيفية على قدم المساواة مع الرجال^(٥٧). وينبغي أن يفسر هذا الحكم على نحو دقيق، باعتباره استثناء من حق فردي منصوص عليه في التوجيه: وبالتالي لا ينبغي أن يفهم باعتباره يضفي طابعا شرعيا على القواعد الوطنية التي تكفل للنساء أولوية مطلقة وغير مشروطة في التعيين أو الترقية، إذ إن هذه التدابير تتجاوز تعزيز المساواة في الفرص وتتخطى حدود المادة ٢ (٤). ولقد نفذت مدينة بريمن حكما لحسم الأمر عندما تبين أن المرشحين لوظيفة لديهما نفس المؤهلات، ومنحت التفضيل تلقائيا للمرأة المرشحة عندما تبين أن تمثيل النساء دون المستوى. ويكون تمثيل النساء دون المستوى إذا كان عدد النساء يقل عن نصف عدد العاملين في فئة المرتب المعنية أو من نفس شريحة الدخل في فئة العاملين ذات الصلة في الإدارة أو من المستوى الوظيفي المنصوص عليه في الخريطة التنظيمية. ورئي أن هذا الحكم يتعارض مع قانون الاتحاد الأوروبي، بالرغم من أن المحكمة كانت واضحة في رأيها في قضية كالانكي بأنه يمكن استخدام العمل الإيجابي لتحسين فرص النساء، عندما تكون آثاره تدريجية ونظامية، ولكن يجب ألا يستخدم لتحقيق المساواة بطريقة فورية وشديدة.

٧٢- وفي قضية *Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen*، نقحت محكمة العدل سوابقها القضائية^(٥٨). وقررت أنه عندما يقل عدد النساء عن الرجال على مستوى الوظيفة المعنية في قطاع الخدمات العامة، ويكون كلا المرشحين من الذكور والإناث متساويين في المؤهلات من حيث مدى الملاءمة للوظيفة والكفاءة والأداء المهني، فإن التوجيه المتعلق بالمساواة في المعاملة لا يحول دون تطبيق القاعدة الوطنية التي تقتضي منح الأولوية في الترقية للمرشحات من النساء، إلا إذا كانت هناك أسباب محددة ترجح الكفة لصالح المرشح الذكور، شريطة ما يلي: (أ) فيما يتعلق بكل حالة فردية، تكفل القاعدة للمرشحين من الرجال المتساويين في المؤهلات مع المرشحات من النساء، أن تخضع ترشيحاتهم لتقييم موضوعي يضع في الاعتبار جميع المعايير الخاصة بالمرشح بصفته الفردية، وإلغاء الأولوية الممنوحة للمرشحات الإناث إذا أدى معيار أو أكثر من هذه المعايير إلى ترجيح الكفة لصالح المرشح الذكور؛ و(ب) ألا تنطوي هذه المعايير على تمييز ضد النساء المرشحات. ويبدو أن القاعدة المسماة "ffnungsklausel"، التي لا تمنح أفضلية تلقائية للإناث المرشحات، ولكن تسمح بالتحول عن هذا التفضيل عندما تؤدي "أسباب محددة إلى ترجيح الكفة لصالح المرشح الذكور"، كانت سبب التباين في قضية كالانكي^(٥٩).

٧٣- وعلى أي حال، يتضح من مناقشة السوابق القضائية الدولية والوطنية المذكورة أعلاه أن العلاقة بين العمل الإيجابي ومبدأ عدم التمييز وثيقة جدا. فواقع كون أن فئة معينة من السكان تعاني من ظروف اقتصادية أو اجتماعية غير مواتية، لا يعني أن أي تمييز يستند إلى إحدى الخصائص التي تتميز بها هذه الفئة ينبغي أن يعتبر مشروعا، حتى إذا كان السبب لا يشكل أساسا للتمييز فيما يتعلق بحق معين. وليس هناك أي مبرر على الإطلاق لتطبيق تدابير عمل إيجابي لصالح أشخاص ليسوا في حاجة إليها أساسا، ولكنهم ينتمون إلى فئة كانت من قبل في وضع غير موات، وعدم تطبيقها على أشخاص هم في حاجة إليها، ولكنهم ينتمون إلى فئة كانت تتمتع من قبل بمركز جيد في المجتمع.

٧٤- ويجب أن يركز العمل الإيجابي على اتخاذ تدابير يتوقع أن تلي احتياجات الأشخاص الذين ينتمون إلى فئة تحتاج حماية خاصة. فمن خلال اختيار التدابير ووقت ومكان تنفيذها، يمكن للدولة أن تمنح مزايا للجماعات المستهدفة، دون أن تحرم فئات أخرى لا تنتمي إلى الجماعات المستهدفة من الحصول على هذه المزايا. ولا يجوز بأي حال من الأحوال سلب أي شخص من حقوقه، بما في ذلك حقه في التمتع بحماية القانون على أساس من المساواة، بحجة أن ذلك يمكن أن يساعد جماعات تعرضت من قبل للتمييز.

٧٥- إن سياسات العمل الإيجابي لا تكون مقبولة إلا في حالة عدم تعارضها مع مبدأ عدم التمييز. ومعنى ذلك أنه إذا أجريت تفرقة، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب إلى السبب الذي تستند إليه هذه التفرقة لدى البت فيما إذا كانت هذه التفرقة تعتبر بمثابة تمييز أم لا. ومع ذلك، فإن سبب التفرقة في حد ذاته ليس هو الأمر الحاسم، وإنما العلاقة بين هذا السبب والحق الذي مورست التفرقة بشأنه، فلا بد من وجود ارتباط بين الحق والسبب. كذلك لا بد أن يكون السبب وثيق الصلة بالحق المحدد الذي تستند إليه التفرقة. والغاية أو الهدف المنشود ليس أمراً حاسماً، ذلك أن التقدير القضائي فيما إذا كانت التفرقة تعسفية يتجاوز إجراء تقييم على مستوى سياسي بحت. وبالتالي، فإن العمل الإيجابي من أجل كفالة المساواة التامة، لا يكون دائماً مشروعاً. وينبغي أن لا يفسر العمل الإيجابي باعتباره عملاً يبرر أي تفرقة لأي سبب كان فيما يتصل بأي حق، لمجرد أن الهدف من التفرقة هو تحسين وضع أفراد في وضع ضعيف أو فئات محرومة. والإدانة ليست موجهة إلى التفضيل ولكن الأمر المدان هو استخدام التصنيفات المحظورة كأساس لإلحاق الضرر. والعمل الإيجابي ليس استثناء من مبدأ عدم التمييز، بل إن مبدأ عدم التمييز هو بالأحرى الذي يضع حدوداً لكل عمل إيجابي.

٤- هل الإجراءات الإيجابية إلزامية؟

٧٦- وفقاً لبعض المبادئ والسوابق القضائية الدولية، عندما تصدق إحدى الدول على معاهدة من معاهدات حقوق الإنسان، فإنها توافق على اتخاذ إجراءات إيجابية "لضمان" التمتع بالحقوق المعترف بها في هذه المعاهدة، أو على اتخاذ خطوات لتحقيق "الإعمال الكامل" لهذه الحقوق، كما هو الحال فيما يتعلق بالاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة^(٦٠).

٧٧- لقد قدمت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عدداً من البيانات في تعليقاتها العامة فيما يتعلق بضرورة قيام الحكومات باتخاذ إجراءات إيجابية^(٦١). وكثيراً ما لاحظت أنه لا يمكن القيام بذلك بإصدار القوانين فقط وطلبت من الدول الأطراف أن تقدم معلومات في تقاريرها التالية عن التدابير التي اتخذتها أو التي تقوم باتخاذها لإنفاذ الالتزامات المحددة والإيجابية التي تقتضيها المادة ٣ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(٦٢).

٧٨- واعتمدت كل من اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية واللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عددا من التعليقات العامة تبين أن الاتفاقيتين المعنيتين تقتضيان أن تتخذ الدول إجراءات إيجابية لتحقيق المساواة^(٦٣). ولكن القول بأن القانون الدولي يفرض واجب اتخاذ إجراءات إيجابية مغالى فيه، فالأمر الذي يشجعه هو إمكانية اتخاذ إجراءات إيجابية لتحقيق المساواة بحكم الواقع.

٧٩- وأكدت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة من جديد أهمية هذه الإمكانية في توصيتها العامة رقم ٥: "إذ تحيط علما بأن التقارير والملاحظات الاستهلالية والردود المقدمة من الدول الأطراف تكشف أنه ولئن كان قد تم إحراز تقدم هام فيما يتعلق بإلغاء القوانين التمييزية أو تعديلها، فما زالت هناك حاجة لاتخاذ إجراءات لتنفيذ الاتفاقية تنفيذا تاما، بالأخذ بتدابير تهدف إلى تعزيز المساواة الفعلية بين الرجال والنساء ... وتوصي بأن تعمل الدول الأطراف على زيادة الاستفادة من التدابير الخاصة المؤقتة، مثل العمل الإيجابي أو المعاملة التفضيلية أو نظم الحصص، من أجل زيادة إدماج المرأة في التعليم والاقتصاد والسياسة والعمل"^(٦٤).

٨٠- وفسرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية باعتباره يقتضي تطبيق برامج إجراءات إيجابية في بعض الظروف. ففي تعليقها العام بشأن عدم التمييز ذكرت اللجنة "أن مبدأ المساواة يتطلب أحيانا من الدول الأطراف أن تتخذ إجراءات إيجابية للتقليل من الظروف التي تتسبب أو تساعد في إدامة التمييز الذي يحظره العهد أو إهمائها. فعلى سبيل المثال إذا كانت الظروف العامة لشرية معينة من السكان تمنع أو تعوق تمتعهم بحقوق الإنسان ينبغي للدولة أن تتخذ إجراءات محددة لتصحيح هذه الظروف. ويجوز أن تنطوي هذه الإجراءات على منح الشريحة المعنية من السكان نوعا من المعاملة التفضيلية لفترة ما بالمقارنة ببقية السكان"^(٦٥).

٨١- وأثارت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عددا من الأسئلة فيما يتعلق بالإجراءات الإيجابية، لا سيما فيما يتعلق بالأشخاص الذين يعانون من أوجه العجز البدني والأقليات الإثنية والعنصرية، ويؤكد "كرافن" أنها بقيامها بذلك، تبدو وكأنها تقبل مشروعية الإجراءات الإيجابية. ومع ذلك، فهي لم تعترف صراحة بالطابع الإلزامي للإجراءات الإيجابية^(٦٦).

٨٢- ويقول بعض المعلقين إن الدول ملزمة بالفعل باتخاذ إجراءات إيجابية لصالح الفئات المحرومة^(٦٧). ويستندون في حججهم إلى نظرية "الأثر المجدي". إن الحقوق الواردة في معاهدات حقوق الإنسان ينبغي إنفاذها على النحو المناسب والكامل، وفي بعض الحالات تكون الإجراءات الإيجابية أنسب وسيلة لتأمين ذلك^(٦٨). ويستند هؤلاء المعلقون أيضا إلى السوابق القانونية التي أرسنها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي رأت أنه لا يكفي أن تتخذ الدول موقفا سلبيا في بعض الظروف، وينبغي أن يكون هناك التزامات إيجابية لصيقة بالمراعاة الفعلية للحقوق

المنصوص عليها في الاتفاقية. إن قضية ماركس بوجه خاص تبدو وكأنها تعزز رأيهم بضرورة أن تقوم الدولة بعمل إيجابي، وفي بعض الحالات يتعين على الدولة أن تتخذ إجراءات إيجابية للوفاء بواجبها بمراعاة المساواة^(٦٩).

٥ - المساواة في الفرص مقابل المساواة في النتائج

٨٣ - من الواضح أن الهدف الرئيسي للإجراءات الإيجابية هو إقامة مجتمع يسوده قدر أكبر من المساواة. ومع ذلك هناك الكثير من المثل العليا المتضاربة والمتعارضة فيما يتعلق بالمساواة. فالمساواة في حد ذاتها مفهوم غير محدد أساسا كثيرا ما يقوم واضعو السياسات بتحديد معالمة.

٨٤ - وهناك نموذجان للمساواة، هما صلة وثيقة بالإجراءات الإيجابية، هما المساواة في الفرص والمساواة في النتائج. واختيار أحد النماذج سيحدد أيضا ما هي برامج الإجراءات الإيجابية المرغوبة أو المستصوبة، وما هي صورة العدالة الاجتماعية التي يريد المجتمع تحقيقها^(٧٠).

٨٥ - إن هدف تكافؤ الفرص يتفق مع الرأي القائل بأن الهدف من قانون مكافحة التمييز هو ضمان تخفيض التمييز بتطهير عمليات اتخاذ القرارات من الاعتبارات غير المشروعة القائمة على الأصل العرقي أو الجنس أو الانتماء الإثني التي يكون لها عواقب ضارة على الأفراد، وهو أمر لا يتعلق بالنتائج إلا بوصفها مؤشرا لعملية معيبة. ويعتبر هذا النهج أيضا فرديا على نحو ملحوظ، حيث يركز على ضمان الإنصاف للفرد. وهو ينبثق من منظور ليبرالي للمجتمع، يعكس احترام الفاعلية والجدارة والإنجاز.

٨٦ - ويعتبر هذا المنظور للمساواة "قابلا للتحكم فيه" حيث يمكن ضمان تحقيق الهدف المنشود بقدر ما من اليقين. فهو يعني مثلا، في سياق فرص العمل أن من حق الأفراد التنافس على وجه القصد على الوظائف على أساس المواصفات اللازمة لأداء هذه الوظائف على نحو مرض. والافتراض هو أن الخصائص ذات الصلة بالأصل العرقي أو الجنس أو الأصل الإثني ليس لها أي صلة بالطريقة التي ينبغي أن يعامل بها الأشخاص. ومن ثم ينبغي اختيار الأشخاص وتعيينهم بصرف النظر عن أصلهم العرقي أو جنسهم أو خلفيتهم الإثنية، الخ. كذلك فإن تكافؤ الفرص يعزز حرية الاختيار والمنافسة الحرة بين الأفراد، ويتيح بذلك الحراك الاجتماعي، صعودا أو هبوطا، تبعا لكفاءات ومهارات الأفراد. وليس من الغريب أن تنطوي الإجراءات الإيجابية التي تتفق مع هدف المساواة في الفرص على تدابير تستهدف بناء المهارات وصنع القرارات دون إيلاء اعتبار إلى جنس الشخص أو لونه (التعيين الإيجابي والتفضيل الإيجابي).

٨٧ - لكنه، بالرغم من أن هدف المساواة في الفرص من شأنه أن يضع الجميع على نفس خط الانطلاق، فقد انتقد بشدة باعتبار أنه مشوب بعيوب شديدة. قيل إن هذا النهج لم يدرك المقصود من هيكلة سياسة التمييز العميق الجذور، أو بتعبير أدق، إن سياسات التعيين الإيجابي أو التفضيل الإيجابي أو ما يسمى أيضا بالإجراء الإيجابي

اللين، ستقتضي وقتاً طويلاً نسبياً كي تسفر عن نظام اجتماعي خال من آثار الماضي أو من التمييز الهيكلي^(٧١). ذلك أن التمييز بسبب العنصر والجنس كثيراً ما يكون سلوكاً مؤسسياً وفردياً على السواء، وهذه المشكلة تفهم خطأ باعتبارها مشكلة تتعلق بالنوايا لا بالنتائج. ولا يأخذ هذا النهج في الاعتبار على النحو الملائم طبيعة الظروف المحيطة غير المواتية المتعلقة بالعنصر أو نوع الجنس التي تعزز سياسة التمييز، ولا يركز إلا على إجراءات معينة عند تقييم ما إذا كان ينبغي أن يكون هناك تدخل قانوني، متجاهلاً الصورة الأوسع.

٨٨- ويرى الذين ينتقدون هدف المساواة في الفرص أن الغاية ينبغي أن تنصب على نتائج القرارات المتخذة. ويقولون إن الغاية الأساسية هي تحسين الوضع النسبي للفئات المحرومة. ويميل هذا النهج إلى الاهتمام بالوضع النسبي للفئات أو الطبقات، بدلاً من الأفراد. إن المساواة لا يمكن أن تتوقف على الأداء الفردي.

٨٩- وبينما يؤكد المناصرون لمبدأ المساواة في الفرص أن الكفاءات والمهارات ليست موزعة بصورة متسقة على الجنس البشري، يقول المناصرون لمبدأ المساواة في النتائج إن المهارات والكفاءات بصفة أساسية موزعة بطريقة متسقة. ذلك أن الرجال والنساء والبيض والأقليات الإثنية يتمتعون على وجه الإجمال بنفس القدرات والمهارات. وبالتالي يتوقع أن يسفر تنفيذ مبدأ المساواة في الفرص عن نتائج متساوية، بمعنى أن يكون الرجال والنساء والبيض والأقليات الإثنية ممثلين في مراكز النفوذ والسلطة على نحو يتناسب مع مجمل قوتهم في المجتمع. وتبعاً لهذا المنطق، يعني هذا أن أي تفاوتات كبيرة في النتائج لا بد بالضرورة أن يكون مردها وجود نظام أو هيكل للتمييز ناجم عن ممارسات معينة.

٩٠- وفي هذا المقام ستنطوي الإجراءات الإيجابية التي تتسق مع مبدأ المساواة في النتائج على تدابير للتفضيل الإيجابي وستنطوي تحديداً، على تدابير إيجابية صارمة، مثل الحصص، وتخصيص الأماكن، والأهداف، الخ. ويقتضي تحقيق المساواة في النتائج اتخاذ تدابير تؤدي حتماً إلى تمثيل متناسب للفئات فيما يتعلق، مثلاً، بالقوى العاملة والتعليم والإسكان العام. وفي ظل هذا النظام توزع المنافع الاجتماعية على وجه الدقة على أساس الأصل العرقي أو نوع الجنس أو الخلفية الإثنية، الخ. ويرى بعض المناصرين لهذا المبدأ أيضاً أنه ينبغي أن ينظر إلى الإجراءات الإيجابية في سياق الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما يعني ضمناً قيام الحكومة باتخاذ إجراء سياسي بهدف اعتماد تدابير خاصة لتحسين وضع بعض الفئات الاجتماعية في ميادين معينة^(٧٢).

٩١- ومبدأ المساواة في النتائج أكثر إثارة للجدال، نظراً لطرق تنفيذه المفتوحة والتي لا يسهل قيادتها، مثل اتباع نظام الحصص. وكثيراً ما ينتقد نظام الحصص لأنه يؤدي إلى الإضرار بجماعات محرومة أخرى لها مطالب مشابهة فيما يتعلق بالمساواة، كما يسهم في بث الحقد والاستياء بين الجماعات، ولا يضع في الاعتبار العنصر الأساسي المتعلق بالاختيار الشخصي. ويؤدي ذلك إلى إزاحة أو رفض الأشخاص الذين كان من المفترض وفقاً للمعايير التقليدية أن تخصص لهم منافع اجتماعية.

٩٢- ولكن هل ينبغي أن يطلب من الأفراد أن يقدموا تضحيات لتعويض بعض أعضاء الجماعات المستهدفة؟ وينبغي كما ذكر من قبل تجنب التمييز العكسي تجنباً تاماً وقاطعاً. فهذا النهج كما أشار ماكروودن، لا يضع في الاعتبار على نحو كاف مدى الأعباء الناجمة عن مساعدة الجماعات المستهدفة، التي تتحملها أطراف ثالثة ربما كانت "بريئة" من آثام الماضي، وربما لم تحصل على أي دفع من التمييز الذي مورس ضد هذه الجماعات في الماضي والتي تضم بعضاً من أقل الفئات حظاً في المجتمع من حيث ظروفها الاقتصادية^(٧٣).

٩٣- ومما يثير الاهتمام ملاحظة أن معظم البلدان قد بدأ بتطبيق برامج إجراءات إيجابية تتفق مع مبدأ المساواة في الفرص، غير أن مبدأ المساواة في النتائج فقد محله تدريجياً، تحت ضغط البواعث السياسية أو الاجتماعية^(٧٤). وكثيراً ما يكون هناك خلط بين المبدأين، كما أن التشريعات لم توضح ما هو مبدأ المساواة المراد تطبيقه.

٩٤- ومع ذلك فمن الواضح أن القضية لا تتعلق بمجرد تأييد أو معارضة الإجراءات الإيجابية لصالح جماعة معينة. والطريقة التي يجري بها تحسين أوضاع جماعة معينة^(٧٥) لها أهمية كبيرة من حيث ما إذا كانت هذه الجهود تلقى تأييداً أو معارضة من الجماعات الأخرى. وهناك ملاحظة أخيرة، وهي أن برامج الإجراءات الإيجابية ليست بديلاً لبرامج مكافحة الفقر. كما أنها ليست بديلاً للقوانين المناهضة للتمييز، لأنها لا تقدم أي منافع لجماعات أخرى مثل الأقليات الصينية أو اليهودية، التي تعاني من التمييز في بلدان كثيرة، لكنهما لا تعتبران إجمالاً جماعات محرومة^(٧٦).

الحواشي

(١) على سبيل المثال، عينت الجماعات "المشمولة بالحماية" في الولايات المتحدة التي يحق لها الانتفاع بإجراءات العمل الإيجابي على النحو التالي: الهنود الأمريكيون أو سكان ألاسكا: الأشخاص الذين يرجع أصلهم إلى أي من الشعوب الأصلية في أمريكا الشمالية والذين يحتفظون بهوية ثقافية من خلال الانتساب القبلي أو الاعتراف بالجماعة؛ سكان الجزر الآسيويون أو سكان جزر المحيط الهادئ: الأشخاص الذين يرجع أصلهم إلى أي من الشعوب الأصلية في الشرق الأقصى وجنوب شرق آسيا أو جنوب آسيا، أو سكان جزر المحيط الهادئ؛ السود: الأشخاص الذين يرجع أصلهم إلى أي من الجماعات العرقية السود في أفريقيا؛ الأسبان: الأشخاص من أصل مكسيكي، أو بيورتو ريكي، أو كوبي، أو من أمريكا الوسطى أو الجنوبية، أو من ثقافة أو أصل أسباني آخر، بصرف النظر عن العرق. أما في جنوب أفريقيا، فإن الجماعات المعينة هي السكان السود (السكان الأفارقة)، والسكان المصنفين باعتبارهم "ملونين" والأفريقيين من جنوب الهند والنساء والأفراد المصابين بالعجز. وللاطلاع على المزيد بشأن مسألة الهوية العرقية في جنوب أفريقيا، انظر P.E. Andrews "Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism" *Law in Context*, 1999, pp.91-93.

(٢) انظر M.O. Chibundu "Affirmative action and international law", *Law in context*, 1999, p.21.

الحواشي (تابع)

(٣) في الهند، تحظى الطوائف والقبائل المنبوذة، التي تمثل ٢٠ في المائة من إجمالي سكان الهند، بحقوق خاصة. وتستفيد أيضا مجموعة أخرى، يطلق عليها اسم الطبقات المتخلفة اجتماعيا وتعليميا، من تدابير العمل الإيجابي. وبخلاف القبائل والطوائف المنبوذة، لم تكن هذه الجماعة قط فئة معرفة تعريفيا واضحا. ولذلك فإن هويتها موضع خلاف شديد ومن ثم يعاد النظر فيها بصورة متكررة. وقد حاولت عدة جماعات اكتساب الأهلية للحصول على هذه الحقوق لدرجة تم معها إنشاء لجنيتين وطنيتين للطبقات المتخلفة في عامي ١٩٥٣ و ١٩٧٩ على التوالي. وكانت لديهما ولاية لإعداد قوائم بالجماعات الواجب النظر في وضعها لكي يشملها العمل الإيجابي. وبرغم أن الهند قد أدرجت العمل الإيجابي في دستورها للقضاء على نظام القبائل، فقد كفل العمل الإيجابي لصالح الطبقات المتخلفة في الواقع على إحياء نظام الطوائف. وفي النهاية، ليست القوائم سوى انتقاء متواصل للطوائف لا يحد منها سوى قرار تصدره إحدى محاكم الولايات الهندية ويقضي بأن لا تشمل الطبقات المتخلفة أكثر من ٥٠ في المائة من عدد السكان. انظر: F. De Zwart, "Positieve discriminatie and identiteitpolitiek in India: grenzen aan sociale constructies", *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 199, no.4, pp.262-274; W.F. Menski, "The Indian experience and its lessons for Britain", in B. Hepple and E. Szyczak, *Discrimination: the limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 300-343; O. Mendelsohn, "Compensatory discrimination and India's untouchables", *Law in Context*, 1999, vol.15, no.4, pp.51-79; D.W. Jackson, "Affirmative action in comparative perspective: India and the United States", in T. Loenen and P.R. Rodrigues, *Non-discriminaiton Laws: comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 249-263

(٤) G. Moens, *Affirmative Action, the New Discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, pp. 81-82

(٥) L. Newton, "Reverse discrimination as unjustified", *Interenational Journal of Ethics*, 1973, vol. 83, pp. 311-312

(٦) C. Hamilton, "Affirmative action and the clash of experimental realities", *The Annals*, 1992, vol. 523, pp. 10-18
انظر
تسفر المناوشات بين الأفارقة الأمريكيين والمهاجرين أيضا عن طرح طلبات ومواقف سياسية مختلفة حول ما ينبغي للمجتمع تقديمه.

(٧) N. Glazer, *Affirmative Discriminaiton: Ethnic inequality and Policy*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, pp. 198-200

الحواشي (تابع)

(٨) يقتبس G. Moens، المرجع المذكور، ص. ٨٢-٨٣ من النص الإنكليزي من Sowell ما يلي: "لن يتم التخلي عن أحد أبناء روكفيلر أو عن أحد أبناء كيندي لفسح المجال أمام زيادة الحصص؛ بل سيتم التخلي عن أحد أبناء دي فونيس أو عن أحد من أبناء بيكي. وفضلا عن ما يتمتع به الأغنياء من النفوذ الشخصي وتأثير على قرارات القبول، فإن بإمكانهم أن يوفروا لأبنائهم التعليم الخاص الذي سيؤمن لهم بالفعل الحصول على درجات في الامتحانات تفوق بكثير مستوى الحد الفاصل الذي يتم عنده تقديم التضحيات. ومثلما يرجح أن يكون الطلاب الذين تتم التضحية بهم من قاع طبقة توزيع البيض، يرجح أن يكون الطلاب المختارين من فئة الأقلويات من قمة طبقة توزيع الأقلويات. وباختصار، فإن العملية هي عملية نقل قسري للمنافع من أقل الفئات قدرة على تحمل تكاليفها إلى أقل الفئات احتياجا إليها".

(٩) وتنطبق تدابير العمل الإيجابي أيضا على الأمريكيين الذين يحملون ألقابا أسبانية، كممثل الشخص الذي تحمل أمه لقبا أسبانيا ويجد أن من مصلحته تغيير اسمه كما يحدث في الولايات المتحدة؛ N. Glazer، المرجع نفسه، ص. ٢٠٠ من النص الإنكليزي. واجهت اللجنة الهندية التي أنشئت في عام ١٩٥٣ لإعداد قائمة بالطبقات المتخلفة للاستفادة من العمل الإيجابي مشكلة الطوائف من ذوى المرتبة الرفيعة التي تخلت عن مركزها ووضعها "خشية فقدان مساعدة الدولة" F. De Zwart، المرجع المذكور، ص. ٢٦٨ من النص الإنكليزي.

(١٠) انظر HRI/Gen/1/Rev.1، (١٩٩٤)، الجزء الثالث.

(١١) في ماليزيا يستغل الصينيون والهنود الفقراء الذين يعملون في المناطق الريفية كمزارعين وعمال لقطع المطاط أو كعمال مناجم أما في المناطق الحضرية فيعملون كخدم ويستغلون بنفس القدر الذي يستغل به نظرائهم من الماليزيين. فجميعهم ضحايا الاستغلال المشترك بين الأعراق وفيما بين الأعراق. وكما قال فيلبس، "إن الاستغلال أمر يتعلق بالطبقة والسلطة وكذلك العرق، وهو مسألة اقتصادية بقدر ما هو مسألة إثنية". ورغم استفادة الماليزيين من العمل الإيجابي، فقد استفادت منه بقدر أكبر الطبقات العليا من الماليزيين وغير الماليزيين. ولذلك يؤيد فيلبس فعالية الاستهداف التي تقوم على أساس الجمع بين الطبقة والموقع، لا على أساس التجمعات الإثنية. E. Philips "Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom", in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp.352-353.

(١٢) للاطلاع على استعراض عام، انظر G. Pitt, "Can reverse discrimination be justified? In B. Hepple and E. Szyszczak, op.cit. pp.281-299: C. McCrudden, "Rethinking positive action", *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, pp. 219-243.

الحواشي (تابع)

(١٣) M.O. Chibundu, loc cit. pp. 18-19

(١٤) على سبيل المثال، قد تقضي خطة للعمل الإيجابي بأن يعين صاحب عمل نسبة مئوية معينة من الموظفين الجدد ممن ينتمون إلى أقلية حتى جدول زمني معين. ومن الجائز أن يكون صاحب العمل قد مارس التمييز من قبل مثلاً ضد أمريكيين من أصل أفريقي، لكنه لا يشترط بالضرورة أن يكون المعينون حديثاً من الأمريكيين من أصل أفريقي ممن لم يقدموا مطلقاً من قبل طلباً للعمل لدى صاحب العمل هم أنفسهم ضحايا الممارسات التمييزية السابقة لصاحب العمل كي يمكنهم الاستفادة من الخطة.

(١٥) على حد تعبير الرئيس ليندون جونسون عندما تحدث عن هدف برامج العمل الإيجابي: إنك لا تمحو آثار قرون بمجرد القول: "أنت حر طليق الآن فلتذهب إلى حيث تشاء ولتفعل ما يحلو لك" ... إنك لا تأخذ شخصاً قيد لسنوات بسلاسل وتحرره وتوصله إلى النقطة التي ينطلق منها سباق ثم تقول له بعد ذلك "إن لك الحرية في أن تتنافس مع جميع الآخرين"، وتظل تعتقد صادقاً أنك تصرفت بإنصاف كامل ... إننا نسعى ... ليس فحسب إلى تحقيق المساواة كحق وكنظرية، ولكننا نسعى كذلك إلى تحقيقها كواقع وكنتيجة". هذا مقتطف من الكلمة التي ألقاها الرئيس جونسون أمام خريجي جامعة هاورد في حزيران/يونيه ١٩٦٥، كما تم اقتباسه في S.M.Cahn (ed.), *The Affirmative Action Debate*, London, Routledge, 1995, p.12

(١٦) اللجنة المعنية بالحقوق المدنية في الولايات المتحدة، بيان عن العمل الإيجابي، تشرين الأول/أكتوبر ١٩٧٧، ص. ٢ من النص الإنكليزي، كما تم اقتباسه في W.L. Taylor and S.M. Liss, *Affirmative action in the 1990's: staying the course*, *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 31

(١٧) T. Sowell, *Preferential Policies, an International Perspective*, New York, William Morrow and Company Inc., pp. 148-150. ويؤكد ناثن غليزر (المرجع المذكور، ص. ٢٠١ من النص الإنكليزي) أن التعويض عن الماضي مبدأ خطير. إذ يمكن أن يمتد إلى ما لا نهاية وأن يثير مشاكل لا حصر لها.

(١٨) M.O. Chibundo, op.cit, pp. 18-19

(١٩) المرجع نفسه، ص. ٣٤ من النص الإنكليزي. انظر أيضاً B. Parekh, "A case for positive discrimination" in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp.265-268: "لا يسمح ماضٍ ممزق بأن يكون الحاضر مشتركاً والمستقبل مشتركاً ما لم يجد الجيل الحاضر طرقاً لتهدئة خواطر ضحايا المظلومين والمُعذَّبين".

الحواشي (تابع)

(٢٠) لقد أرست المحكمة العليا في الولايات المتحدة ومحكمة العدل الأوروبية سابقة قانونية تتصدى بنجاح للتمييز غير المباشر. ففي قضية *Griggs v. Duke Power Co. (401 U.S.424, 1971)*، نشأت نظرية الأثر الضار أو المتفاوت الذي يحمل أرباب العمل مسؤولية الأثر المختلف الناتج عن ممارسات عمالة لا مبرر لها، بصرف النظر عن قصد رب العمل الخاص. وكانت شركة ديوك باور تقع في شمال ولاية كارولينا، وهي ولاية جنوبية لها تاريخ طويل في التعليم المنعزل والمنقوص المقدم إلى الأمريكيين من أصل أفريقي. ونتيجة لسياساتها التعليمية، فإن عدد الأمريكيين من أصل أفريقي الذين لا يحملون أي شهادة بالانتهاء من تعليمهم الثانوي يفوق بكثير عدد البيض وبالتالي فهم غير مؤهلين لشغل الكثير من الوظائف المفضلة. ولم يزعم المدعون أن الشركة كانت تقصد التمييز ضد الأمريكيين المنحدرين من أصل أفريقي، وإنما استندوا في دعواهم إلى آثار الممارسات. وأكدت المحكمة العليا في الولايات المتحدة في حكم قصير صدر بالإجماع أنه يمكن الطعن في السياسة في إطار الباب السابع من قانون الحقوق المدنية لعام ١٩٦٤ استنادا إلى آثار الممارسات. وأفادت المحكمة: "أن الكونغرس قد وجه طعنه إلى النتائج المترتبة على ممارسات العمالة مما تشيره من بواعث فحسب وليس إلى بواعثها. وعلاوة على ذلك ألقى الكونغرس على عاتق صاحب العمل عبء إثبات أن هناك بالضرورة علاقة واضحة بين أي شرط بعينه والوظيفة المعنية". على أن المحكمة العليا قد قيدت نظرية "الأثر المتغير" في قضية *Wards Cove Packing Co. v. Antonio (490 U.S. 642, 1989)* مما زاد من صعوبة إثبات دعاوى التمييز غير المباشر بتسهيل الأمر على الشركات التجارية لتبرير السياسات التي كن لها أثر متغير. ومع ذلك، فقد صدر قانون الحقوق المدنية عام ١٩٩١ الذي تضمن للمرة الأولى صراحة نظرية الأثر المتغير ضمن نطاق الباب السابع من قانون الحقوق المدنية لعام ١٩٦٤. وأشارت محكمة العدل في لكسمبرغ إلى قضية غريغز في حكمها البارز الصادر في قضية *Bilka Kaufhaus v. Weber von Hartz (CJ 13 May 1986, case 170/84, ECR 1986, 1607)*. وكانت القضية تتعلق باستبعاد العمال الذين يعملون لبعض الوقت من الاشتراك في نظام المعاشات التقاعدية في أحد المتاجر الكبيرة. واعترضت السيدة فيبر على ممارسة الاستبعاد هذه على أساس الحق في الحصول على أجر متساو كما هو مجسد في قانون الجماعة الأوروبية. ورغم أن السياسة في حد ذاتها محايدة إزاء نوع الجنس، فإنها تلحق الضرر بعدد من النساء يزيد بكثير من عدد الرجال إذ أن العدد الأكبر من العمال الذين يعملون لبعض الوقت من الإناث. وأكدت المحكمة أن الحق في الحصول على أجر متساو "حق تنتهكه أي شركة تجارية تستبعد من نظامها للمعاشات المهنية عمالا يعملون لبعض الوقت حيثما يلحق هذا الاستبعاد الضرر بعدد من النساء يفوق بكثير عدد الرجال، ما لم تثبت الشركة أن الاستبعاد قائم على عوامل لها مبررات موضوعية لا تمت بصلة إلى أي تمييز قائم على أساس الجنس". وقيدت المحكمة اشتراط وجود مبرر موضوعي باقتضاء أن يكون الإجراء أو الممارسة تلبية "الحاجة حقيقية للمؤسسة" وبأن يكون "ملائما وضروريا" لهذه الغاية. وفي قضايا لاحقة، طبق هذا المعيار بنفس الطريقة على

الحواشي (تابع)

الحاشية ٢٠ (تابع)

التمييز غير المباشر من جانب الدولة مثلاً عن طريق التشريع التمييزي بالاستعاضة عن اشتراط "الحاجة الحقيقية" بالطلب الأعم المتمثل في "الهدف المشروع". وباختصار، هناك خطوتان ينبغي اجتيازهما لإثبات التمييز غير المباشر: إثبات وجود أثر ضار/أثر متغاير على جماعة محددة وإثبات عدم وجود مبرر موضوعي. ويتم إثبات التمييز المباشر بعقد مقارنة بين الأفراد، بينما يتطلب إثبات التمييز غير المباشر عقد مقارنة بين الجماعات. وللاطلاع على المزيد، انظر T. Loenen, "Indirect discrimination: oscillating between containment and revolution", in T. Loenen and P.R. Rodrigues (eds), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp.195-211: M. Selmi, "Indirect discrimination: a perspective from the United States", in T. Loenen and P.R. Rodrigues (eds), op.cit, pp.213-222: B. Vizkelety, "Adverse effect discrimination in Canada: crossing the Rubicon from formal to substantive equality", in op. cit, pp.223-236: I. Sjerps, "Effects and justifications. Or how to establish a prima facie case of indirect sex discrimination", in op.cit, pp. 237-263 المتعلقة بالتمييز في مجال حقوق الإنسان هي نصوص اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التفرقة العنصرية (في العمالة والمهن) لعام ١٩٥٨، واتفاقية منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) لمكافحة التمييز في مجال التعليم لعام ١٩٦٠، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتحظر هذه النصوص التمييز المعرف بأنه فعل له "غرض" أو "أثر" تمييزي. وعليه، يتبين بجلاء أن "النية" ليست شرطاً ضرورياً لإثبات التمييز. والإشارة إلى "الأثر" تجعل إثبات النية التمييزية أو "الغرض" التمييزي أمراً لا لزوم له، وتفيد بأن التمييز غير المباشر محظور أيضاً بموجب قانون حقوق الإنسان. وصرح القاضي تاناكا، في رأيه المخالف في قضية *South West Africa*، بأن "التعسف المحظور يعني الواقع الموضوعي البحث، لا الوضع الذاتي للمعنيين بالأمر. وبالتالي يمكن القول بوجود تعسف بغض النظر عن الباعث أو الغرض" (رأي مخالف أبداه القاضي تاناكا، *South West Africa*، (المرحلة الثانية)، الحكم الصادر في ١٨ تموز/يوليه ١٩٦٦، تقرير محكمة العدل الدولية، ١٩٦٦، ص. ٣٠٦ من النص الإنكليزي). ويؤكد نفس الرأي أيضاً بصدد المادة ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وتعرف اللجنة المعنية بحقوق الإنسان "التمييز" في تعليقها العام ١٨ بأنه "أي تمييز أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد أو أي وضع آخر، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بجميع حقوق الإنسان والحريات أو تمتع جميع الأفراد بها أو ممارستها". (HRI/Gen/1/Rev.1، الجزء الأول، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام ١٨، الفقرة ٧). لقد

الحواشي (تابع)

الحاشية ٢٠ (تابع)

ورد هذا التعريف في الحكم القضائي للجنة وإن يكن بشكل غير متسق إلى حد ما. فعلى سبيل المثال، تفيد آراؤها في قضية *K. Singh Bhinder v. Canada* بأن الحالات الصارخة من التمييز غير المباشر تعتبر انتهاكا للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (A/45/40، المجلد الثاني، المرفق التاسع، الفرع هاء، البلاغ رقم ١٩٨٦/٢٠٨). وأخيراً، تصرح لجنة القضاء على التمييز العنصري بأنها "عند السعي لمعرفة ما إذا كان فعل ما يرتب أثراً مخالفاً للاتفاقية، ستنظر في ما إذا كان لهذا الفعل أثر متغير لا مبرر له على جماعة يميزها العرق أو اللون أو الأصل أو المنشأ القومي أو الإثني" (HRI/GEN/1/Rev.1، الجزء الثالث)، لجنة القضاء على التمييز العنصري، التوصية العامة الرابعة عشرة بشأن المادة ١ من الاتفاقية، الفقرة ٢). انظر أيضاً Lord Lester of Herne Hill and S. Joseph, "Obligations of non-discrimination", in *Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford, Clarendon Press, pp.575-576 and A.F. Bayefsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", *Human Rights Law Journal*, 1990, pp.8-10.

(٢١) للاطلاع على المزيد، انظر T.L. Banks, "Equality, affirmative action and diversity in the United States", C.R. Lawrence and M.J. Matsuda, *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997.

(٢٢) في هذه القضية، رفضت المحكمة العليا أن تتناول مباشرة لما إذا كانت الأفضليات العرقية مباحة وقضت بدلاً من ذلك بأن المسألة قليلة الأهمية لأن الملتزم، ماركو ديفونيس، سيكمل تعليمه القانوني حتى إذا خسر القضية.

(٢٣) هوجم في الآونة الأخيرة مفهوم التنوع في العديد من محاكم الاتحاد. وشككت محكمة استئناف اتحادية في صحة التنوع كهدف في قضية *Hopwood v. Texas* (78 F 3d 932, 5th Cir 1996, cert denied, 135 L Ed 1094, 1997). ورأت المحكمة أن التنوع العرقي في التعليم العالي لا يعتبر من الشؤون الملزمة للحكومة وأنه لا يتمشى مع مفهوم معايير القبول المحايدة بخصوص اللون والقائمة على الجدارة. انظر أيضاً *Podberesky v. Kirwan* (38 F 3d 52, 4th Cir 1994, cert denied, 131 L Ed 1002, 1995). S. Thernstrom, "The scandal of the Law schools", *Commentary*, December 1997, pp.27-31. وبالإضافة إلى ذلك، صوت مجلس الأوصياء بجامعة كاليفورنيا في عام ١٩٩٦ لصالح استخدام العرق، أو الدين، أو الجنس، أو اللون، أو الأصل الإثني، أو الأصل القومي لاتخاذ قرارات بشأن القبول أو العمل أو التعاقد في الساحات العامة التسع التابعة لجامعة كاليفورنيا. انظر أيضاً اقتراح كاليفورنيا ٢٠٩ الذي يحظر الأفضليات العرقية في التعليم العالي. وانظر أيضاً الرأي

الحواشي (تابع)

الحاشية ٢٣ (تابع)

المخالف للثقة الذي يرون أن استخدام الأفضليات العرقية في التعليم العالي عديم الفعالية وأنه يبلغ في معظم الحالات مبلغ الكيل الصارخ بمكيالين. وترك المجال للطلبة من الأقليات للحصول على مراكزهم بجدارهم الشخصية من شأنه أن يزيد من صحة الجو العرقي. ويرون علاوة على ذلك أن مناقشة الأفضليات في مجال التعليم العالي قد صرف الاهتمام عن المشكلة الحقيقية وهي الثغرة العرقية السحيقة في الأداء التعليمي بين تلاميذ المدارس الابتدائية والإعدادية. فطالما ظلت هذه الثغرة قائمة، فإن الجهود المبذولة لإرساء التكافؤ في الجامعات مآلها الفشل حتما في رأيهم. وثمة مشكلة أخرى هي أنه لم يتم الاتفاق على درجة "التنوع" الكافية وعلى مدى الضرر الذي يمكن أن يلحق بأفراد آخرين. S. Thernstrom and A. Thernstrom, "Racial preferences: what we now know", *Commentary*, February 1999, pp.44-50.

(٢٤) G. Moens, op.cit, pp.30-31

(٢٥) K. Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, انظر، على المزيد، انظر، New York, Borzoi Books in Law and American Society, 1983, pp. 52-70: R.K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Anaylsis*, New Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, pp. 18-29: and I. Glasser, "Affirmative action and the legacy of racial injustice", in P.A. Katz and D.A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988.

(٢٦) F. De Varennes, انظر أيضا ورقة أعدها M.O. Chibundu, op.cit, pp. 31-32 وانظر "Minority rights and the prevention of ethnic conflicts" (E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.3).

(٢٧) J.D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p.113 كما تم اقتباسه في

(٢٨) T. Sowell, op. cit, pp.153-156

(٢٩) في قضية *Fan Yew Teng v. Public Prosecutor*، أكدت المحكمة الاتحادية حكم بالإدانة بشأن نشر مقال يحرض على الفتنة تم فيه انتقاد الحكومة على تحيزها المزعوم للماليزيين. وصرحت المحكمة بأنه "لا يجوز التشكك في هذه الأحكام وأنها ضرورية لمساعدة الأقل تقدما أو الأقل حظا في ضوء الظروف السائدة في البلد وقت الاستقلال". كما تم اقتباسه في E. Philips, "Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom", in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, p. 352

الحواشي (تابع)

(٣٠) انظر P.A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, pp.780-794.

(٣١) انظر M. Triest, "Positieve actie en arbeidsmarkt", in B. De Graves and others, *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 19.

(٣٢) انظر G.C. Loury, "Incentives effects of affirmative action", *The Annals*, 1992, vol. 523, pp.19-29; W.B. Reynolds, "Affirmative action and its negative repercussions", *The Annals*, op.cit, pp.38-49.

(٣٣) E. Philips, op.cit, pp.344-356.

(٣٤) انظر G. Kellas, *The politics of Nationalism and Ethnicity*, London, McMillan, 1991, p.125.

(٣٥) P.E. Andrews, "Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism?", *Law in Context*, 1999, pp.80-81.

(٣٦) انظر ملاحظات Ncholo in "Equality and affirmative action in constitution-making: the Southern African case", in B. Hepple and E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 412-432.

(٣٧) "العمل الإيجابي في جنوب أفريقيا لا علاقة له بخلق فرص لإحدى الأقليات، بل إنه يعني تغيير اقتصاد حرم في يوم ما ٧٥ في المائة من مجموع السكان من القيام بأي دور ذي شأن في المجتمع". عبارة مقتبسة وردت في مؤلف P. E. ANDREWS، المرجع السابق، ص ٨٢ من النص الإنكليزي.

(٣٨) J. Hodges-Aeberhard and C. RASKIN، العمل الإيجابي في مجال توظيف الأقليات الإثنية والأشخاص الذين يعانون من أوجه العجز، جنيف، مكتب العمل الدولي. استندت هذه الدراسة إلى ثماني دراسات حالات بشأن كندا والهند ولبنان وماليزيا والنرويج والفلبين والاتحاد الروسي وأوغندا.

الحواشي (تابع)

(٣٩) وضعت أليسون شريدان Alison Sheridan نظاما للتصنيف يوضح الطائفة الواسعة النطاق لهذا النوع من تدابير "التعبئة الإيجابية" في السياق المحدد المتعلق بمكافحة التمييز القائم على الجنس والأوضاع غير المواتية في العمل. وتحدد ثلاثة أنواع من استراتيجيات العمل الإيجابي: '١' السياسات المتعلقة بالطباع، وتتناول الاختلافات في شخصية النساء ذات الصلة بملامح الشخصية وسمات الشخصية والسلوك والمهارات الاجتماعية والعادات ("أوجه القصور") التي كثيرا ما تعوق تقدم النساء (تعقد على سبيل المثال حلقات دراسية بشأن الاتصالات بين الجنسين وتحسين الصورة، ويشجع إقامة الشبكات بين النساء)، '٢' السياسات ذات الصلة بالدور الذي تقوم به المرأة، وتتناول المشاكل التي تواجهها النساء في معالجة قضايا العمل والأسرة الناجمة عن ازدواج أدوارهن، وعلى الأخص ما يلي: (أ) السياسات المتعلقة بالعمل والأسرة التي تهدف إلى مساعدة النساء على الجمع بين ممارسة نشاط مدر للدخل والقيام بدورهن كربات بيوت (مثلا توفير رعاية الأطفال، وساعات العمل المرنة، وزيادة فرص العمل لبعض الوقت، والأخذ بقواعد أكثر سخاء فيما يتصل بإجازة الأمومة، وإدراج شروط "ودية تجاه الأسرة" في عقود نقابات العمال، وتقاسم العمل)، و(ب) السياسات المتعلقة بالأعمال غير التقليدية لتوسيع الخيارات أمام النساء (على سبيل المثال يجري تشجيع النساء على الاشتغال بالأعمال البحرية من خلال ملصقات ضخمة تصور نساء يعملن على السفن، ووضعت كتيبات عن دورات التلمذة الصناعية لتشجيع الفتيات على الالتحاق بها، ويشجع المسؤولون في الإدارات المعنية بشؤون العاملين الفتيات على الالتحاق بالأعمال الهندسية)، '٣' السياسات المتعلقة بالبنى الاجتماعية وتهدف إلى القضاء على التحيزات وممارسات الاستبعاد، وهي الفئة التي تشمل أكبر مصفوفة من التدابير (فعلى سبيل المثال اعتمدت سياسة رسمية بشأن المضايقات الجنسية وجرى إعلانها عن طريق الملصقات، ويجري حاليا مراجعة برنامج للمنح الدراسية للتأكد من أن عنصر الجدارة يحظى بالاعتبار الأول، ويعلن عن جميع الوظائف الشاغرة داخليا، ويجري تدريب الموظفين لتلافي التحيز على أساس الجنس، ويجري تشجيع النساء بشدة على التقدم لوظائف كانت من قبل مقصورة على الرجال، '٤' سياسات تتعلق بتكافؤ الفرص لمساعدة الموظفين الذين يريدون الترقى في عملهم (على سبيل المثال تتاح بصفة مستمرة المشورة فيما يتعلق بالوظائف، وتقدم برامج دراسية كثيرة للتطوير الوظيفي، وتشجع النساء على الاشتراك في اللجان في أماكن العمل، وتقدم برامج لتحسين المهارات التقنية والمهنية للموظفين الإداريين. ويمكن تحويل بعض هذه الاستراتيجيات واستخدامها للتغلب على المثالب العرقية في أماكن العمل. أ. شريدان، A. SHERIDAN، "نماذج في السياسات: العمل الإيجابي في أستراليا"، *Women in Management Review*، ١٩٩٨، الصفحات ٢٤٣-٢٥٢ من النص الإنكليزي.

الحواشي (تابع)

(٤٠) تعتبر المادة ٣٥ من قانون العلاقات العرقية في المملكة المتحدة عملاً مشروعاً "أي إجراء يتخذ لتمكين أشخاص من جماعة عرقية معينة من الوصول إلى تسهيلات أو خدمات لتلبية الاحتياجات الخاصة بأفراد هذه الجماعة فيما يخص تعليمهم أو تدريبهم أو رفاههم أو أي منافع إضافية أخرى". وتنص المادة ٣٧ على أن العمل الإيجابي يمكن أن يتخذ لتشجيع أعضاء جماعة عرقية أو جنس بعينه، على التقدم للالتحاق بعمل، أو الحصول على تدريب خاص للاشتغال بعمل، يكون تمثيلهم فيه دون المستوى.

(٤١) هذا هو الحال بوجه خاص في الولايات المتحدة، حيث تركت مسؤولية تنفيذ الأمر التنفيذي رقم ١١٢٤٦ لمكتب برامج الامتثال للعقود الفيدرالية واللجنة المعنية بتكافؤ فرص العمل. وفسر العمل الإيجابي باعتباره مجموعة من الإجراءات المحددة والموجهة نحو تحقيق نتائج معينة، مع استخدام الجداول الزمنية وتحديد الأهداف. وفي عهد الرئيس نيكسون، كان العمل الإيجابي يعني تحديد الاحتياجات الإحصائية لأصحاب العمل والمؤسسات التعليمية على أساس العرق واللون والأصل القومي. ووضعت الإدارات الفيدرالية المختلفة أول خطط رئيسية بشأن "الحصص". وأثارت خطط الحصص هذه جدلاً شديداً، وكانت موضوعاً لأحكام قانونية كثيرة. ومع ذلك، سيتوقف قبول نظام الحصص والتخصيص على الأوضاع المحددة التي سينطبق عليها ذلك. فيبدو على سبيل المثال، أن معظم الأمريكيين يقبلون استخدامه لتصحيح حالات التمييز التاريخية المحددة. بل إن الأشخاص المحافظين يقبلون فكرة تخصيص الحصص التي تأمر بها المحاكم، إذا ثبت في محكمة قانونية أنه كان هناك تمييز في الماضي.

(٤٢) الحصص هي أهداف فيما يتعلق بتمثيل العاملين داخل الشركة أو المؤسسة، تحدد كمياً ويتعين إنجازها في غضون فترة زمنية محددة. والحصص تفرض بأمر من الدولة أو المحكمة. فقد يصدر أمر إلى الشركات أو المؤسسات بأن تكفل أن تمثل النساء نسبة عشرة في المائة من مجموع العاملين فيها في غضون خمس سنوات. وربما يتعين على الشركات أو المؤسسات أن تعمل على التعاقد مع امرأة واحدة مقابل كل أربعة من الرجال العاملين. ولنظام الحصص غرض تمييزي وهو تقييد فئة محددة من العمل في نشاط معين. أما الأهداف فهي غايات عديدة مستهدفة تحاول الشركة أو المؤسسة تحقيقها؛ وبقول آخر، لا يتطلب تحقيقها سوى بذل "جهود بنية حسنة". والغاية ليست تمييزية ولكنها إيجابية من حيث الغرض: وهو المساعدة على زيادة عدد الأفراد المؤهلين الذين ينتمون إلى فئة محرومة في الشركة أو المؤسسة. ومع ذلك فكثيراً ما تنفذ الأهداف من الناحية العملية كنظام للحصص، حيث يوضع عبء دحض افتراض التمييز على صاحب العمل. انظر GLAZER, "The future of preferential affirmative action", in P. A. Katz and D. A. TAYLOR, *Eliminating racism, profiles in controversy*, New York, Plenum Press, 1988, pp. 329-339.

الحواشي (تابع)

(٤٣) للاطلاع على مناقشة لهذا الموضوع، انظر: R. T. BRON, *Affirmative action at work. Law, politics and ethics*, Pittsburgh University of Pittsburgh Press, 1991, pp. 37-59; J. EDWARDS, "Collective rights in the liberal state", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1999, pp. 259-275.

(٤٤) كما اقتبس في مؤلف G. MOENS، المرجع نفسه ص. ١٢ من النص الإنكليزي.

(٤٥) انظر S. M. LIPSET "المساواة في الفرص مقابل المساواة في النتائج"، *The Annals*, 1992, vol. 523, pp. 63-74. وتبقى المعضلة وهي ما هي أفضل طريقة لإنهاء التناقض بين إيمان الولايات المتحدة بالمساواة وميراث العبودية.

(٤٦) الأمم المتحدة، إدارة المعلومات الاقتصادية والاجتماعية وتحليل السياسات، تقرير عن الحالة الاجتماعية في العالم، ١٩٩٧، (E/1997/15) الفقرتان ١٠٥ و ١٠٦.

(٤٧) يقول بايفسكي إن الدين أصبح هو أيضا موضوعا توجه إليه الشبهات دوليا، وإن كان آخرون يشككون في هذا القول. انظر Lord Lester of Horne Hills and S. JOSEPH، المرجع السابق، ص ٥٩٠. ويشير باير إلى أن هناك ميلا مؤسفا من جانب بعض أعضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة نحو التفكير بطريقة تتسم بالجمود في إطار الفئات التي حددت في قرارات سابقة، وخصوصا مفهوم أن "تصنيف الأصل العرقي هو تصنيف غير مؤكد بطبيعته"، أي أن أي تمييز عنصري لا يمكن أن يبقى إلا مع "التمحيص الدقيق". J.A. Baer, "Reverse discrimination, the dangers of hardened categories", *Law and Policy quarterly*, 1982, pp. 71-94.

(٤٨) قضايا جنوب غربي أفريقيا، المرحلة الثانية، تقارير محكمة العدل الدولية، ١٨ تموز/يوليه ١٩٦٦، الفقرة ٢٩٣.

(٤٩) الآثار القانونية المترتبة على الدول نتيجة لاستمرار وجود جنوب أفريقيا في ناميبيا (جنوب غربي أفريقيا) بالرغم من قرار مجلس الأمن ٢٧٦ (١٩٧٠)، والرأي الاستشاري، ١٩٧١، محكمة العدل الدولية. التقارير ٣، الفقرة ٥٧. انظر أيضا I.C.J. Reports *Barcelona Traction, Light and Power Co.*، (تقارير محكمة العدل الدولية، ١٩٧٠، الفقرتان ٣٣ و ٣٤).

(٥٠) اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، *آسيويون من شرق أفريقيا ضد المملكة المتحدة*، ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٣، appl. 4403/70، فقرة ٢٧٠.

الحواشي (تابع)

(٥١) للاطلاع على مؤلفات في هذا الصدد، انظر: أ. دي شوتر "galit et O. de Schuter "diffrence: le dbat constitutionnel sur la discrimination positive aux tats-Unis" والاختلاف: النقاش الدستوري حول التمييز الإيجابي في الولايات المتحدة"، *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 347-368; *The Annals*, 1992, vol. 523 on "Affirmative action revisited" ومن المهم أيضا الاطلاع على البيان التالي للجنة حقوق الإنسان للولايات المتحدة في عام ١٩٨٤: "ومع ذلك، فإن تفضيل أشخاص لم يكونوا ضحايا لتمييز من جانب صاحب العمل على أطراف ثالثة بريئة بسبب أصلها العرقي فقط، في إطار أي خطة لإجراء إيجابي، لا يخدم العدالة". وهذا التفضيل العنصري لا يعدو أن يكون شكلا جديدا من التمييز غير المبرر، وهو ينشئ فئة جديدة من الضحايا، كما أنه ينتهك عند استخدامه في أغراض التعيين في الوظائف العامة، المبدأ الدستوري وهو حماية القانون لجميع المواطنين على قدم المساواة" ج. مونس، الفقرتان ٣٠ و ٣١، المرجع السابق.

(٥٢) وفقا لقول "باوست"، إن الجهد الذي بذل في كاليفورنيا مؤخرا، من خلال الاقتراح رقم ٢٠٩، لحظر أوجه التفضيل العرقية في التعليم العالي لا يتسق مع أحكام بعض المعاهدات الدولية، مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والسياسة الفيدرالية العليا التي وضعت تنفيذا لهذه المعاهدات، ولا يجوز أن يسري هذا الاقتراح. وبموجب شرط السيادة، ينبغي لكاليفورنيا أن تدعن لقانون المعاهدات الدولية في الولايات المتحدة الذي يبيح العمل الإيجابي. وهذا لا يضمن أن تحتاز تدابير معينة في الإجراء الإيجابي جميع التحديات الدستورية، ولكن ينبغي للعمل الإيجابي بموجب قانون المعاهدات الدولية في الولايات المتحدة مراعاة المصالح الأساسية للدولة، كما يمكن أن يسهم في استمرار أو تطور معنى الدستور على نحو يتفق مع القيم المشتركة بوجه عام وكرامة الإنسان. J.J. Paust, "Race-based affirmative action and international law", *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, pp. 674-677.

(٥٣) عبد العزيز وكابالس وبلكاندالي ضد المملكة المتحدة، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ١٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٦، Ser. A., No. 112, para. 80.

(٥٤) انظر المزيد في هذا الصدد في A.F. Bayfsky، المرجع السابق، الفقرات ٢٢-٢٤.

الحواشي (تابع)

(٥٥) توجيه المجلس 76/207/EEC المؤرخ ٩ شباط/فبراير ١٩٧٦ بشأن تنفيذ مبدأ المساواة في المعاملة بين الرجال والنساء فيما يتعلق بالوصول إلى العمل والتدريب المهني والترقية وظروف العمل. وتنص الفقرة ٤، المادة ٢، على ما يلي: "هذا التوجيه لا يمس تدابير تعزيز المساواة في الفرص بين الرجال والنساء، وبوجه خاص بإزالة أوجه عدم المساواة التي تؤثر على فرص النساء في المجالات المشار إليها في الفقرة ١، المادة ١". وفي عام ١٩٨٤، استكمل هذا التوجيه بتوصية المجلس المؤرخة ١٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٤ بشأن تشجيع سياسات العمل الإيجابي للنساء. وكان الدافع على هذه التوصية الاعتبارات التالية: "حيث إن الأحكام القانونية بشأن المساواة في المعاملة التي تهدف إلى منح حقوق للأفراد، لا تكفي لإزالة كافة أوجه عدم المساواة القائمة ما لم تتخذ الحكومات إجراءات موازياً، ينبغي لكلا الجانبين في الصناعة وفي الهيئات الأخرى المعنية التصدي للآثار الضارة بالنساء في مجال التوظيف الناتجة عن المواقف وأنواع السلوك والهيكل الاجتماعية"، وتوصي الدول الأعضاء "بأن تعتمد سياسة تتعلق بالعمل الإيجابي بهدف إزالة جوانب عدم المساواة القائمة التي تؤثر على النساء في مجال العمل وأن تشجع على تحقيق توازن أفضل بين الجنسين في التوظيف، وأن يشمل ذلك اتخاذ التدابير العامة والخاصة الملائمة ضمن إطار السياسات والممارسات الوطنية، مع المراعاة التامة لمجالات اختصاص الجانبين في الصناعة".

(٥٦) انظر المزيد في: E. Szyszczak, "Positive action after Kalanke", *Modern Law Review*, 1996, pp. 876-883; G. F. MANCINI and S. O'LEARY, "The new frontiers of sex equality law in the European Union", *European Law Review*, 1999, pp. 331-353. E. Ellis, "Recent developments in European Community sex equality law", *Common Market Law Review*, 1998, pp. 404-406; C. McCrudden, "The legal approach to equal opportunities in Europe: past, present and future", *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, pp. 200-201; A.G. Veldman, "Preferential treatment in European Community law: current legal developments and the impact on national practices", in T. Loenen, and P.R. Rodrigues, *Non-discrimination laws: comparative perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 279-291.

For articles in relation to national legislation see V. Sacks, "Tackling discrimination positively in Britain" and J. Shaw, 'Positive action for women in Germany', both in B. Hepple, and E. Szyszczak, *Discrimination: the limits of the law*, London, Mansell, 1992, respectively pp. 357-385 and pp. 386-411.

(٥٧) C-450/93، كالانكي ضد برين، ١٧ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٥، E.C.R. I-3051.

(٥٨) Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen، C-409/95، ١١ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٧، E.C.R. I-6363.

(٥٩) يجدر بالذكر أن حكومات شتى قدمت ملاحظات كتابية للدفاع عن القاعدة الوطنية.

الحواشي (تابع)

(٦٠) تنص الفقرة ٢، المادة ٢، من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري على أن "تقوم الدول الأطراف، عند اقتضاء الظروف ذلك، باتخاذ التدابير الخاصة والملموسة اللازمة، في الميدان الاجتماعي والميدان الاقتصادي والميدان الثقافي والميادين الأخرى، لتأمين النماء الكافي والحماية الكافية لبعض الجماعات العرقية أو للأفراد المنتمين إليها، على قصد ضمان تمتعها وتمتعهم التام المتساوي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. ولا يجوز في أية حال أن يترتب على هذه التدابير، كنتيجة لذلك، إدامة أية حقوق متفاوتة أو مستقلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".

وتنص المادة ٣ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن "تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لكفالة تطور المرأة وتقديمها الكاملين، وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل".

(٦١) انظر، على سبيل المثال، التعليق العام ٤ للجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن المادة ٣، (انظر (HRI/GEN/1/Rev.1, Part I (1994)، الفقرة ٢: "أولا، إن المادة ٣، شأنها في ذلك شأن المادتان ٢(١) و ٢٦، من حيث إنها تتناول منع التمييز لعدة أسباب، يعتبر الجنس أحدها، تتطلب ليس فقط تدابير للحماية، بل تتطلب أيضا تدابير إيجابية يقصد منها ضمان التمتع الإيجابي بهذه الحقوق".

(٦٢) المرجع نفسه.

(٦٣) إن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز العنصري ضد المرأة، في التوصية العامة رقم ٨، بشأن المادة ٨ من الاتفاقية (انظر (HRI/GEN/1/Rev.1, Part IV (1994): "توصي الدول الأطراف باتخاذ مزيد من التدابير المباشرة وفقا للمادة ٤ من الاتفاقية، لكفالة التنفيذ التام للمادة ٨ من الاتفاقية ولكفالة فرص تمثيل المرأة، على قدم المساواة مع الرجل ودون أي تمييز، لحكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية". وورد في التعليق العام رقم ٥ بشأن المعوقين (انظر E/C.12/1994/13، الفقرة ٩): "لا شك أن الالتزام الواقع على الدول الأطراف في العهد بالعمل تدريجيا على تعزيز أعمال الحقوق المذكورة فيه إلى أقصى ما تسمح به الموارد المتاحة لها يتطلب من الحكومات أن تفعل أكثر بكثير من مجرد الامتناع عن اتخاذ تدابير قد يكون لها أثر سلبي على المعوقين. فالالتزام في حالة هذه المجموعة الضعيفة المحرومة هو اتخاذ إجراء إيجابي لتقليل نواحي النقص الهيكلية ولتقرير معاملة تفضيلية خاصة للمعوقين من أجل بلوغ هدي المشاركة الكاملة والمساواة داخل المجتمع لهؤلاء الأشخاص".

الحواشي (تابع)

(٦٤) اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم ٥ بشأن التدابير الخاصة المؤقتة (انظر HRI/GEN/1/Rev.1, Part IV).

(٦٥) اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم ١٨ بشأن عدم التمييز (انظر HRI/GEN/1/Rev.1, Part I (1994)، الفقرة ١٠).

(٦٦) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: منظور بشأن تطوره M. Graven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 186

(٦٧) B.G. Ramcharan, op. cit, p. 261; A. Bayefskz, loc. cit, pp. 27-33; E. Vogel-Polsky, *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et legislatives qui pésent sur leur mise en oeuvre dans les Etats Membres du Conseil de l'Europe*, Comit europen pour l'galti entre les femmes et les hommes, Strasbourg, 27-29 avril 1992, CEEG, (87), 14, 11 "الإجراءات الإيجابية والقيود الدستورية والتشريعية المفروضة على تنفيذها في الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، اللجنة الأوروبية المعنية بالمساواة بين الرجال والنساء، ستراسبورغ، ٢٧-٢٩ نيسان/أبريل ١٩٩٢.

(٦٨) E. Vogel-Polsky, *Les actions positives dans la thorie juridique contemporaine*", in B. de Grave, (ed.), *Positieve actie, Positieve, discriminatie, voorrangsbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 79 "الإجراءات الإيجابية في النظرية القانونية المعاصرة".

(٦٩) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ماركس ضد بلجيكا، ١٣ حزيران/يونيه ١٩٧٨، المجلد ٣١، Ser. A، الفقرة ٣١.

(٧٠) M. B. Abram, "Affirmative action, fair shakers and social engineers", in C. McCrudden, (ed.), *Anti-discrimination law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, pp. 499-513; S. Fredman, 'Reversing discrimination', *The Law Quarterly Review*, 1997, pp. 575-600

(٧١) G. Moens، المرجع نفسه، ص ١١.

الحواشي (تابع)

(٧٢) E. Vogel-Polsky, "Les actions positives dans la thorie juridique contemporaine", in B. de Grave, (ed.), *Positieve actie, Positieve, discriminatie, voorrangsbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 75-77 "الإجراءات الإيجابية في النظرية القانونية المعاصرة".

(٧٣) للاطلاع على ملخص لجميع الحجج المؤيدة والمعارضة لمبدأ المساواة في الفرص والمساواة في النتائج، انظر C. McCrudden *Anti-discrimination law, Dartmouth, The International library of Essays* in Law Legal Theory, 1991, pp. xvi-xviii.

(٧٤) انظر على سبيل المثال، G. Moens عن تطور العمل الإيجابي في أستراليا، المرجع نفسه، الفقرات ٥٣-٧٤، وللاطلاع على استعراض لتاريخ العمل الإيجابي في الولايات المتحدة، انظر D. McWhirter, *The end of affirmative action, where do we go from here?*, New York, Birch Lane Press, 1996.

(٧٥) يذكر T. Sowell، المرجع نفسه، ص ١٦٥، بأن السياسات التفضيلية للولايات المتحدة. قد رفضت مرارا وتكرارا في استقصاءات الرأي العام. غير أن نفس الجمهور في الولايات المتحدة الأمريكية أيد بشدة تقديم الدورات التعليمية أو المهنية الخاصة بالجماعات الأقلية.

(٧٦) الأمم المتحدة، إدارة المعلومات الاقتصادية والاجتماعية وتحليل السياسات، تقرير عن الحالة الاجتماعية في العالم، ١٩٩٧، (E/1997/15، الفصل الثامن، الفقرة ٩٤).

المرفق

استبيان بشأن الإجراء الإيجابي

- ١- ما هي الأحكام الدستورية و/أو التشريعية الرئيسية المتعلقة بمبدأ المساواة وحظر التمييز؟ يرجى تقديم صور للأحكام ذات الصلة.
- ٢- يرجى تقديم أمثلة للأحكام القضائية الشهيرة ذات الصلة بمبدأ المساواة وحظر التمييز.
- ٣- هل هناك أي أحكام ذات طبيعة دستورية أو تشريعية أو تنفيذية تشير إلى مفهوم "العمل الإيجابي" و/أو ما يسمى بالتمييز "الإيجابي" أو "العكسي"؟ وإذا كان الأمر كذلك، يرجى تقديم صور للأحكام ذات الصلة.
- ٤- ما هي العلاقة بين حظر التمييز ومفهوم العمل الإيجابي وفقا لهذه الأحكام أو السوابق القانونية الوطنية؟
- ٥- يرجى تقديم أمثلة لمخططات الإجراءات الإيجابية الوطنية التي نفذت عملا بهذه الأحكام.
- ٦- ما هي الجماعات المستهدفة لمخططات الإجراءات الإيجابية هذه (النساء، الجماعات العرقية، أقليات محددة، السكان الأصليون، المهاجرون، المعوقون، المحاربون القدماء، الخ.؟)
- ٧- ما هي الميادين التي تنطبق عليها مخططات الإجراءات الإيجابية هذه (التعليم، العمل، الإسكان، النقل، صناديق الاقتراع، التدريب، التعيين في وظائف سياسية أو تنفيذية أو قضائية، منح العقود أو المنح الدراسية، ميادين أخرى؟)
- ٨- ما هو السياق التاريخي الذي اعتمدت فيه مخططات الإجراءات الإيجابية هذه؟
- ٩- ما هي الأهداف المحددة لمخططات الإجراءات الإيجابية هذه؟
- ١٠- هل هناك أي حدود زمنية لمخططات الإجراءات الإيجابية هذه وكيف سيجري تحديدها عند تحقيق أهداف مخططات الإجراءات الإيجابية هذه؟
- ١١- هل تنطبق مخططات الإجراءات الإيجابية على قدم المساواة على جميع الجماعات المعنية، أم حدثت حالات تفرقة جماعة واحدة أو أكثر من الجماعات المحددة على حساب جماعات أخرى؟ وكيف يجري تعريف هذه الجماعات المحددة؟

- ١٢ - هل هناك أي سوابق قانونية وطنية تتعلق بمخططات الإجراءات الإيجابية هذه؟ وإذا كان الأمر كذلك، يرجى تقديم صور من الأحكام القضائية الرئيسية.
- ١٣ - هل هناك أي هيئات محددة أو سلطات أو لجان أو محاكم مختصة بالنظر في الشكاوي المتعلقة بتنفيذ وإعمال مخططات الإجراءات الإيجابية؟
- ١٤ - من الذي يحق له تقديم الشكاوي ورفع الدعاوي أمام هذه الهيئات؟
- ١٥ - يرجى تقديم إحصاءات، إذا كانت متاحة، تبين مدى نجاح مخططات الإجراءات الإيجابية وبوجه خاص قدر التقدم المحرز منذ تطبيقها.
- ملاحظة: في حالة اعتماد مخططات للإجراءات الإيجابية تتعلق بفئات مختلفة، ينبغي تقديم الردود فيما يتعلق بكل فئة على حدة.

— — — — —