



**Conseil Économique
et Social**

Distr.
GÉNÉRALE

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

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Cinquante-troisième session
Point 5 de l'ordre du jour provisoire

**PROTECTION DES PEUPLES AUTOCHTONES ET DES MINORITÉS
ET PRÉVENTION DE LA DISCRIMINATION À LEUR ÉGARD**

La notion d'action positive et son application pratique

Rapport intérimaire présenté par M. Bossuyt, Rapporteur spécial,
en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Introduction	1 – 5	2
I. LA NOTION D'ACTION POSITIVE	6 – 9	2
II. GROUPES CIBLES: QUESTIONS LIÉES À L'APPLICATION TROP RESTREINTE OU TROP LARGE DES PROGRAMMES EN LEUR FAVEUR	10 – 19	3
III. ÉVALUATION DES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ACTION POSITIVE	20 – 45	5
IV. FORMES D'ACTION POSITIVE.....	46 – 94	12
Annexe: QUESTIONNAIRE SUR L'ACTION POSITIVE.....		23

Introduction

1. Dans sa résolution 1998/5, la Sous-Commission a décidé, étant donné que ce sujet exigeait des recherches approfondies et détaillées, de nommer Marc Bossuyt Rapporteur spécial et de le charger de faire une étude sur la notion d'action positive, et a autorisé le Rapporteur spécial à demander à la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme d'envoyer un questionnaire aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales en les priant de fournir toute la documentation nationale relative à l'action positive.

2. Par sa décision 1999/106, la Sous-Commission a renouvelé l'autorisation qu'elle avait accordée au Rapporteur spécial de formuler cette demande. Le questionnaire a été envoyé aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales.

3. Le présent rapport est soumis en application de la décision 2000/104 de la Sous-Commission dans laquelle celle-ci, rappelant la décision 1999/253 du Conseil économique et social, a remercié le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire (E/CN.4/Sub.2/2000/11 et Corr.1), et a décidé de prier le Secrétaire général d'adresser une lettre de rappel aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organisations non gouvernementales qui avaient reçu ce questionnaire pour leur demander de communiquer leurs réponses. Le Rapporteur spécial voudrait à cet égard exprimer sa profonde gratitude aux Gouvernements des pays suivants: Bolivie, Colombie, Espagne, Grèce, Guatemala, Israël, Jamahiriya arabe libyenne, Pakistan, Paraguay, République slovaque, République-Unie de Tanzanie, Thaïlande et Trinité-et-Tobago, ainsi qu'au Bureau international du Travail et à l'Union postale universelle, qui ont fourni des réponses circonstanciées au questionnaire. Avant d'utiliser ces contributions, le Rapporteur spécial préférerait recevoir davantage de réponses de façon que son prochain rapport soit établi sur la base du plus grand nombre de renseignements possible. Il encourage par conséquent les gouvernements, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales qui ne l'ont pas encore fait à répondre au questionnaire. Celui-ci est joint pour référence au présent rapport.

4. Dans le rapport préliminaire précédent, il a été fait état des deux limites principales fixées à l'action positive par le droit international: a) l'action positive ne doit pas se traduire par une discrimination et b) les mesures prises au titre de l'action positive doivent être d'une durée limitée.

5. Le présent rapport intérimaire portera essentiellement sur les bénéficiaires de l'action positive (le groupe cible), les raisons avancées pour justifier l'adoption de mesures d'action positive et les formes que peut prendre cette action positive.

I. LA NOTION D'ACTION POSITIVE

6. L'expression «action positive» est fréquemment utilisée mais malheureusement pas toujours dans le même sens. Dans l'esprit de certains, la notion d'«action positive» recouvre aussi celle de «discrimination positive», mais il est important de souligner que cette deuxième expression n'a pas de sens. Compte tenu de la pratique générale actuelle consistant à utiliser le terme «discrimination» exclusivement pour désigner des «distinctions arbitraires», l'expression

«discrimination positive» comporte une contradiction dans les termes: ou bien la distinction en question est justifiée et légitime, parce que non arbitraire, et ne peut alors pas être qualifiée de «discrimination», ou bien elle est injustifiée ou illégitime, parce qu'arbitraire, et ne devrait alors pas être qualifiée de «positive». En revanche, en anglais, l'expression «positive action», qui est plus souvent utilisée au Royaume-Uni, est équivalente à «affirmative action». Dans bon nombre d'autres pays on utilisera d'autres expressions, notamment «politiques préférentielles», «places ou emplois réservés», «justice compensatoire ou distributive» et «traitement préférentiel».

7. En tant que notion juridique, l'«action positive» a sa place aussi bien dans le droit international que dans le droit national. Il s'agit cependant d'une notion qui n'a pas de définition juridique généralement acceptée. Toute discussion sérieuse sur la question exige au préalable la mise au point d'une définition pratique:

«L'action positive consiste en un ensemble cohérent de mesures, de caractère temporaire, visant spécifiquement à améliorer la situation des membres d'un groupe cible dans la société à un ou plusieurs égards, afin d'assurer leur égalité effective avec les autres groupes.»

8. Une politique d'action positive peut être menée par différents acteurs appartenant soit au secteur public, tel que le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'un État et les gouvernements locaux, soit au secteur privé, tel que les employeurs ou les établissements d'enseignement.

9. Dans certains pays, ces mesures d'action positive sont volontaires et encouragées; dans d'autres, elles sont obligatoires et tout manquement à cette obligation est sanctionné. Ces mesures ne sont pas appliquées uniquement dans le domaine de l'emploi et de l'éducation: elles peuvent aussi être étendues à d'autres domaines comme le logement, les transports, les consultations électorales, la formation, la nomination à des postes politiques, administratifs et judiciaires, ou l'octroi de contrats ou de bourses.

II. GROUPES CIBLES: QUESTIONS LIÉES À L'APPLICATION TROP RESTREINTE OU TROP LARGE DES PROGRAMMES EN LEUR FAVEUR

10. L'action positive concerne toujours un groupe cible donné composé d'individus qui ont tous une même caractéristique en commun sur laquelle se fonde leur appartenance à ce groupe et qui sont désavantagés. Cette caractéristique est souvent innée et inaliénable, telle que le sexe, la couleur de la peau, la nationalité ou l'appartenance à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, mais ce n'est pas forcément toujours le cas. De ce fait, les programmes passés et présents d'action positive ont toujours visé les femmes, les Noirs, les immigrants, les pauvres, les handicapés, les anciens combattants, les peuples autochtones, d'autres groupes raciaux, ou des minorités particulières.

11. Une question cruciale, qui suscitera bien des désaccords, sera de savoir comment déterminer quels sont les groupes suffisamment désavantagés pour mériter de bénéficier d'un traitement spécial. Même si certains instruments internationaux, tels que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention

sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, sont particulièrement pertinents en la matière, c'est souvent la législation nationale qui permet d'identifier les bénéficiaires des mesures d'action positive¹.

12. L'action positive naît souvent de la conjugaison de deux facteurs: i) l'existence d'une situation persistante d'inégalité qui n'est pas toujours reconnue en tant que telle et ii) l'invocation d'un droit à réparation par les représentants du groupe défavorisé². Souvent, des groupes n'auront pas la force et l'appui politique nécessaires pour faire reconnaître leur statut de défavorisé³. Le champ d'application des programmes d'action positive sera alors trop restreint.

13. L'inverse peut aussi se produire. Des groupes peuvent être classés dans la catégorie des défavorisés, même s'ils ne souhaitent pas être considérés comme tels, par peur d'être victimes d'ostracisme ou parce qu'ils ne sont pas favorables à l'action positive. Le consentement des membres du groupe cible est donc crucial.

14. La législation nationale commence généralement par instituer des mesures d'action positive qui visent un groupe défavorisé particulier. Mais ces mesures sont souvent étendues à d'autres groupes, ce qui soulève le problème d'une application trop large parce que parfois l'appartenance à certains groupes en fonction de la race, de l'origine ethnique ou du sexe est synonyme de désavantage. L'authenticité de la relation entre l'action positive et la réparation d'une discrimination subie dans le passé ou au sein de la société dépend de la mesure dans laquelle la race, l'origine ethnique ou le sexe constitue effectivement un indicateur du fléau social que le programme d'action positive vise à éliminer et de la mesure dans laquelle la prise en compte de la race, de l'origine ethnique ou du sexe constitue un moyen approprié de lutter contre la discrimination. Il peut arriver que des personnes qui n'ont pourtant pas elles-mêmes été défavorisées en raison d'une discrimination subie dans le passé ou au sein de la société⁴ bénéficient des mesures d'action positive. Aux États-Unis en particulier, la question a suscité un débat⁵. Bien que les mesures d'action positive aient visé à l'origine les Africains-Américains, elles ont, au fil du temps, été aussi utilisées pour remédier aux inégalités subies par d'autres groupes défavorisés, dont la plupart étaient des immigrants⁶. La question s'est posée de savoir si ces immigrants, qui sont venus de leur plein gré aux États-Unis, méritaient de jouir de la même protection que les Africains-Américains qui avaient été contraints à l'esclavage⁷. En substance, les groupes protégés aux États-Unis comprennent toute une gamme de personnes qui sont en droit pour différentes raisons de demander réparation: descendants d'immigrants venus de leur plein gré, de peuples conquis et d'esclaves.

15. Un autre problème tient à la théorie des deux classes qui soulève la question de savoir qui bénéficie véritablement des politiques préférentielles. Il semble que ce soit les éléments les plus chanceux des groupes désignés comme bénéficiaires qui tirent le plus profit des mesures d'action positive. Ainsi, les femmes blanches de la classe moyenne bénéficieront davantage que les femmes des classes inférieures et d'une autre origine ethnique des mesures volontaristes en faveur des femmes. Ou alors, lorsque c'est une catégorie plus large qui est visée par ces mesures, telle que les Hispaniques ou les Asiatiques-Américains, ce sont certains groupes ethniques à l'intérieur de ces catégories qui en bénéficieront le plus parce qu'ils occupent déjà une position plus élevée dans la société économiquement et professionnellement parlant et sur le plan de l'instruction. Autrement dit, les bénéficiaires des programmes d'action positive ont tendance à être les membres les plus riches et les moins démunis d'un groupe.

16. Cette théorie des deux classes peut aboutir à la création d'une autre minorité «défavorisée» ou «victime de discrimination» au sein de la majorité. Il est probable que les programmes de mesures préférentielles créent de nouveaux groupes défavorisés. De fait, il y a de fortes chances que les membres de la majorité qui ne parviennent pas à obtenir la position sociale à laquelle ils aspirent du fait de l'application d'un programme d'action positive se situent parmi les moins bons de la population blanche ou de sexe masculin et que les membres de la minorité qui bénéficient de ces programmes se situent parmi les meilleurs de la population minoritaire ou de sexe féminin⁸. Ainsi, il se peut tout à fait que les mesures préférentielles entraînent un déplacement de la charge sociale d'un groupe à l'autre.

17. Déterminer si un individu appartient ou non au groupe cible peut s'avérer assez complexe. Par exemple, jusqu'à quel point faut-il être «noir» pour faire partie de la catégorie des «Noirs» pouvant bénéficier des programmes d'action positive? En ce qui concerne les immigrants, on ne sait pas toujours très bien quelles personnes peuvent être encore classées dans la catégorie des immigrants lorsqu'il s'agit d'immigrants de la deuxième, de la troisième ou de la quatrième génération. Qu'en est-il des enfants issus de mariages mixtes? De plus, on connaît déjà des cas d'individus ou de groupes entiers qui se redéfinissent et qui font valoir un statut particulier pour pouvoir bénéficier des mesures d'action positive⁹.

18. Certains sont favorables à l'élaboration d'une nouvelle loi sur le statut ethnique et racial des personnes afin de déterminer lesquelles peuvent bénéficier de ces mesures. Pour d'autres, la façon dont le groupe lui-même se perçoit et dont l'ensemble de la collectivité au sein de laquelle il vit le perçoit sont des éléments décisifs. Naturellement, cette perception peut changer avec le temps. La Recommandation générale n° VIII du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant l'interprétation et l'application des paragraphes 1 et 4 de l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est particulièrement intéressante à cet égard¹⁰. Ayant examiné les rapports d'États parties où figuraient des renseignements sur les moyens permettant d'identifier les individus comme appartenant à un groupe ou à des groupes raciaux ethniques particuliers, le Comité a émis l'avis que cette identification devait, sauf justification contraire, être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné.

19. Il est clair que la sélection et la définition des groupes cibles visés par des programmes d'action positive posent un problème majeur. Il est donc important de ne pas fonder l'action positive uniquement sur l'appartenance à un groupe mais de prendre en compte d'autres facteurs tels que des facteurs socioéconomiques pour s'assurer que quelqu'un répond aux conditions requises pour bénéficier des mesures d'action positive. Cela implique une conception plus individualisée de l'action positive, qui permette de donner des chances à un individu en fonction de ses besoins individuels et pas uniquement en raison de son appartenance à un groupe¹¹.

III. ÉVALUATION DES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ACTION POSITIVE

20. Lorsqu'ils adoptent une politique d'action positive, les États s'efforcent de la justifier aux yeux de l'opinion publique. Les raisons avancées dépendront essentiellement du contexte social particulier de l'État en question. Certaines des plus courantes sont examinées ci-dessous ainsi que les contre-arguments qui leur sont opposés¹².

A. Réparer ou redresser des injustices historiques

21. Le but recherché est de remédier à la discrimination délibérée ou spécifique subie dans le passé dont les effets se font encore sentir aujourd'hui. Certains groupes défavorisés ont été victimes pendant longtemps d'une discrimination qui a mis leurs descendants en position de défavorisés en raison par exemple d'un manque d'instruction et de formation. D'après Chibundu, l'action positive consisterait ici en mesures correctives visant à redonner à ce groupe la place qu'il aurait occupée s'il n'avait pas été victime d'injustice autrefois. Mais, ajoute-t-il, on peut rarement démontrer l'existence d'une relation de cause à effet précise et convaincante entre une injustice subie dans le passé par un groupe et sa sous-représentation actuelle¹³. Néanmoins, lorsque ce lien peut être dans une certaine mesure établi, il est possible d'appliquer un programme d'action positive même si ses bénéficiaires directs et spécifiques ne sont pas nécessairement eux-mêmes les victimes des discriminations subies dans le passé¹⁴.

22. Cet argument a été et est toujours principalement utilisé par les États-Unis à l'appui des mesures prises par les pouvoirs publics pour «surmonter les effets actuels de la discrimination raciale dont les Africains-Américains ont souffert dans le passé». Les programmes d'action positive aux États-Unis trouvent leur origine dans le décret 10925 pris par le Président J.F. Kennedy en 1961 et le décret 11426 signé par le Président Lyndon Johnson en 1965¹⁵. La Commission des droits civils des États-Unis a alors affirmé: «L'action positive englobe toute mesure qui ne vise pas simplement à mettre fin à une pratique discriminatoire mais qui a pour but de réparer une discrimination subie dans le passé ou dans le présent ou d'empêcher que cette discrimination ne se produise à nouveau dans l'avenir¹⁶. Ce sont les mêmes raisons qu'invoque par exemple le Gouvernement australien pour justifier sa politique d'action positive en faveur des aborigènes d'Australie.

23. Les opposants font toutefois valoir que la question de savoir si le désavantage est dû à une discrimination actuelle ou est une séquelle d'une discrimination antérieure est sujette à controverse. Il est tentant de penser que les problèmes auxquels se heurtent actuellement certains groupes injustement traités autrefois s'expliquent par ces injustices, mais Sowell estime que ce serait confondre les causes d'un phénomène avec la morale. Il affirme que la situation socioéconomique d'un groupe dans une société donnée est souvent sans rapport avec les préjudices qu'il a subis dans le passé¹⁷. On ne saurait nier que les programmes d'action positive auront beaucoup de mal à satisfaire au critère du lien de causalité directe et que le coût de l'établissement de ce lien direct risque bien d'être supérieur à l'avantage qui pourrait en découler¹⁸. Cela sera plus difficile dans un système juridique qui considère que les revendications sont individuelles et non collectives de sorte qu'il ne sera pas facile de démontrer qu'il existe un lien entre le tort causé dans le passé et les droits auxquels on peut prétendre dans le présent. En outre, qui déterminera la réparation appropriée? Et jusqu'à quand faudra-t-il remonter dans le temps? Toutes ces questions remettent en cause l'opportunité de politiques tournées vers le passé.

24. Cependant, dit Chibundu, l'impossibilité d'établir un lien direct entre les injustices subies dans le passé et les besoins actuels milite non pas contre l'action positive mais contre les motifs avancés pour la justifier. Une approche prospective de la question, qui lierait par exemple la demande de justice redistributive des Africains-Américains non pas à ce qu'ils ont subi dans le passé mais à leurs besoins concrets actuels et à leurs aspirations pour l'avenir – permettrait d'accepter plus facilement la notion d'action positive¹⁹.

B. Remédier à la discrimination sociale/structurelle

25. Le fait que les inégalités persistent notamment dans le domaine social et économique et dans celui de l'éducation montre que la reconnaissance du principe de l'égalité de tous devant la-loi permet d'établir une égalité théorique mais ne suffit pas pour remédier comme il convient aux pratiques qui conduisent à l'instauration d'une discrimination structurelle dans la société. La notion de discrimination structurelle recouvre en substance toutes les mesures, procédures, actions ou dispositions juridiques qui paraissent neutres à première vue par rapport à la race, au sexe, à l'appartenance ethnique, etc., mais qui ont des conséquences négatives surtout pour les groupes défavorisés sans raison objective. Cette forme de discrimination peut se manifester de deux façons. On peut délibérément dissimuler ses intentions derrière des critères objectifs; ou alors on peut très bien agir de bonne foi en exigeant certaines compétences professionnelles. Mais, dans les deux cas, on aboutit à une discrimination indirecte ou occulte. Par exemple, l'exigence d'une taille minimum peut fortement désavantager les femmes et les Asiatiques et peut être une condition d'attribution d'un emploi injustifiable si elle n'est pas objectivement nécessaire comme peuvent l'être des tests d'aptitude physique ou d'aptitude à l'écriture. Cette discrimination n'est pas toujours décelable à première vue. La notion traditionnelle de non-discrimination repose essentiellement sur une attitude neutre, c'est-à-dire une égalité de fait, la réparation ne s'appliquant que dans le cas d'une discrimination explicite ou directe²⁰.

26. Les opposants se demandent s'il s'agit vraiment de discrimination structurelle et si le problème n'est pas plutôt dû à un ensemble d'autres facteurs. Lorsque l'origine d'un problème social est très lointaine, ni le respect du principe de non-discrimination ni l'action positive n'aideront les groupes défavorisés à s'intégrer. Ainsi, des inégalités importantes dans l'accès à l'éducation et en particulier à une éducation de qualité peuvent être à l'origine d'une incapacité généralisée à rivaliser avec d'autres sur le marché de l'emploi. Des actions complémentaires, telles que des programmes de lutte contre la pauvreté, seront nécessaires pour maîtriser d'autres dimensions du problème social. L'État se voit alors contraint de redistribuer les ressources en vue de l'application de mesures coercitives ou correctives et plus diversifiées pour assurer l'accès à un enseignement de qualité par exemple.

27. De l'avis des partisans, l'argument de la justice distributive est déjà une forme d'action positive, puisque des ressources seront allouées au profit d'un groupe donné pour faire en sorte qu'il jouisse d'une égalité de fait. La redistribution devient alors une mesure politique en faveur des groupes défavorisés. En outre, on ne peut pas dire qu'elle crée une discrimination puisque c'est la société dans son ensemble qui supporte la charge économique que représente la redistribution des ressources.

C. Instaurer la diversité ou une représentation proportionnelle des groupes

28. Récemment, les tenants de la théorie de la race comme élément déterminant et d'autres universitaires américains ont élaboré une nouvelle thèse sur laquelle fonder l'action positive qui consiste à dire que la diversité raciale et ethnique dans le secteur de l'éducation et de l'emploi est une composante nécessaire de toute société juste²¹. Selon eux en effet, un milieu diversifié sur le-plan racial et ethnique est le reflet de la société en général et favorise la création d'un sens communautaire, plus représentatif et plus riche. «La diversité positive» leur semble un meilleur moyen de faire droit à la demande de justice compensatoire des minorités raciales et ethniques,

et ils estiment par conséquent que la diversité en tant que raison d'être des préférences raciales doit être distinguée de l'action positive.

29. La notion de diversité pour justifier les préférences raciales dans le contexte de l'enseignement supérieur est apparue pour la première fois dans l'affaire *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312, 1974)²². Dans son opinion dissidente, le juge Douglas a écrit qu'il lui semblait évident que la jurisprudence de la Cour suprême militait contre le recours aux préférences raciales à des fins correctives, à moins que «soient prises en compte les normes culturelles d'une société diversifiée plutôt qu'homogène». Cet argument de la diversité a été par la suite avancé dans l'affaire *Regents of the University v. Bakke* (483 U.S. 265, 1978). Le juge Powell, écrivant au nom de la majorité, a fait valoir que la race pouvait être l'un des nombreux facteurs à prendre en considération lors de la prise des décisions en matière d'admission à l'université. Le but légitime était l'intérêt que pouvait présenter pour l'université un corps d'étudiants diversifié. La liberté de l'université allait jusqu'au droit de sélectionner les étudiants, de sorte que le campus puisse bénéficier de la diversité des origines des étudiants admis et que chacun puisse ainsi enrichir son expérience²³.

30. De même, il est dit dans la loi australienne de 1978 sur la réforme de la fonction publique que le but recherché est de créer une «main-d'œuvre qui reflète la diversité de la nation», c'est-à-dire d'instaurer une représentation proportionnelle des groupes²⁴.

D. Arguments concernant l'utilité sociale²⁵

31. Les partisans de l'action positive mettent souvent en évidence les nombreux objectifs sociaux qu'une telle politique permettrait probablement d'atteindre. Des mesures d'action positive bien conçues permettraient d'améliorer le bien-être de nombreuses personnes de différentes façons.

32. L'action positive pourrait se traduire par une amélioration du service fourni aux groupes défavorisés, dans la mesure où un personnel spécialisé issu d'un groupe défavorisé comprendrait et connaîtrait mieux les problèmes que connaissent les groupes défavorisés. De plus, lorsque des membres de groupes défavorisés occuperont des postes de pouvoir et d'influence, les intérêts de tous les groupes défavorisés seront mieux perçus et protégés. Une représentation visible et juste de ces groupes défavorisés dans divers domaines, tels que l'emploi ou l'éducation, assurera une meilleure efficacité sociale et politique dans ces domaines.

33. Un autre argument avancé est que l'action positive peut fournir aux communautés défavorisées des modèles identificatoires qui peuvent constituer pour eux une incitation et une motivation importantes. De plus, la présence accrue de membres de groupes défavorisés dans différents milieux sociaux favorisera la destruction des stéréotypes et des préjugés odieux qui exercent encore une emprise tenace sur bon nombre de sociétés.

34. Il existe toutefois aussi des contre-arguments. À côté de questions plus théoriques telles que la façon de définir le bien-être social, des questions plus pratiques se posent. Nombreux sont ceux qui affirment que ce type d'action positive met la qualité en danger. En donnant la préférence à des personnes moins qualifiées, uniquement en raison de leur appartenance à un groupe donné, on risque de renforcer les stéréotypes au lieu de les faire disparaître du fait,

par exemple, d'une réduction de l'efficacité dans le secteur de l'industrie et de l'éducation due à la baisse du niveau de compétence. Il se peut même que l'on perpétue ainsi les préjugés raciaux.

E. Prévenir les troubles sociaux

35. Nul ne peut ignorer que les programmes d'action positive qui vont des programmes spéciaux en faveur de régions défavorisées et des mesures préférentielles en faveur des femmes dans l'Union européenne aux programmes d'instauration de quotas régionaux en Inde et au Nigéria servent à la fois à promouvoir les intérêts des membres défavorisés de la société et à compenser les inégalités intrinsèques du pouvoir économique et politique, dans l'espoir d'éviter des troubles sociaux²⁶.

36. Dans les années 60, les États-Unis ont dû faire face à diverses émeutes raciales qui ont profondément étonné un grand nombre d'Américains, non seulement parce que ces émeutes ont eu lieu pour la plupart dans des villes du nord mais aussi parce qu'elles se sont produites après l'entrée en vigueur de la loi sur les droits civils (*Civil Rights Act*) et de la loi sur le droit de vote (*Voting Rights Act*), en 1964 et 1965 respectivement. Il avait été enfin interdit de faire des distinctions fondées sur la race dans la société américaine, et la communauté noire avait obtenu le droit de vote; mais cela ne suffisait pas encore pour un grand nombre de dirigeants de militants noirs. À la suite des émeutes violentes et meurtrières de Watts en 1965, les politiciens ont jugé la situation suffisamment menaçante pour décider de prendre des mesures. Aussi bien le Président John Kennedy que le Président Lyndon Johnson ont compris que les relations raciales aux États-Unis avaient atteint un seuil critique. Outre la mise en place de programmes de lutte contre la pauvreté comme le célèbre plan de guerre à la pauvreté du Président Johnson, une tentative a été faite pour réduire le chômage des noirs par l'application de mesures énergiques d'action positive telles que l'instauration controversée de quotas. Selon le Président Johnson: «Donnez du travail à ces gens et vous n'aurez pas de révolution parce qu'ils ont été laissés de côté. S'ils travaillent, ils ne jetteront pas de bombes sur vos maisons et vos entreprises. Occupez-les et ils n'auront pas le temps d'incendier vos voitures»²⁷.

37. Cependant Sowell rejette l'idée qu'une répartition égale des groupes dans tous les secteurs de l'économie tend à réduire les frictions sociales et les sentiments d'hostilité. Selon lui, l'histoire montre que c'est le contraire qui se produit et que de telles mesures risquent même d'être contre-productives²⁸. Cet avertissement est étayé par l'expérience de la Malaisie.

38. Vers 1969, il est apparu clairement en Malaisie que les programmes d'action positive n'avaient bénéficié qu'à un petit groupe de l'élite au pouvoir alors que la situation économique globale des Malais s'était dégradée. De graves émeutes raciales ont éclaté un peu partout, le Parlement a été suspendu et la Malaisie a été dirigée par le Conseil des opérations nationales jusqu'en 1971, année au cours de laquelle la loi d'amendement de la Constitution a été adoptée. En vertu de cette loi, certaines questions «sensibles» telles que la langue, la citoyenneté et la situation spéciale des Malais ne pourraient plus faire l'objet d'un débat public étant donné qu'elles étaient consacrées par des articles de la Constitution, et la loi sur la sédition de 1948 a été modifiée de sorte que remettre en cause le principe qui est à la base de ces questions «sensibles», même devant le Parlement, constitue désormais un acte séditieux. Même le fait de débattre de l'article 153 de la Constitution (voir ci-dessous par. 41) et des dispositions relatives aux mesures d'action positive en faveur des Malais est à présent un délit. Le but de ces

amendements, que les tribunaux continuent d'appliquer²⁹, était «d'éviter la politique politicienne raciale qui avait contribué aux émeutes raciales».

F. Meilleure efficacité du système socioéconomique

39. Certains économistes affirment que l'élimination de la discrimination à l'égard des groupes défavorisés rendra le système socioéconomique plus efficace et plus juste. Le fonctionnement du marché du travail sera optimisé si les imperfections actuelles dues à des préjugés irrationnels sont corrigées³⁰. Aux États-Unis et au Canada, l'action positive est présentée comme étant «bonne pour les affaires» et plusieurs sociétés ont fait de «l'égalité des chances» un «objectif d'entreprise»³¹. Il ne faudrait pas oublier cependant que des avantages financiers, tels que des dégrèvements d'impôts, des compensations ou des contrats publics, sont souvent accordés aux sociétés ou institutions qui appliquent une politique d'action positive; à l'inverse, des sanctions peuvent être infligées aux sociétés ou institutions qui ne le font pas³².

G. Un moyen d'édification de la nation

40. Lors de la création d'un nouvel État, on s'efforce d'instaurer une société plus égalitaire et d'instituer une nationalité commune afin de renforcer sa souveraineté. On l'a souvent vu dans le cas des États qui avaient accédé à l'indépendance après une longue période de colonisation. Ces États étaient en proie à des divisions dues à des conflits interethniques ou étaient conscients du fait que plusieurs groupes étaient à la traîne.

41. En 1957, la Commission constitutionnelle de la Malaisie a reconnu la position vulnérable des Malais par rapport à d'autres communautés telles que celles des Chinois et des Indiens, qui jouissaient d'un vaste pouvoir économique. Il est intéressant de noter que, selon la Commission, l'action positive était un élément essentiel de la politique coloniale. Comme le note Philips, c'est un bon exemple d'une situation où l'on utilisait l'action positive pour compenser le manque de développement plutôt que pour remédier à des discriminations exercées dans le passé³³. La Commission constitutionnelle a recommandé de maintenir les mesures d'action positive compte tenu des circonstances régnant dans le pays: «Les Malais seraient sérieusement défavorisés par rapport à d'autres communautés si ces mesures étaient subitement supprimées. Mais à mesure que les diverses communautés s'intégreront au sein d'une même nation et auront une nationalité commune, ce qui, nous en sommes convaincus, finira par se produire, le besoin de mesures préférentielles de ce type disparaîtra peu à peu.» La Commission constitutionnelle s'est inspirée des dispositions relatives à l'action positive qui figurent dans la Constitution indienne pour établir les mesures énoncées à présent dans l'article 153 de la Constitution fédérale de la Malaisie. Cet article porte essentiellement sur les permis et les licences nécessaires pour l'exercice d'un métier ou d'un commerce qui sont réservés aux Malais et aux personnes originaires de l'un quelconque des États de Sabah et de Sarawak ainsi que sur les places qui leur sont réservées dans les universités, les collèges d'enseignement supérieur ou tout autre établissement d'enseignement.

42. Philips explique pourquoi, à son avis, les non-Malais ont accepté l'article 153. C'était l'aboutissement d'un «marché» officieux entre les trois grands partis politiques. Les dirigeants de ces trois partis se sont entendus sur le fait que les Malais, en tant qu'autochtones, devraient être considérés comme les premiers parmi leurs pairs et devraient jouer un rôle politique important. En échange, on a promis aux non-Malais qu'ils pouvaient librement poursuivre leurs

activités économiques. S'ils acceptaient que des droits spéciaux soient accordés aux Malais, les règlements relatifs à la citoyenneté seraient revus en leur faveur, y compris l'octroi du *jus soli* dans la Fédération après l'indépendance. Il a été convenu que les dispositions de l'article 153 relatives aux «droits spéciaux» resteraient en vigueur pendant 15 ans à compter de l'indépendance. Cependant, compte tenu des événements qui ont eu lieu par la suite et, en particulier, des émeutes raciales de 1969, ce délai de 15 ans a été supprimé. L'article 153 est à présent une disposition permanente de la Constitution.

43. La Constitution nigériane de 1979 impose l'obligation d'encourager activement l'intégration nationale des différents groupes ethniques dont le nombre est supérieur à 100. Pour éviter que quelques groupes dominent tous les autres, on a mis en place un système de quotas en vertu duquel des emplois publics doivent être réservés à des citoyens des 21 États de la Fédération. Un représentant de chaque État doit par exemple figurer parmi les membres du Gouvernement et la composition de l'armée doit refléter le caractère fédéral du Nigéria. Il n'y a pas de lien entre les 21 États et les divers groupes ethniques, puisque le but recherché était de remplacer les allégeances à une ethnie par des allégeances régionales et politiques fondées sur les organismes de pouvoir locaux³⁴.

44. Depuis les élections historiques de 1994, le Gouvernement sud-africain s'est trouvé confronté à d'énormes difficultés. Selon Andrews, «le nouveau Gouvernement sud-africain a compris que l'euphorie provoquée par le changement politique retomberait très vite si la situation économique restait la même. En somme, il fallait que les droits politiques mènent à des avantages économiques pour une grande partie de la population si l'on voulait que la nouvelle démocratie survive. Les réalités de la politique de l'après-guerre froide ayant mis fin à toutes aspirations socialistes, les options possibles, dans le nouveau système, étaient limitées. L'une d'elle, dont l'idée venait d'ailleurs, a été l'action positive»³⁵. L'action positive n'a pas été utilisée de la même façon en Afrique du Sud que dans d'autres sociétés où elle était en grande partie considérée comme un mécanisme de réparation pour des minorités. Comment l'appliquer alors à une majorité³⁶?

45. À cause de l'héritage de l'apartheid, l'accumulation de capital humain en Afrique du Sud, condition préalable à un développement et une croissance économiques satisfaisants avait été entravée. Les droits socioéconomiques ne pouvaient donc plus être ignorés dans la nouvelle Constitution et ils ont été inclus en tant que droits pouvant être invoqués devant les tribunaux dans la Déclaration des droits. C'est dans ce contexte que se situe l'action positive, qui est perçue comme une mesure de changement. Le principe de non-discrimination raciale est affirmé avec force dans la Déclaration des droits mais la nécessité de l'action positive en tant qu'élément important de l'objectif global de reconstruction politique et économique de la société est aussi reconnue en son article 9. Dans les directives constitutionnelles aussi bien que dans le Programme de reconstruction et de développement, l'action positive est conçue comme faisant partie intégrante du projet de transformation du pays qui concerne non seulement le statu quo politique mais aussi la structure socioéconomique. Le Programme de reconstruction et de développement a pour but de mettre en valeur le capital humain de l'Afrique du Sud pour transformer l'économie et la société³⁷.

IV. FORMES D'ACTION POSITIVE

46. Le problème essentiel de l'action positive sera de transformer les objectifs recherchés indiqués plus haut en actions juridiquement contraignantes. L'action positive est souvent considérée comme un concept générique, comme si les mesures correspondantes étaient toutes les mêmes. Or une étude réalisée pour l'OIT par Hodges-Aeberhard et Raskin démontre qu'en réalité, les méthodes utilisées pour atteindre les objectifs fixés peuvent aussi varier: la conformité à la législation pertinente peut être démontrée par la mise en œuvre de toute une gamme de mesures adaptées à un contexte particulier³⁸. Certaines formes d'action positive seront plus efficaces ou appropriées que d'autres pour promouvoir l'égalité en fonction du contexte particulier dans lequel elles s'inscrivent et du choix politique qui a été fait. En outre, comme cela a été souligné dans le rapport préliminaire, les mesures d'action positive doivent toujours respecter le principe de non-discrimination.

A. Mobilisation positive

47. Par l'intermédiaire du recrutement préférentiel, les groupes visés sont énergiquement encouragés et amenés à solliciter un bien social comme un emploi ou une place dans un établissement d'enseignement³⁹. Cela peut se faire par voie d'annonce ou dans le cadre d'autres initiatives aux fins de recrutement lorsqu'on s'est assuré que l'information parvient effectivement aux groupes visés. On pourrait par exemple mettre sur pied des programmes de formation en cours d'emploi pour permettre aux membres de minorités d'acquérir les compétences qui leur permettraient de briguer des emplois et une promotion au même titre que d'autres. L'idée sous-jacente est qu'il ne peut y avoir d'égalité de fait si les effets de la discrimination ont privé certains de la possibilité d'acquérir les compétences nécessaires pour pouvoir rivaliser avec d'autres⁴⁰. Le recrutement préférentiel permettrait ainsi, grâce à des mesures correctives telles que des programmes de formation en cours d'emploi ou d'information et d'autres programmes de renforcement des compétences ou de capacitation, de placer ceux qui ont été défavorisés en position de compétitivité. Cela peut aussi impliquer que l'on prenne l'initiative de faire connaître aux membres de groupes défavorisés les avantages dont ils peuvent bénéficier dans le domaine du logement ou dans d'autres domaines sociaux.

B. Équité de traitement

48. Cette expression signifie que l'on procédera à un examen attentif des décisions prises pour s'assurer que les membres de groupes cibles qui sollicitent un bien social par exemple, l'admission dans un établissement d'enseignement, un emploi ou une promotion, ont été équitablement traités. Autrement dit, ont-ils été jugés en fonction de leur mérite ou bien le racisme ou le sexisme a-t-il joué un rôle dans le processus d'évaluation? On peut le déterminer en établissant des mécanismes efficaces et crédibles chargés d'examiner les allégations de discrimination, en vérifiant les décisions prises et en examinant les pratiques suivies afin d'éliminer celles qui sont involontairement discriminatoires. Tout ceci pour veiller à ce que les critères de recrutement ou de promotion appliqués soient justifiés par rapport à l'emploi considéré et ne masquent pas une discrimination raciale ou sexuelle. Cela signifie que les décisions prises en matière de recrutement ou de promotion doivent être neutres et que les candidats doivent être évalués en fonction de leur mérite propre et non de leur qualité de membres d'un groupe particulier. Cela revient à dire que ce sont toujours les «mieux qualifiés» qui devraient être recrutés.

49. La mobilisation positive et l'équité de traitement supposent l'adoption de mesures destinées à surmonter les problèmes sociaux d'un groupe cible, mais ces mesures n'entraînent pas elles-mêmes de discrimination à l'égard des personnes qui ne sont pas membres de ce groupe. C'est en fait la société tout entière qui supporte le coût de l'action positive. Ainsi, ces mesures sont elles-mêmes neutres mais lorsqu'il s'agit de les justifier, ou bien de les planifier ou de suivre leur application, les considérations de race sont certainement prises en compte. C'est probablement pour cette raison, entre autres, que le recrutement préférentiel et l'équité de traitement dans le cadre de l'action positive sont bien accueillis et acceptés.

C. Mesures préférentielles

50. Par mesures préférentielles, il faut entendre la prise en compte du sexe ou de la race de quelqu'un pour lui accorder ou lui retirer un bien social. Cela peut signifier deux choses.

51. Premièrement, que lorsque deux personnes à qualifications égales sollicitent par exemple un emploi, une promotion ou une subvention, préférence sera donnée à celle qui appartient à un groupe désigné comme devant bénéficier de mesures d'action positive.

52. Deuxièmement, que d'autres mesures plus radicales seront prises⁴¹. On peut par exemple interdire aux membres des groupes non désignés de demander à bénéficier de certaines possibilités. Ou alors, ils y sont autorisés mais même s'ils sont mieux qualifiés, préférence sera néanmoins donnée aux membres des groupes désignés. Ceux-ci peuvent se voir automatiquement octroyer des points supplémentaires lors de concours, procédure qui est désignée sous le nom de «race-norming» (*application de normes liées à la race*). Les critères appliqués pour évaluer les demandes d'admission à l'université ou d'emploi peuvent être moins stricts dans leur cas. Le nombre de biens sociaux qui doit être attribué aux groupes désignés peut être imposé en vertu d'un système officieux de pourcentages, directives, objectifs, quotas ou places et emplois réservés⁴².

53. Les mesures préférentielles constituent la forme la plus controversée de l'action positive. Les opposants affirment que ce type d'action positive a pour conséquence une baisse du niveau des compétences professionnelles et peut même jeter le discrédit sur les groupes visés. De plus, elle fait des réparations collectives le meilleur moyen d'améliorer la situation des groupes cibles. Cette approche se heurte à une forte résistance. Fonder le droit à certaines prestations uniquement sur l'appartenance à un groupe met de nouveau en évidence l'opposition qui existe, en particulier dans les États démocratiques libéraux, entre les droits individuels et les droits collectifs⁴³.

54. Comme le dit Glazer, «si toute la notion de droits reconnus par la loi a été énoncée par rapport à l'individu, comment rendre justice au groupe? Et si on rend justice au groupe – par exemple, par un système de quotas en vertu duquel un nombre déterminé d'emplois doit être attribué aux membres du groupe – ne risque-t-on pas alors de priver les individus d'autres groupes, qui ne font pas partie des groupes victimes de discrimination, du droit d'être considérés en tant qu'individus, indépendamment de leur appartenance à un groupe⁴⁴?» Glazer pense aussi que ce type d'action positive entraînerait une division permanente d'une nation en fonction de l'appartenance et de l'identification à un groupe. Elle s'oppose à la structure formelle du régime des droits individuels dans la mesure où les réparations sont regroupées en fonction de catégories, ce qui est contraire à la notion fondamentale d'égalité entre individus.

55. Pour beaucoup, ce type d'action positive constitue une discrimination, les gens étant traités comme des membres de groupes ou de catégories sans prise en compte de leur mérite propre⁴⁵. Même si elles ont satisfait à tous les critères, des personnes se verront néanmoins privées de ce qui leur reviendrait normalement de plein droit. La discrimination s'exerce à travers le rationnement des biens sociaux, ce qui veut dire que des membres d'autres groupes ne pourront plus prétendre à ces biens sociaux dont l'offre est à présent limitée. Ce sont alors certains individus qui supportent le coût de l'action positive. En somme, appliquer ce type de mesures revient à faire subir un préjudice aux membres du groupe A pour améliorer la situation des membres du groupe B.

56. Cela crée des problèmes au regard du droit international des droits de l'homme, a) parce que ce préjudice est généralement causé dans des domaines de la vie, tels que la santé, l'éducation, le travail, la participation à la vie politique, qui sont protégés par des articles spécifiques des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et b) parce que les motifs pour lesquels ce préjudice est causé (sur la base desquels les personnes sont classées dans la catégorie A ou B) sont précisément ceux-là même qui sont expressément interdits par les dispositions prohibant la discrimination. Il sera donc très difficile de concilier les exigences de stratégies adaptées aux problèmes des groupes cibles et les exigences apparemment contradictoires de la justice individuelle.

57. Dans le rapport sur la situation sociale dans le monde, 1997, il a été dit que les pouvoirs publics imposent des quotas ou d'autres mesures préférentielles *strictes* sans consensus préalable, s'aliénant ainsi les citoyens qui perdent le droit de rivaliser, sur un pied d'égalité avec les membres des groupes désavantagés sur le marché du travail. En l'absence de consensus, les quotas peuvent se révéler extrêmement conflictuels. Il est reproché aux gouvernements de trouver néanmoins un certain attrait à ces mesures strictes qui n'entraînent ni augmentation des impôts ni accroissement des dépenses. Il est bien plus facile d'imposer des quotas que de s'attaquer aux facteurs sous-jacents de l'inégalité de fait entre les groupes, notamment la discrimination, la pauvreté, le faible niveau d'éducation, la malnutrition et l'isolement géographique grâce à une redistribution des revenus⁴⁶.

58. Certains des motifs sur lesquels sont fondées les différences de traitement sont reconnus en droit international comme méritant la plus grande attention. Sont en particulier considérées comme suspectes ou très probablement injustifiées, les distinctions fondées sur la race, le sexe et la religion⁴⁷.

59. Dans son opinion dissidente sur les affaires du *Sud-Ouest africain*, M. Tanaka, membre de la Cour, a déclaré: «Nous concluons que la norme interdisant la discrimination ou la séparation fondée sur la race est désormais une règle de droit international coutumier.»⁴⁸ Dans son avis consultatif de 1971 sur l'affaire de la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a déclaré: «... imposer des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte.»⁴⁹

60. Dans le même ordre d'idées, la Commission européenne des droits de l'homme a rappelé dans l'affaire *East African Asians c. Royaume-Uni* que, comme on le reconnaît généralement, une importance spéciale devrait être accordée à la discrimination fondée sur la race; que désigner

publiquement un groupe de personnes comme devant bénéficier d'un traitement différentiel au motif de la race pourrait donc constituer un traitement dégradant alors que ce ne serait pas le cas si ce traitement différentiel était fondé sur un tout autre motif⁵⁰.

61. On ne saurait ignorer la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à cet égard⁵¹. En raison des incertitudes juridiques qui entourent l'action positive et du conflit intrinsèque entre la politique d'action positive et les dispositions constitutionnelles qui sont fondées sur une approche neutre, la Cour suprême a élaboré une abondante jurisprudence. Le point de départ a été l'arrêt rendu en 1896 dans l'affaire *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), lorsque la Cour suprême a légitimé la doctrine «separate but equal» (séparés mais égaux). Il a fallu attendre près de 60 ans avant que cette doctrine ne soit renversée par l'arrêt rendu en 1954 dans l'affaire *Brown v. Board of Education* (374 U.S. 483), dans lequel la Cour suprême a estimé que des écoles séparées créaient nécessairement un sentiment d'infériorité. Déjà en 1944, la Cour suprême avait considéré dans l'arrêt qu'elle avait rendu dans l'affaire *Korematsu v. United States* que toutes les restrictions juridiques qui limitaient les droits civils d'un seul groupe racial étaient immédiatement suspectes et qu'il fallait les soumettre à un contrôle très strict («strict scrutiny»).

62. En 1974, la Cour suprême devait statuer pour la première fois sur l'application de mesures d'action positive en matière d'admission à l'université dans l'affaire *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312). Mais elle ne s'est pas prononcée étant donné que l'étudiant blanc, à qui l'accès à la Faculté de droit de l'Université de Washington avait d'abord été refusé mais qui avait été admis entre-temps, était sur le point d'obtenir son diplôme. En 1978, les membres de la Cour suprême étaient très divisés dans l'affaire *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265): par 5 voix contre 4, ils ont décidé que même un programme d'action positive devait être soumis à un contrôle très strict. Les arguments en faveur du programme d'action positive devaient être examinés pour voir si l'un d'entre eux était suffisamment déterminant («compelling») pour résister à cet examen.

63. Dans les années qui ont suivi, la Cour suprême a rendu un grand nombre d'arrêts en vertu desquels elle acceptait le programme d'action positive envisagé, par exemple dans les affaires suivantes: *Steelworkers v. Weber* [443 U.S. 193 (1979)]; *Fullilove v. Klutznick*, [448 U.S. 448 (1980)]; *Sheet Metal Workers v. EEOC* [478 U.S. 421 (1986)]; *United States v. Paradise* [480 U.S. 149 (1987)]; *Johnson v. Santa Clara County* [480 U.S. 1442 (1987)]; *Metro Broadcasting Inc. v. FCC* [497 U.S. 547 (1990)].

64. Dans l'affaire *Steelworkers*, la Cour suprême a accepté le programme d'action positive en vertu duquel des places de formation étaient réservées à des Africains-Américains, parce que ce programme était exécuté par un employeur privé et visait des catégories d'emploi souffrant traditionnellement de ségrégation. Dans les affaires *Sheet Metal Workers*, *Paradise* et *Johnson*, les trois programmes d'action positive ont été acceptés parce qu'ils entendaient remédier à des cas de discrimination intentionnelle pratiquée dans le passé à l'égard des Africains-Américains par le syndicat des ouvriers de la métallurgie de la ville de New York et par le corps de police de l'Alabama, et à l'égard de femmes appartenant à la catégorie des «ouvrières qualifiées» dans le comté de Santa Clara, respectivement.

65. La Cour suprême a en revanche rejeté les programmes d'action positive qui lui étaient soumis dans les affaires *Firefighters v. Stotts* [467 U.S. 561 (1984)]; *Wygant v. Jackson Board of Education* [476 U.S. 267 (1986)]; et *City of Richmond v. Croson* [488 U.S. 469 (1989)].

66. Les affaires *Firefighters* et *Wygant* concernaient toutes deux le licenciement de Blancs qui avaient plus d'ancienneté que leurs collègues africains-américains pour recruter à la place des femmes ou des membres de minorités. Ces mesures d'action positive n'ont pas résisté au test du contrôle très strict. Dans l'affaire *Croson*, le programme d'action positive prévoyait que 30 % des contrats de la ville soient réservés à des entreprises appartenant à des minorités. La Cour suprême a estimé que cette dernière mesure ne constituait pas un moyen exactement proportionné à l'objectif poursuivi qui était de remédier à la discrimination raciale subie dans le passé.

67. En 1995, la Cour suprême a pris une importante décision dans l'affaire *Adarand Constructors v. Peña* (115 St.Ct. 2097). L'entreprise Adarand Constructors se plaignait d'avoir perdu un contrat de travaux publics à l'avantage d'une société appartenant à un membre de la communauté hispanique bien qu'elle ait été le soumissionnaire le moins-disant à cause d'une loi fédérale prescrivant que 10 % des contrats de travaux publics devaient être réservés à des minorités. Au nom d'une majorité de six, le juge O'Connor a estimé que même les plans d'action positive établis par le Gouvernement fédéral devaient être soumis à un contrôle très strict. L'objectif poursuivi devait être important et le plan établi devait être exactement proportionné à cet objectif. De l'avis du juge, trois propositions découlant d'arrêts antérieurs de la cour concernant des programmes fondés sur la race devaient être retenues: i) le scepticisme: des préférences fondées sur des critères raciaux ou ethniques doivent nécessairement être examinées de la façon la plus approfondie; ii) la consistance: la norme de contrôle ne doit pas dépendre de la race des gens qui bénéficient ou qui pâtissent du plan en question; iii) la cohérence: la protection égale doit être la même quel que soit le niveau de gouvernement (fédéral ou non) impliqué⁵².

68. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu la décision suivante: «On peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe.»⁵³ Il serait cependant faux de conclure que ces raisons importantes justifiant une discrimination sexuelle ont toujours été constamment exigées⁵⁴.

69. Il est significatif que dans sa jurisprudence, la Cour suprême des États-Unis applique le critère du contrôle moins rigoureux («intermediate scrutiny») aux mesures d'action positive visant à remédier à la discrimination sexuelle. Il a été décidé que le Gouvernement pouvait exercer une discrimination fondée sur le sexe s'il avait des objectifs importants en vue et si les mesures qu'il avait prises visaient pour l'essentiel à atteindre ces objectifs. Il était clair que par «important», il fallait entendre non «déterminant» et que les mesures en question n'auraient pas à être «exactement proportionnées» à l'objectif poursuivi comme cela était exigé dans le cas de la procédure de contrôle très strict.

70. Dans le droit des Communautés européennes, l'accent est mis en particulier sur la lutte contre la discrimination sexuelle, et la reconnaissance de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes comme droit fondamental. Le droit européen a reconnu que pour

instaurer l'égalité de chances entre les hommes et les femmes, il ne faut pas seulement éliminer la discrimination et que des mesures d'action positive peuvent être appropriées même si elles aboutissent à un traitement préférentiel du groupe autrefois défavorisé⁵⁵. Toutefois, c'était à la Cour de justice qu'il appartenait de déterminer jusqu'où pouvaient aller les politiques nationales d'action positive⁵⁶.

71. Dans l'affaire *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, la Cour a confirmé que «l'article 2, paragraphe 4, de la Directive relative à l'égalité de traitement autorise des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale et à améliorer ainsi la capacité des femmes à concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes⁵⁷. En tant que dérogation à un droit individuel énoncé dans la Directive, cette disposition devait être interprétée au sens strict: il ne fallait donc pas y voir un moyen de légitimer une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion étant donné que de telles mesures vont au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépassent les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la Directive. La disposition législative appliquée par la ville de Brème accordait automatiquement, à qualifications égales entre deux candidats de sexe différent retenus en vue d'un emploi, la préférence à la candidate dans les secteurs dans lesquels les femmes étaient sous-représentées. On considérait qu'il y avait sous-représentation des femmes lorsque celles-ci ne constituaient pas la moitié au moins des effectifs dans les différents grades de l'échelle des salaires de la catégorie de personnel concernée d'un service ou aux niveaux de fonctions prévus dans l'organigramme. Cette disposition a été jugée incompatible avec le droit des Communautés européennes bien que la Cour ait dit expressément dans l'affaire *Kalanke* que l'on pouvait avoir recours à l'action positive pour améliorer les chances des femmes si les effets en étaient progressifs et systématiques mais pas pour instaurer une égalité réelle immédiate.

72. Dans l'affaire *Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen*, la Cour de justice des Communautés européennes a affiné sa jurisprudence⁵⁸. Elle a considéré que la Directive relative à l'égalité de traitement ne s'opposait pas à une réglementation nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que: a) elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidates, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin; et b) de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins. Il semble que ce soit la «clause d'ouverture» (Öffnungsklausel), qui n'instaure pas d'automatisme en faveur des femmes, mais permet de déroger à cette préférence si «des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur», qui a fait toute la différence avec l'affaire *Kalanke*⁵⁹.

73. Quoi qu'il en soit, il ressort clairement de la jurisprudence internationale et nationale évoquée ci-dessus que le lien entre l'action positive et le principe de non-discrimination est très étroit. Le simple fait qu'une catégorie particulière de la population est défavorisée sur le plan économique ou social ne signifie pas que pour améliorer sa situation matérielle il faille

considérer comme légitime une différenciation fondée sur une caractéristique distinctive du groupe considéré, même si le motif invoqué n'est pas pertinent pour établir une distinction au regard d'un droit donné. Il serait tout à fait injustifié de faire bénéficier de mesures d'action positive des personnes qui, pour l'essentiel, n'en ont pas besoin mais qui appartiennent à un groupe qui était autrefois défavorisé et d'en priver des personnes qui elles en ont besoin, mais qui appartiennent à un groupe qui occupait jusque-là une meilleure place dans la société.

74. L'action positive doit se traduire essentiellement par des mesures visant à répondre aux besoins de personnes appartenant à un groupe qui exige une protection spéciale. L'État doit bien choisir ces mesures ainsi que le moment et le lieu de leur application pour que les groupes visés puissent en bénéficier sans pour autant que ceux qui n'appartiennent pas à ces groupes soient désavantagés. En aucun cas, on ne doit priver quelqu'un de ses droits, y compris du droit à une égale protection de la loi, sous prétexte que cela pourrait aider des groupes qui ont subi autrefois une discrimination.

75. Les mesures d'action positive ne sont légitimes que dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre du principe de non-discrimination. Cela signifie que si une distinction est établie, il faut bien étudier le motif sur lequel cette distinction est fondée pour déterminer s'il y a discrimination ou non. Toutefois, ce n'est pas le motif lui-même qui est décisif mais son rapport avec le droit sur lequel porte la distinction. Il faut qu'il y ait un lien suffisant entre le droit et le motif. Ce dernier doit être jugé pertinent par rapport au droit spécifique dont l'application fait l'objet de la distinction. La finalité ou l'objectif de la mesure ne sont pas décisifs non plus. L'appréciation du caractère arbitraire ou non, de la distinction doit se faire au niveau juridique et pas seulement au niveau purement politique. L'action positive qui vise à assurer l'égalité totale n'est pas toujours légitime. L'action positive ne doit pas être interprétée comme justifiant toute distinction quel qu'en soit le motif et quel que soit le droit concerné, simplement par ce que le but de cette distinction est d'améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés. Ce n'est pas la mesure préférentielle mais le préjudice causé et le recours à des classifications interdites pour justifier ce préjudice qui sont sanctionnés. L'action positive n'échappe pas à l'obligation de respecter le principe de non-discrimination. C'est plutôt le principe de non-discrimination qui fixe les limites de toute mesure d'action positive.

D. L'action positive est-elle obligatoire?

76. Il ressort d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence internationales que lorsqu'un État ratifie un instrument relatif aux droits de l'homme, il accepte de mener une action constructive pour «assurer» la jouissance ou de prendre des mesures pour garantir «le plein exercice» des droits reconnus dans cet instrument comme dans le cas de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶⁰.

77. Dans ses observations générales, le Comité des droits de l'homme a fait un certain nombre de remarques au sujet de la nécessité d'une action positive de l'État⁶¹. Il a souvent fait observer que cela ne peut être réalisé par la simple adoption de lois et a demandé aux États parties de fournir des informations dans leurs rapports ultérieurs sur les mesures qu'ils ont prises ou vont prendre pour donner effet aux obligations précises et positives imposées par l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶².

78. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ont tous deux adopté plusieurs recommandations générales dans lesquelles ils indiquent qu'à leur avis, les conventions dont ils surveillent l'application font obligation aux États parties de prendre des mesures pour instaurer l'égalité⁶³. Néanmoins, ce serait un peu extrême de dire que le droit international impose l'obligation de prendre des mesures d'action positive. Mais il encourage les États à envisager la possibilité de prendre de telles mesures pour instaurer l'égalité de fait.

79. Dans sa Recommandation générale n° 5, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a réaffirmé l'importance que revêt cette possibilité: «Notant ... qu'il demeure nécessaire d'agir pour pleinement appliquer la Convention grâce à la mise en œuvre de mesures visant à favoriser l'égalité de fait entre hommes et femmes ... Recommande aux États parties de recourir davantage à des mesures temporaires spéciales telles qu'une action positive, un traitement préférentiel ou un contingentement pour favoriser l'intégration des femmes à l'éducation, à l'économie, à l'activité politique et à l'emploi⁶⁴.»

80. Le Comité des droits de l'homme a considéré que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques exigeait l'adoption de programmes d'action positive dans certaines circonstances. Dans son observation générale sur la non-discrimination, il fait observer que: «... l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population⁶⁵.»

81. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a soulevé un certain nombre de questions au sujet de l'action positive, notamment en ce qui concerne les personnes handicapées et les membres de minorités ethniques ou raciales, et ce faisant, d'après Craven, il semble accepter la légitimité des mesures d'action positive. Il n'a toutefois pas encore reconnu expressément le caractère obligatoire de ces mesures⁶⁶.

82. Néanmoins, certains commentateurs ont avancé que les États sont effectivement tenus de prendre des mesures d'action positive en faveur des groupes défavorisés⁶⁷. Ils fondent leurs arguments sur la théorie de «l'effet utile». Il doit être donné pleinement et dûment effet aux droits énoncés dans les instruments relatifs aux droits de l'homme et, dans certains cas, l'action positive est le moyen le plus approprié à cette fin⁶⁸. Ces commentateurs se réfèrent également à la jurisprudence élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a estimé que dans certaines circonstances, l'État ne peut pas se contenter de mesures passives de prévention et doit s'acquitter d'obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits inscrits dans la Convention. L'affaire *Markx*, en particulier, semble renforcer leur conviction que l'État doit parfois prendre des mesures positives et dans certains cas volontaristes pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombe d'assurer le respect du principe d'égalité⁶⁹.

E. Égalité de chances ou égalité de résultats

83. Il est clair que l'action positive a pour principal objectif l'instauration d'une société plus égalitaire. Toutefois, il existe de nombreuses conceptions antagoniques et conflictuelles de l'égalité. L'égalité elle-même est essentiellement une catégorie indéterminée que souvent les décideurs définissent eux-mêmes.

84. Deux conceptions de l'égalité sont particulièrement pertinentes dans le cadre de l'action positive: l'égalité de chances et l'égalité de résultats. Le choix de telle ou telle conception déterminera également le type de programme d'action positive souhaité ou préféré et l'idée de la justice sociale que la société veut traduire dans les faits⁷⁰.

85. L'égalité de chances correspond à l'idée que la législation sur l'élimination de la discrimination a pour but de limiter la discrimination en supprimant/expurgeant du processus de prise de décisions toutes les considérations illégitimes liées à la race, au sexe ou à l'appartenance ethnique qui ont des conséquences néfastes pour les individus. On ne s'occupe pas du résultat, si ce n'est comme indicateur d'un processus inapproprié. C'est une approche aussi nettement individualiste, axée sur la recherche de l'équité pour l'individu. Elle découle d'une vision libérale de la société, fondée sur le respect de l'efficacité, du mérite et de l'accomplissement.

86. Cette conception de l'égalité est jugée «réalisable» dans la mesure où l'on est à peu près certain de l'objectif à atteindre. Par exemple, dans le contexte de l'emploi, cela voudra dire que des individus pourront concourir sur le marché du travail et que leur qualification sera évaluée exclusivement au regard des compétences requises pour satisfaire aux exigences des emplois à pourvoir. Cela signifie qu'aucune considération liée à la race, au sexe et à l'origine ethnique ne doit entrer en ligne de compte dans le traitement réservé aux candidats. Des personnes devraient pouvoir ainsi être sélectionnées et recrutées quels que soient notamment leur race, leur sexe ou leur origine ethnique. L'égalité de chances favorise la liberté de choix et la libre concurrence entre les individus. Elle donne ainsi à chacun des possibilités de mobilité sociale en fonction de ses aptitudes et de ses compétences propres. Les mesures d'action positive correspondantes consisteront, ce qui n'est pas surprenant, en mesures visant à développer les compétences et à favoriser une prise de décisions exempte de tout a priori racial ou sexuel (recrutement préférentiel et traitement préférentiel).

87. Néanmoins, bien que l'égalité des chances mette tout le monde sur le même plan, elle a été critiquée pour ses importantes lacunes. Cette approche dénoterait une conception erronée de la structure profonde de la discrimination. Plus précisément, le recrutement préférentiel et le traitement préférentiel, qualifiés également de mesures d'action positive *douces*, mettront relativement longtemps à aboutir à un ordre social sans aucune trace de discrimination passée ou structurelle⁷¹. La discrimination raciale et sexuelle est aussi souvent institutionnelle qu'individuelle et on considère à tort qu'il s'agit d'un problème d'intention plutôt que d'effet. On ne tient pas suffisamment compte du fait que le désavantage lié à la race ou au sexe se généralise et s'accroît toujours plus et on se concentre uniquement sur des actions particulières pour déterminer si une intervention de la justice est nécessaire sans tenir compte du contexte plus général.

88. Ceux qui critiquent l'égalité de chances sont d'avis que son objectif devrait être de préciser clairement les effets des processus de prise de décisions. Selon eux, l'objectif fondamental poursuivi est l'amélioration de la situation relative des groupes défavorisés. Il s'agit de la place relative qu'occupent des groupes ou des catégories plutôt que de celle d'individus. L'égalité ne peut dépendre de l'accomplissement individuel.

89. Lorsque les partisans de l'égalité des chances soutiennent que les talents et les compétences ne sont pas répartis uniformément entre tous les membres de la race humaine, les partisans de l'égalité de résultats affirment qu'ils le sont totalement. Les hommes, les femmes, les Blancs et les minorités ethniques possèdent en moyenne les mêmes talents et les mêmes compétences. Ainsi, l'application du principe de l'égalité de chances devrait se traduire par une répartition égale des différents groupes, c'est-à-dire que les hommes, les femmes, les Blancs et les minorités ethniques seraient représentés dans les postes de pouvoir et d'influence proportionnellement à leur nombre total dans la société. Si l'on suit ce raisonnement, on aboutit à la conclusion que les fortes inégalités de résultats entre les groupes doivent être nécessairement dues à l'existence d'un système ou d'une structure de discrimination qui résulte de certaines pratiques.

90. L'action positive correspondant au principe de l'égalité de résultats suppose l'application de mesures préférentielles et plus précisément de mesures volontaristes *énergiques*, telles que quotas, emplois et places réservées, objectifs, etc. L'instauration de l'égalité de résultats exige des mesures qui aboutissent inévitablement à une représentation proportionnelle de tous les groupes, par exemple dans l'emploi, l'éducation et les logements sociaux. Les biens sociaux sont répartis précisément en fonction notamment de la race, du sexe ou de l'origine ethnique, etc. Certains des tenants de cette théorie font aussi observer que l'action positive doit être envisagée dans le contexte des droits économiques, sociaux et culturels, ce qui implique une intervention politique de l'État en vue de l'adoption de mesures spéciales pour améliorer la situation des catégories sociojuridiques dans certains domaines⁷².

91. La théorie de l'égalité de résultats est plus controversée en raison de ses méthodes d'application qui sont indéterminées et ingérables, telles que l'adoption de quotas. On critique souvent les quotas parce qu'ils conduiraient à défavoriser d'autres groupes vulnérables qui revendiquent aussi l'égalité, parce qu'ils contribueraient à susciter l'hostilité et le ressentiment entre les groupes sociaux et parce qu'ils ne tiendraient pas compte de l'élément fondamental que constitue le choix individuel. On aboutit ainsi à la mise à l'écart ou à l'exclusion de ceux qui se seraient vu attribuer un bien social si l'on avait appliqué des critères traditionnels.

92. Mais faut-il demander aux individus de faire des sacrifices pour compenser le tort causé à certains membres des groupes cibles? On l'a déjà dit, il faut absolument éviter la discrimination à rebours. Comme l'a fait observer McCrudden, cette approche ne tiendrait pas suffisamment compte du fait que les efforts pour aider les groupes défavorisés se font au détriment de tiers qui sont peut-être «innocents», non-responsables des torts causés dans le passé, qui n'ont tiré aucun profit de la discrimination exercée à l'égard de ces groupes dans le passé et qui font partie de certains des groupes les moins favorisés de la collectivité sur le plan économique⁷³.

93. Il est intéressant de noter que la plupart des pays ont commencé par des programmes d'action positive fondés sur la théorie de l'égalité de chances. Mais cette théorie a été

progressivement remplacée par celle de l'égalité de résultats sous la pression politique ou sociale⁷⁴. Souvent, les deux théories se mêlent et la législation n'indique pas clairement quelle est celle qui doit être appliquée.

94. Néanmoins, il est clair qu'il ne s'agit pas simplement de dire que l'on est pour ou contre l'action positive en faveur d'un groupe donné. Ce qui importe surtout c'est de savoir si la méthode appliquée pour essayer d'améliorer la situation de ce groupe est acceptée ou rejetée par les autres⁷⁵. Une dernière remarque: les mesures d'action positive ne remplacent pas les programmes de lutte contre la pauvreté. Elles ne se substituent pas non plus à des lois sur l'élimination de la discrimination, car elles n'avantagent par exemple en aucune façon des groupes tels que les minorités chinoises ou juives, qui sont en butte à la discrimination dans plusieurs pays sans, dans l'ensemble, être défavorisés⁷⁶.

Annexe

QUESTIONNAIRE SUR L'ACTION POSITIVE

1. Quelles sont les principales dispositions constitutionnelles et/ou législatives concernant le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination? Le cas échéant, communiquer le texte des dispositions pertinentes.
2. Faire part des décisions de justice marquantes ayant trait au principe d'égalité et à l'interdiction de la discrimination.
3. Y a-t-il des dispositions de caractère constitutionnel, législatif ou administratif portant sur la notion d'«action positive» et/ou de discrimination dite «positive» ou «à rebours»? Le cas échéant, joindre le texte des dispositions pertinentes.
4. Quel rapport y a-t-il, selon ces dispositions ou la jurisprudence nationale, entre l'interdiction de la discrimination et la notion d'action positive?
5. Donner des exemples de programmes nationaux d'action positive mis en œuvre conformément à ces dispositions.
6. Quels sont les groupes cibles de ces programmes d'action positive (hommes ou femmes, groupes raciaux, minorités spécifiques, peuples autochtones, migrants, personnes handicapées, anciens combattants, etc.) ?
7. Dans quels domaines ces programmes d'action positive sont appliqués (éducation, emploi, logement, transports, élections, formation, nomination à des postes politiques, administratifs ou judiciaires, attribution de contrats ou de bourses, autres)?
8. Dans quel contexte historique ces programmes d'action positive ont-ils été adoptés?
9. Quels sont les objectifs déclarés de ces programmes d'action positive?
10. Des limites dans le temps ont-elles été fixées pour ces programmes d'action positive; comment déterminera-t-on si et quand les objectifs de ces programmes ont été atteints?
11. Les programmes d'action positive s'appliquent-ils de la même façon à tous les groupes concernés ou des distinctions sont-elles faites en faveur d'un ou de plusieurs groupes spécifiques? Selon quels critères?
12. Y a-t-il une jurisprudence nationale concernant ces programmes d'action positive? Le cas échéant, joindre le texte des principales décisions de justice.
13. Existe-t-il des organes, autorités, commissions, cours ou tribunaux particuliers ayant compétence pour examiner les plaintes portant sur l'application et le fonctionnement des programmes d'action positive?
14. Qui est habilité à présenter des plaintes ou à engager des actions devant ces organes?

15. Fournir, le cas échéant, des statistiques montrant le succès des programmes d'action positive en particulier les progrès réalisés depuis leur mise en place.

Note: Si des programmes d'action positive ont été adoptés pour différents groupes, répondre en donnant des informations pour chacun d'entre eux.

Notes

¹ Par exemple, aux États-Unis, les groupes «protégés» et censés être visés par l'action positive sont les suivants: Indiens d'Amérique ou autochtones de l'Alaska, c'est-à-dire les personnes qui descendent de l'un quelconque des peuples originels de l'Amérique du Nord et qui maintiennent leur identité culturelle par leur rattachement à une tribu ou la reconnaissance de la collectivité; les insulaires de l'Asie ou du Pacifique, c'est-à-dire les personnes qui descendent de l'un quelconque des premiers peuples originels de l'Extrême-Orient, de l'Asie du Sud-Est, de l'Asie du Sud ou des îles du Pacifique; les Noirs, c'est-à-dire les personnes qui descendent de l'un quelconque des groupes raciaux noirs d'Afrique; les Hispaniques, c'est-à-dire les personnes d'origine ou de culture mexicaine, portoricaine, cubaine, centraméricaine ou sud-américaine ou d'une autre culture ou origine espagnole, indépendamment de leur race. En Afrique du Sud, les groupes désignés sont les Noirs (Africains), les personnes dites de «couleur» et les Sud-Africains d'origine indienne, les femmes et les personnes handicapées. Pour plus de renseignements sur la question de l'identité raciale en Afrique du Sud, voir P. E. Andrews, «Affirmative action in South Africa: Transformation or tokenism», *Law in Context*, 1999, p. 91 à 93.

² Voir M. O. Chibundu, «Affirmative action and international law», *Law in Context*, 1999, p. 21.

³ En Inde, des droits spéciaux sont accordés aux castes et tribus énumérées, qui représentent 20 % de l'ensemble de la population du pays. Un autre groupe, constitué par les classes dites arriérées du point de vue social et de l'éducation, bénéficie également des mesures d'action positive. À la différence des castes et tribus énumérées, ces classes n'ont jamais été une catégorie bien définie. Leur identité est donc fortement contestée et fréquemment réexaminée. Plusieurs groupes ont essayé d'obtenir ces droits à tel point que deux commissions nationales des classes arriérées ont été créées en 1953 et 1979, respectivement. Elles avaient pour mandat de dresser la liste des groupes susceptibles de bénéficier de mesures d'action positive. Bien que l'Inde ait inscrit l'action positive dans sa Constitution afin d'éliminer le système des castes, l'action positive en faveur des classes arriérées a en fait relancé le système des castes. En fin de compte, ces listes ne servent à rien d'autre qu'à faire une sélection continue des castes, limitée uniquement par une décision d'un tribunal d'un État indien selon laquelle les classes arriérées ne peuvent pas comprendre plus de 50 % de la population. Voir F. Zwart, «Positieve discriminatie and identiteitpolitiek in India: grenzen aan sociale constructies», *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 199, n° 4, p. 262 à 274; W. F. Menski, «The Indian experience and its lessons for Britain», dans B. Hepple et E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 300 à 343; O. Mendelsohn, «Compensatory discrimination and India's untouchables», *Law in Context*, 1999, vol. 15, n° 4, p. 51 à 79; D. W. Jackson, «Affirmative action in comparative perspective: India and the United States», dans T. Loenen et P. R. Rodrigues, *Non-discrimination Laws: Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 249 à 263.

⁴ G. Moens, *Affirmative Action, the New Discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, p. 81 et 82.

⁵ L. Newton, «Reverse discrimination as unjustified», *International Journal of Ethics*, 1973, vol. 83, p. 311 et 312.

⁶ Voir C. Hamilton, «Affirmative action and the clash of experimental realities», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 10 à 18. Les expériences totalement différentes des Africains-Américains et des immigrants se traduisent aussi par des exigences politiques et des attitudes différentes à l'égard de ce que la société leur doit.

⁷ N. Glazer, *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Policy*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, p. 198 à 200.

⁸ G. Moens, op. cit., p. 82 et 83, cite Sowell comme suit: «Ce n'est pas un Rockefeller ou un Kennedy qui sera écarté pour faire de la place à ceux qui entrent dans les quotas mais un DeFunis ou un Bakke. Même s'ils n'exercent pas une influence personnelle sur les décisions en matière d'admission à l'université, les riches peuvent donner à leurs enfants le type d'enseignement privé qui leur assurera de façon quasiment certaine l'obtention de notes bien supérieures au niveau à partir duquel certains sont sacrifiés. Il est probable que les étudiants sacrifiés occuperont la dernière place dans la catégorie des Blancs et tout aussi probable que les étudiants membres d'une minorité choisis occuperont la première place dans le groupe des minorités. En somme, il y a transfert forcé d'avantages de ceux qui sont les moins en mesure de les obtenir à ceux qui en ont le moins besoin.»

⁹ C'est le cas par exemple de quelqu'un dont la mère a un nom de famille espagnol et qui trouve avantageux de changer de nom parce qu'aux États-Unis, les mesures d'action positive s'appliquent également aux Américains qui ont un nom espagnol. M. Glazer, op. cit., p. 200. La-Commission, qui a été créée en Inde en 1958 pour dresser la liste des classes arriérées susceptibles de bénéficier de mesures d'action positive, s'est heurtée au problème de castes supérieures renonçant à leur statut, et à leur position «de peur de ne plus recevoir d'aide de l'État». F. de Zwart, loc. cit., p. 268.

¹⁰ Voir HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), Partie III.

¹¹ En Malaisie, les Chinois et les Indiens pauvres qui travaillent en zone rurale dans des exploitations agricoles ou des plantations de caoutchouc ou comme mineurs et en zone urbaine comme manœuvres sont tout aussi exploités que leurs homologues malaisiens. Ils sont tous victimes d'une exploitation interraciale autant qu'intraciale. Selon Philips, «l'exploitation est une affaire aussi bien de classe et de pouvoir que de race, une affaire d'économie autant que d'ethnie». Bien que les Malais bénéficient de mesures d'action positive, ce sont surtout les membres des classes supérieures, qu'ils soient Malais ou non, qui en profitent le plus. C'est pourquoi, Philips préconise pour bien cibler les groupes d'utiliser comme critères à la fois la classe sociale et le lieu plutôt que l'appartenance ethnique. E. Philips, «Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom», dans B. Hepple et E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 352 et 353.

¹² Pour un aperçu général de la question, voir G. Pitt «Can reverse discrimination be justified?», dans B. Hepple et E. Szyszczak, op. cit., p. 281 à 299; C. McCrudden, «Rethinking positive action», *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, p. 219 à 243.

¹³ M.O. Chibundu, loc. cit., p. 18 et 19.

¹⁴ Ainsi, un plan d'action positive peut prévoir qu'un employeur recrute un certain pourcentage de membres d'une minorité donnée dans des délais déterminés. Même si l'employeur a pu agir de manière discriminatoire à l'égard, par exemple, des Africains-Américains dans le passé, il n'est pas nécessaire que ceux qui sont recrutés à présent et qui n'avaient jamais auparavant brigué un emploi dans son entreprise aient été personnellement les victimes de ces pratiques discriminatoires pour bénéficier de cette mesure.

¹⁵ Comme l'a dit le Président Lyndon Johnson à propos de l'objectif des programmes d'action positive: «On ne peut pas effacer les cicatrices de blessures qui remontent à des siècles en disant: à présent vous êtes libres d'aller où bon vous semble et de faire ce que vous voulez... On ne peut pas libérer une personne qui a été enchaînée pendant des années et l'amener sur la ligne de départ d'une course en lui disant «Vous êtes libres de rivaliser avec tous les autres» et croire vraiment qu'on a été totalement juste... Ce que nous visons... ce n'est pas seulement une égalité théorique, l'égalité en tant que droit, mais une égalité de fait, l'égalité en tant que résultat». Extrait du discours prononcé par le Président Johnson devant les diplômés de l'Université de Howard, juin 1965, tel que cité dans S.M. Cahn (dir. publ.), *The Affirmative Action Debate*, Londres, Routledge, 1995, p. xii.

¹⁶ Commission des droits civils des États-Unis, Déclaration sur l'action positive, octobre 1977, p. 2, citée dans W.L. Taylor et S.M. Liss «Affirmative action in the 1990s: staying the course», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 31.

¹⁷ T. Sowell, *Preferential Policies, an International Perspective*, New York, William Morrow and Company Inc., p. 148 à 150. Nathan Glazer (op. cit., p. 201) estime que le principe consistant à réparer les injustices passées est dangereux. Il peut être appliqué indéfiniment et susciter des problèmes sans fin.

¹⁸ M.O. Chibundu, loc. cit., p. 18 et 19.

¹⁹ Ibid., p. 34. Voir aussi B. Parekh «A case for positive discrimination», dans B. Hepple et E. Szyzszak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 265 à 268: «Un passé de ségrégation ne favorise pas un présent et un avenir communs à moins que les générations actuelles ne trouvent un moyen d'apaiser la peine et les tourments des victimes de ce passé».

²⁰ La Cour suprême des États-Unis et la Cour de justice européenne ont toutes deux rendu des décisions qui règlent de façon satisfaisante la question de la discrimination indirecte. L'affaire *Griggs v. Duke Power Company* (401 U.S. 424, 1971) a été à l'origine de la théorie de l'impact négatif ou distinct en vertu de laquelle les employeurs sont responsables des effets divers que peuvent avoir des pratiques d'emploi injustifiées quelles qu'aient été leurs intentions particulières. La société Duke Power Co. était située en Caroline du Nord, un État du sud qui avait une longue histoire de ségrégation et d'inégalité en matière d'éducation des Africains-Américains. En raison de cette politique d'enseignement, les Africains-Américains étaient beaucoup plus nombreux que les Blancs à ne pas finir leurs études secondaires et à ne pas répondre par conséquent aux conditions requises pour accéder à bon nombre des emplois recherchés. Les plaignants protestaient non pas contre le fait que la société exerçait délibérément

une discrimination à l'égard des Africains-Américains mais contre l'effet de ces pratiques. Dans un arrêt bref et adopté à l'unanimité, la Cour suprême des États-Unis a estimé que la politique appliquée pouvait être contestée en vertu du titre VII de la loi sur les droits civils de 1964 (Civil Rights Act) fondée sur les effets des pratiques. Comme l'a expliqué la Cour: «Le Congrès a axé l'essentiel de la loi sur les conséquences des pratiques d'emploi et pas simplement sur les raisons de ces pratiques. Qui plus est, le Congrès a considéré que c'était à l'employeur qu'incombait la charge de démontrer que toute condition exigée pour accéder à un emploi devait avoir un lien manifeste avec l'emploi en question». Toutefois, la Cour suprême a restreint la théorie de «l'effet distinct» dans l'affaire *Wards Cove Packing Co. v. Antonio* (490 U.S. 642, 1989), en donnant plus de facilité aux entreprises pour justifier des mesures qui avaient un effet distinct de sorte qu'il est devenu plus difficile de prouver l'existence d'une discrimination indirecte. Néanmoins, en 1991, a été adoptée une loi sur les droits civils qui, pour la première fois, introduisait expressément la théorie de l'effet distinct dans le champ d'application du titre VII de la loi sur les droits civils de 1964.

La Cour de justice de Luxembourg a mentionné l'affaire *Griggs* dans la décision appelée à faire date qu'elle a rendue dans l'affaire *Bilka Kaufhaus c. Weber von Hartz* (CJ 13 mai 1986, affaire 170/84, RCE 1986, 1607). L'affaire portait sur l'exclusion des travailleurs à mi-temps du régime de pensions d'un grand magasin. M^{me} Weber contestait cette pratique en invoquant le droit à un salaire égal consacré dans le droit des communautés européennes. Bien que cette mesure s'applique indifféremment aux deux sexes, elle avait plus de conséquences négatives pour les femmes que pour les hommes, celles-ci constituant la majeure partie des travailleurs à temps partiel. La Cour a estimé que le droit à un salaire égal «est violé par une entreprise, qui exclut les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure touche un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe». La Cour a en outre nuancé cette obligation de «justification objective» en exigeant que l'objectif de la mesure ou de la pratique concernée réponde à un «véritable besoin de l'entreprise» et que les moyens choisis pour l'atteindre soient à la fois adéquats et nécessaires». ... Dans des affaires ultérieures, ce critère a été appliqué de la même manière à la discrimination exercée indirectement par l'État, par exemple par le biais d'une législation discriminatoire, l'obligation du «besoin véritable» étant remplacé par l'exigence plus générale d'un «but légitime». En somme, l'établissement de l'existence d'une discrimination indirecte de fait en deux étapes: il faut montrer d'abord l'existence d'un effet négatif/impact distinct sur un groupe déterminé et ensuite l'absence de justification objective. La preuve d'une discrimination directe est donnée par comparaison entre des individus alors que la preuve d'une discrimination indirecte implique une comparaison entre des groupes. Voir aussi T. Loenen, «Indirect discrimination: oscillating between containment and revolution», dans T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir. publ.), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 195 à 211; M. Selmi, «Indirect discrimination: a perspective from the United States», dans T. Loenen et P.R. Rodrigues (dir. publ.), op. cit., p. 213 à 222; B. Vizkelety, «Adverse effect discrimination in Canada: crossing the Rubicon from formal to substantive equality», dans op. cit., p. 223 à 236; I. Sjerps, «Effects and justifications. Or how to establish a *prima facie* case of indirect sex discrimination», dans op. cit., p. 237 à 263. Les instruments relatifs aux droits de l'homme les plus importants qui traitent de la discrimination, soit la Convention de l'OIT de 1958 concernant la discrimination en matière

d'emploi et de profession, la Convention de l'UNESCO de 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, interdisent la discrimination définie comme acte ayant un «but» ou un «effet» discriminatoire.

Il apparaît donc clairement que «l'intention» n'est pas une condition nécessaire pour établir l'existence d'une discrimination. La notion d'«effet» rend superflue la nécessité de prouver l'existence d'une intention ou d'un «but» discriminatoire et indique que la discrimination indirecte est également interdite par le droit international des droits de l'homme. Dans son opinion dissidente sur les *affaires du Sud-Ouest africain*, M. Tanaka, juge à la Cour internationale de Justice, a déclaré: «La notion d'arbitraire se réfère en l'occurrence à des faits purement objectifs et non à la situation subjective des intéressés. On peut donc déterminer l'arbitraire sans se préoccuper du ...mobile ou de l'objet». (Opinion dissidente de M. Tanaka, *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, C.I.J. Recueil 1966*, p. 306). Cette interprétation vaut aussi pour l'article 2 des Pactes internationaux relatifs, respectivement, aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans son Observation générale n° 18, le Comité des droits de l'homme définit la «discrimination» comme «toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales». (HRI/GEN/1/Rev.1, Partie I, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, par. 7). On retrouve cette définition dans la jurisprudence du Comité, quoique de façon quelque peu irrégulière. Par exemple, il ressort de ses constatations dans l'affaire *K. Singh Bhinder c. Canada* que des cas évidents de discrimination indirecte constitueront une violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (A/45/40, vol. II, annexe IX, sect. E, communication n° 208/1986). Enfin, selon le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: «Pour savoir si une mesure a un effet contraire à la Convention, le Comité se demandera si elle a une conséquence distincte abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique» (HRI/GEN/1/Rev.1, Partie III, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 14 concernant l'article 1 de la Convention, par. 2). Voir aussi Lord Lester of Herne Hill et S. Joseph, «Obligations of non-discrimination», dans D. Harris et S. Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford, Clarendon Press, p. 575 et 576 et A.F. Bayefsky, «The principle of equality or non-discrimination in international law», *Human Rights Law Journal*, 1990, p. 8 à 10.

²¹ Voir aussi T.L. Banks, «Equality, affirmative action and diversity in the United States», C.R. Lawrence, et M.J. Matsuda, *We Won't Go Back: Making the Case for Affirmative Action*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997.

²² Dans cette affaire, la Cour suprême a refusé de se prononcer directement sur la question de savoir si les préférences raciales sont admissibles et a décidé à la place que la question était dépassée puisque le requérant, Marco DeFunis, achèverait ses études de droit même s'il perdait.

²³ La notion de diversité a été récemment attaquée dans plusieurs tribunaux fédéraux. La validité de la diversité en tant qu'objectif a été remise en cause par une cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hopwood v. Texas* (78 F 3d 932, cinquième circuit 1996, appel rejeté, 135 L Ed 1094, 1997). Le tribunal a considéré que la diversité raciale dans l'enseignement supérieur ne constituait pas un intérêt primordial de l'État et n'était pas compatible avec des critères d'admission ne tenant pas compte de la couleur ou fondés sur le mérite. Voir également l'affaire *Podberesky v. Kirwan* (38 F 3d 52, quatrième circuit 1994, appel rejeté, 131 L Ed 1002, 1995). S. Thernstrom, «*The scandal of the law schools*», *Commentary*, décembre 1997, p. 27 à 31. En outre, en 1996, le Conseil d'administration de l'Université de Californie a décidé d'interdire la prise en compte de la race, de la religion, du sexe, de la couleur, et de l'origine ethnique ou nationale dans toute décision en matière d'admission, d'emploi ou de contrat sur les neuf campus de l'Université. Voir également la proposition de loi 209 de la Californie interdisant les préférences raciales dans l'enseignement supérieur. Voir aussi les ouvrages d'universitaires opposés à ce concept, qui affirment que l'application de préférences raciales dans l'enseignement supérieur ne donne pas du tout les résultats escomptés et revient dans la plupart des cas à faire deux poids deux mesures. C'est en laissant les étudiants appartenant à des minorités réussir grâce à leur propre mérite qu'on instaurera un climat racial plus sain. Ils estiment en outre que le débat sur les préférences dans l'enseignement supérieur a détourné l'attention du problème réel; à savoir les profondes différences de résultats scolaires entre les élèves selon leur race dans l'enseignement élémentaire et secondaire. Tant que cet écart existera, tous les efforts pour instaurer la parité à l'université seront, selon eux, voués à l'échec. Un autre problème tient au fait que l'on n'a pas encore déterminé quel est le niveau suffisant de «diversité» et jusqu'à quel point on peut léser d'autres individus. S. Thernstrom et A. Thernstrom, «*Racial preferences: what we now know*», *Commentary*, février 1999, p. 44 à 50.

²⁴ G. Moens, op. cit., p. 30 et 31.

²⁵ Pour de plus amples renseignements, voir K. Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, Borzoi Books dans *Law and American Society*, 1983, p. 52 à 70; R. K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis*, New Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, p. 18 à 29; et I. Glasser, «*Affirmative action and the legacy of racial injustice*», dans P. A. Katz et D. A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988.

²⁶ Voir M. O. Chibundu, loc. cit., p. 31 et 32. Voir aussi un document établi par F. de Varennes, «*Minority rights and the prevention of ethnic conflicts*» (E/CN.4/Sub.2/AC.2/2000/CRP.3).

²⁷ Cité dans J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 113.

²⁸ T. Sowell, op. cit., p. 153 à 156.

²⁹ Dans l'affaire *Fan Yew Teng v. Public Prosecutor*, la Cour fédérale a confirmé une condamnation pour publication d'un article séditionnaire, dans lequel le Gouvernement avait été critiqué pour le parti pris dont il avait fait preuve en faveur des Malais. La Cour a estimé que «ces dispositions ne sauraient être remises en question et sont nécessaires pour aider les moins avancés ou les moins chanceux compte tenu des circonstances régnant dans le pays au moment

de l'indépendance». Citée dans E. Philips «*Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom*», dans B. Hepple et E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 352.

³⁰ Voir P. A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, p. 780 à 794.

³¹ Voir M. Triest, «*Positieve actie en arbeidsmarkt*», dans de Graeve et autres, *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen*, Anvers, Kluwer, 1990, p. 19.

³² Voir G. C. Loury, «*Incentive effects of affirmative action*», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 19 à 29; W. B. Reynolds, «*Affirmative action and its negative repercussions*», *The Annals*, op. cit., p. 38 à 49.

³³ E. Philips, op. cit., p. 344 à 356.

³⁴ Voir J. G. Kellas, *The politics of Nationalism and Ethnicity*, Londres, McMillan, 1991, p. 125.

³⁵ P. E. Andrews, «*Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism?*», *Law in Context*, 1999, p. 80 et 81.

³⁶ Voir les observations de Ncholo dans «*Equality and affirmative action in constitution-making: the Southern African case*», dans B. Hepple et E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 412 à 432.

³⁷ «En Afrique du Sud, l'action positive n'a rien à voir avec le fait de donner des chances à une minorité. Cela veut dire plutôt transformer une économie dans laquelle autrefois 75 % de la population ne pouvaient jouer aucun rôle digne de ce nom». Cité dans P.E. Andrews, loc. cit., p 82.

³⁸ J. Hodges-Aeberhard et C. Raskin *Affirmative action in the Employment of Ethnic Minorities and Persons with Disabilities*, Genève, Bureau international du Travail. Les auteurs ont fondé leur étude sur huit monographies concernant les pays suivants: Canada, Fédération de Russie, Inde, Liban, Malaisie, Norvège, Ouganda et Philippines.

³⁹ Alison Sheridan a mis au point un système de classement qui illustre la variété des mesures de «mobilisation positive» dans le cadre spécifique de la lutte contre la discrimination sexuelle et le désavantage sur le plan de l'emploi. Elle recense quatre types de stratégies d'action positive: i) **les mesures adaptées au type de personne** tenant compte des différences entre les femmes du point de vue de la personnalité, du caractère, du comportement, de la sociabilité et des habitudes («lacunes») qui entravent souvent la promotion des femmes (par exemple des séminaires sont organisés sur la communication entre les sexes, et on encourage les femmes à constituer des réseaux et à façonner leur image), ii) **les mesures liées au rôle** des femmes visent à résoudre les dilemmes auxquels les femmes qui travaillent et ont une famille sont confrontées, et plus particulièrement: a) les mesures visant à aider les femmes à concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale (garderies d'enfants, horaires de travail flexibles, possibilités accrues de travail à temps partiel, formation durant les heures de travail, assouplissement des règles relatives au congé de maternité, insertion de clauses tenant compte des contraintes de la vie de famille dans

les contrats, partage de poste), et b) mesures visant à ouvrir des possibilités d'emploi non traditionnel aux femmes (par exemple les femmes sont incitées à faire carrière dans la marine par de grandes affiches montrant des femmes travaillant sur des bateaux, des brochures sur l'apprentissage sont établies à l'intention des filles, des responsables du personnel d'entreprises encouragent les filles à venir travailler dans l'industrie), iii) **les mesures structurelles sociales** visant à éliminer les préjugés et les pratiques exclusives, qui sont parmi les plus diversifiées (par exemple une politique officielle de lutte contre le harcèlement sexuel est adoptée et rendue publique par voie d'affiche, un programme d'octroi de bourses est réexaminé pour veiller à ce que le mérite soit le critère primordial pris en compte, tous les postes vacants sont ouverts d'abord aux candidats internes, le personnel reçoit une formation pour apprendre à éviter tout parti pris fondé sur le sexe, les femmes sont vivement encouragées à postuler à des postes qui n'étaient auparavant occupés que par des hommes) et iv) **les mesures de formation et perfectionnement** visent à renforcer les chances offertes aux employées qui veulent faire carrière (par exemple des conseils en gestion de carrière sont régulièrement offerts, de nombreux cours sur le développement des carrières sont organisés, les femmes sont encouragées à participer aux comités d'entreprise, les secrétaires bénéficient de programmes de perfectionnement technique et professionnel). Certaines de ces stratégies peuvent être transposées et utilisées pour éliminer la discrimination fondée sur la race dans l'emploi. A. Sheridan, «*Patterns in the policies: affirmative action in Australia*», *Women in Management Review*, 1998, p. 243 à 252.

⁴⁰ Selon l'article 35 de la loi intitulée *Race Relations Act* (loi sur les relations raciales) du Royaume-Uni est licite «tout acte visant à donner à des personnes appartenant à un groupe racial particulier accès à des installations ou des services permettant de répondre aux besoins spéciaux des membres de ce groupe pour ce qui est de leur éducation, de leur formation et de leur protection sociale ou à toutes prestations connexes». L'article 37 indique que des mesures d'action positive peuvent être prises pour encourager les membres d'un groupe racial ou les membres de l'un ou l'autre sexe à solliciter un emploi ou à suivre une formation spéciale en vue d'un emploi dans un domaine où ils sont sous-représentés.

⁴¹ C'est le cas en particulier aux États-Unis, où on a laissé à l'Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP) (Bureau des programmes chargé de l'exécution des contrats fédéraux) et à l'Equal Employment Opportunity Committee (EEOC) (Commission pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi), le soin d'appliquer le décret 11246. Ces deux organes ont interprété l'action positive comme un ensemble de procédures spécifiques et orientées vers des résultats concrets, sur la base de calendriers et d'objectifs déterminés. Sous le Président Nixon, l'action positive a consisté à imposer aux employeurs et aux établissements d'enseignement des normes statistiques fondées sur la race, la couleur et l'origine nationale. Les divers départements fédéraux ont mis au point les premiers grands systèmes de quota. Ces derniers sont très controversés et ont donné lieu à une jurisprudence abondante. Néanmoins, l'acceptation des quotas et des emplois et places réservés dépendra de la situation particulière dans laquelle ils s'appliquent. Par exemple, la plupart des Américains les acceptent, semble-t-il, s'il s'agit de remédier à une discrimination spécifique de longue date. Même les plus conservateurs acceptent l'idée de quotas imposés par les tribunaux lorsqu'une discrimination antérieure a été établie par la justice.

⁴² Les quotas constituent des objectifs de représentation du personnel au sein d'une entreprise ou d'un établissement qui sont quantifiés et qui doivent être atteints dans un délai bien précis. Ils sont imposés par l'État ou par la justice. Par exemple, ordre peut être donné à une entreprise ou à un établissement de faire en sorte que dans un délai de cinq ans les femmes représentent 10 % de leur personnel. Ou bien les entreprises ou les établissements doivent veiller à ce que un poste sur cinq soit attribué à une femme. Les quotas ont une intention discriminatoire, qui est de restreindre l'accès d'un groupe donné à une activité particulière. En revanche, les objectifs correspondent aux nombres cibles que l'entreprise ou l'établissement doit viser; autrement dit, seul «un effort de bonne foi» est requis de leur part.

Ces mesures n'ont pas un caractère discriminatoire mais volontariste: il s'agit de faire en sorte que le nombre de membres qualifiés d'un groupe défavorisé augmente dans l'entreprise ou l'établissement concerné. Mais souvent dans la pratique, ces objectifs sont assimilés aux quotas, et c'est alors à l'employeur qu'il incombe de réfuter toute allégation de discrimination. Voir N. Glazer, «The future of preferential affirmative action», in P.A. Katz et D.A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988, p. 329 à 339.

⁴³ Pour une étude de cette question, voir R.T. Bron, *Affirmative Action at Work. Law, Politics and Ethnicity*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, p. 37 à 59; J. Edwards, «Collective rights in the liberal state», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1999, p. 259 à 275.

⁴⁴ Cité dans G. Moens, op. cit., p. 12.

⁴⁵ Voir S.M. Lipset, «Equal chances versus equal results», *The Annals*, 1992, vol. 523, p. 63 à 74. Les États-Unis restent face à un dilemme, à savoir comment résoudre la contradiction entre leur foi dans le principe de l'égalité et l'héritage de l'esclavage.

⁴⁶ Département de l'information économique et sociale et de l'analyse des politiques de l'ONU, Rapport sur la situation sociale dans le monde, 1997, (E/1997/15, par. 105 et 106).

⁴⁷ Selon Bayefsky, la religion est aussi devenue une catégorie internationalement suspecte, mais d'autres ne sont pas d'accord avec lui. Voir Lord Lester of Horne Hill et S. Joseph, op. cit., p. 590. Baer fait observer qu'il existe une tendance troublante de la part de certains membres de la Cour suprême des États-Unis à s'en tenir strictement aux catégories établies par des décisions antérieures et à considérer tout particulièrement que «la race est une classification intrinsèquement suspecte», c'est-à-dire qu'une discrimination raciale quelle qu'elle soit ne peut être maintenue que moyennant un contrôle très strict («strict scrutiny»). J.A. Baer, «Reverse discrimination, the dangers of hardened categories», *Law and Policy Quarterly*, 1982, p. 71 à 94.

⁴⁸ *Affaires du Sud-Ouest africain, Deuxième phase, C.I.J. Recueil*, 18 juillet 1966, p. 293.

⁴⁹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1971, p. 57. Voir aussi l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, *C.I.J. Recueil*, 1970, par. 33 et 34.

⁵⁰ Commission européenne des droits de l'homme, *East African Asians c. Royaume-Uni*, 14 décembre 1973, requête n° 4403/70, par. 270.

⁵¹ Voir les ouvrages suivants: O. de Schutter, *Égalité et différence: le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, p. 347 à 368; *The Annals*, 1992, vol. 523: «Affirmative action revisited». Est également importante la déclaration ci-après faite par la Commission on Civils Rights (Commission des droits civils) des États-Unis en 1984: «On ne sert tout simplement pas la justice cependant lorsque, dans le cadre d'un plan d'action positive, on donne la préférence à des personnes qui ne sont pas victimes d'une discrimination de la part d'un employeur plutôt qu'à des tiers innocents, uniquement en raison de leur race. Ces préférences raciales ne constituent rien d'autre qu'une autre forme de discrimination injustifiée, elles créent une nouvelle classe de victimes et lorsqu'elles sont appliquées dans le service public, elles vont à l'encontre du principe constitutionnel de l'égalité de protection de la loi pour tous.» G. Moens, *op. cit.*, p. 30 et 31.

⁵² L'initiative prise récemment en Californie, par l'intermédiaire de la proposition de loi 209, pour interdire les préférences raciales dans l'enseignement supérieur, est, selon Paust, incompatible avec les dispositions de traités internationaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, et la politique appliquée par le Gouvernement fédéral conformément à ces traités; elle ne peut donc aboutir. En vertu de la clause de suprématie, la Californie doit reconnaître la légitimité de toute action positive prévue dans la législation des États-Unis conforme aux traités internationaux auxquels ce pays est partie. Cela ne garantit pas le maintien de mesures particulières d'action positive quel que soit le motif constitutionnel invoqué pour contester leur validité mais les mesures d'action positive dûment appliquées en vertu de la législation des États-Unis conforme aux traités internationaux auxquels ces derniers sont parties et les obligations qui en découlent constituent un intérêt primordial de l'État et peuvent contribuer à maintenir ou à faire évoluer la Constitution dans un sens compatible avec des valeurs universellement partagées et la dignité humaine. J. J. Paust, «Race-based affirmative action and international law», *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, p. 674 à 677.

⁵³ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, 18 décembre 1986, Série A, n° 112, par. 80.

⁵⁴ Voir aussi A. F. Bayefsky, *loc. cit.*, p. 22 à 24.

⁵⁵ Directive du Conseil 76/207/EEC du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail. Selon l'article 2, paragraphe 4: «La présente Directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité de chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article premier, paragraphe 1.» En 1984, cette directive a été complétée par une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes. Cette recommandation était motivée par les considérations suivantes: «... les normes juridiques existant sur l'égalité de traitement, qui ont pour objet d'accorder des droits aux individus sont

insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait si, parallèlement, des actions ne sont pas entreprises par les gouvernements, les partenaires sociaux et d'autres organismes concernés en vue de compenser les effets préjudiciables, qui pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société» et recommande aux États membres «d'adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi, et comportant des mesures générales et spécifiques appropriées dans le cadre des politiques et pratiques nationales, et dans le plein respect des compétences des partenaires sociaux».

⁵⁶ Voir aussi E. Szyszczak, «Positive action after Kalanke», *Modern Law Review*, 1996, p. 876 à 883; G. F. Mancini et S. O'Leary, «The new frontiers of sex equality law in the European Union», *European Law Review*, 1999, p. 331 à 353; E. Ellis, «Recent developments in European Community sex equality law», *Common Market Law Review*, 1998, p. 404 à 406; C. McCrudden, «The legal approach to equal opportunities in Europe: past, present and future», *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, p. 200 et 201; A. G. Veldman, «Preferential treatment in European Community law: current legal developments and the impact on national practices», in T. Loenen et P. R. Rodrigues, *Non-discrimination laws: comparative perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 279 à 291. Pour des articles relatifs à la législation nationale, voir V. Sacks, «Tackling discrimination positively in Britain» et J. Shaw «Positive action for women in Germany», in B. Hepple et E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, Londres, Mansell, 1992, p. 357 à 385 et p. 386 à 411, respectivement.

⁵⁷ C-450/93, *Kalanke c. Bremen*, 17 octobre 1995, Recueil I-3051.

⁵⁸ C-409/95, *Marshall c. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 novembre 1997, Recueil I-6363.

⁵⁹ Il est intéressant de noter que plusieurs gouvernements ont soumis des observations par écrit à l'appui de la réglementation nationale.

⁶⁰ Aux termes de l'article 2, par. 2, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale: «*Les États parties prendront, si les circonstances l'exigent, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient.*»

Selon l'article 3 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes: «*Les États parties prennent dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel, toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes.*»

⁶¹ Voir par exemple, l'Observation générale 4 du Comité des droits de l'homme sur l'article 3 (HRI/GEN/1/Rev.1, Partie I) (1994), par. 2: «*En premier lieu, l'article 3 ainsi que le paragraphe 1 de l'article 2 et l'article 26, dans la mesure où ils ont essentiellement pour objet la prévention de la discrimination sous un certain nombre de formes, et notamment de la discrimination fondée sur le sexe, n'exigent pas seulement des mesures de protection, mais aussi une action constructive visant à assurer la jouissance positive des droits.*»

⁶² Ibid.

⁶³ Par exemple, dans sa Recommandation générale n° 8 sur l'application de l'article 8 de la Convention (HRI/GEN/1/Rev.1, Partie IV) (1994), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes: «*Recommande aux États parties de continuer à s'employer directement, conformément à l'article 4 de la Convention, à assurer la pleine application de l'article 8 de la Convention et à veiller à ce que les femmes, dans des conditions d'égalité avec les hommes et sans discrimination aucune, aient la possibilité de représenter leur gouvernement à l'échelon international et de participer aux travaux des organisations internationales.*»

Au paragraphe 9 de son observation générale n° 5 relative aux personnes souffrant d'un handicap (E/C.12/1994/13), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels indique: «*L'obligation qui incombe aux États parties au Pacte de promouvoir la réalisation progressive des droits pertinents, dans toute la mesure de leurs moyens, exige à l'évidence que les gouvernements ne se contentent pas de s'abstenir de prendre des dispositions qui pourraient avoir une incidence défavorable sur les personnes souffrant d'un handicap. S'agissant d'un groupe aussi vulnérable et aussi désavantagé, cette obligation consiste à prendre des mesures concrètes pour réduire les désavantages structurels et accorder un traitement préférentiel approprié aux personnes souffrant d'un handicap, afin d'arriver à assurer la participation pleine et entière et l'égalité, au sein de la société, de toutes ces personnes.*»

⁶⁴ Recommandation générale n° 5 sur les mesures temporaires spéciales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (voir HRI/GEN/1/Rev.1, Partie IV).

⁶⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18 sur la non-discrimination (voir HRI/GEN/1/Rev. 1, Partie I (1994), par. 10).

⁶⁶ M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 186.

⁶⁷ B. G. Ramcharan, op. cit., p. 261; A. Bayefsky, loc. cit., p. 27 à 33; E. Vogel-Polsky; *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les États membres du Conseil de l'Europe*, Comité européen pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Strasbourg, 27-29 avril 1992, CEEG, (87), 14, 11.

⁶⁸ E. Vogel-Polsky, «Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine», in B. de Grave (dir. publ.), *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Anvers, Kluwer, 1990, p. 79.

⁶⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Markx c. Belgique*, 13 juin 1978, vol. 31, Série A, par. 31.

⁷⁰ Pour un examen de cette question, voir M.B. Abram, «Affirmative action: fair shakers and social engineers», dans C. McCrudden, (dir. publ.), *Anti-discrimination Law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, p. 499 à 513; S. Fredman, «Reversing discrimination», *The Law Quarterly Review*, 1997, p. 575 à 600.

⁷¹ G. MOENS, op. cit. p. 11.

⁷² E. Vogel-Polsky, «Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine», in B. de Grave (dir. publ.), *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Anvers, Kluwer, 1990, p. 75 à 77.

⁷³ Pour un résumé de tous les arguments en faveur et contre l'égalité de chances et l'égalité de résultats, voir C. MaCrudden, *Anti-discrimination Law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, p. xvi à xviii.

⁷⁴ Voir par exemple pour l'évolution de l'action positive en Australie, G. Moens, op. cit., p. 53 à 74 et pour l'histoire de l'action positive aux États-Unis, D. McWhirter, *The end of affirmative action, where do we go from here?*, New York, Birch Lane Press, 1996.

⁷⁵ T. Sowell (op. cit., p. 165) rappelle qu'aux États-Unis, l'opinion publique a marqué son opposition aux politiques différentielles à plusieurs reprises. Mais le même public a soutenu avec force la mise en place de cours spéciaux ou de formation professionnelle théorique et pratique gratuits destinés aux membres de groupes minoritaires pour permettre à ces derniers de prendre en main leur destin.

⁷⁶ Département de l'information économique et sociale et de l'analyse des politiques de l'ONU, Rapport sur la situation sociale dans le monde, 1997 (E/1997/15, chap. VIII, par. 94).
