

ST 50 La circulation des procédures judiciaires et des outils du « post-conflit » dans la construction des causes victimaires : une perspective comparée

Soline Laplanche-Servigne, Centre Maurice Halbwachs, solinels@hotmail.com
Liliane Umubyeyi, Institut des sciences du Politique ENS Cachan / Université Saint-Louis- Bruxelles, umubyeyi.liliane@gmail.com

**Recomposition des identités de victimes dans l’Afrique du Sud post-apartheid
par le recours aux tribunaux sud-africains et américains**

Au cours des dernières années, différents travaux en sciences sociales ont mis en lumière un mouvement de transformation de l’espace judiciaire dans les sociétés occidentales, caractérisé par un usage accru des tribunaux pour traiter des questions politiques et sociales dont la compétence revenait traditionnellement aux institutions politiques (Commaille & Dumoulin, 2009; Dumoulin & Roussel 2009). Toutefois, cette mutation de l’espace judiciaire ne serait pas perceptible seulement dans les sociétés occidentales. Si on en croit les travaux de Jean et John Comaroff, les sociétés post-coloniales seraient davantage affectées par un phénomène de « fétichisme du droit » et du procès en raison de plusieurs facteurs (Comaroff & Comaroff 2006). Parmi eux, l’importation massive de l’arme du droit par les ONG internationales, le désinvestissement de l’Etat ou encore le fait que le droit offre un répertoire de pratiques standardisées permettant de répondre à l’existence d’identités politiques fragmentées.

Dans la continuité de ces analyses, cette communication éclaire certaines transformations du territoire judiciaire, à savoir une renégociation des frontières entre les espaces politiques et les tribunaux. Nous voudrions en effet montrer la façon dont la mobilisation des catégories de victimes – de discrimination raciale post-apartheid ou du système de l’apartheid – constitue un appui permettant de déplacer les problèmes politiques de l’Afrique du Sud contemporaine vers l’espace judiciaire. Pour approfondir la compréhension de ce phénomène de judiciarisation, nous soutenons en outre que si la politique se judiciarise, le procès, ses acteurs, son fonctionnement et ses catégories se politisent également. Cette politisation a

certes déjà été soulignée en ce qui concerne les professionnels de la justice mais le rôle des plaignants demeure lui souvent négligé, et nous voudrions le remettre au centre dans cette communication.

Pour ce faire, nous nous appuyerons sur deux enquêtes de terrain réalisées auprès de victimes investies dans des procès devant les tribunaux sud-africains et états-unis. La première enquête, encore en cours, a consisté principalement en une analyse des jugements rendus entre 1998 et 2013 par les tribunaux du travail sud-africains dans quarante litiges liés à la discrimination raciale et aux politiques d'*affirmative action* dans le domaine de l'emploi. Elle a été complétée par une dizaine d'entretiens avec différents acteurs : des victimes ayant porté plainte pour discrimination raciale devant les tribunaux du travail, des acteurs syndicaux accompagnant les plaignants dans leur démarche et un juge du tribunal du travail de Johannesburg. Les résultats avancés dans cette présentation reposent également sur une deuxième enquête réalisée auprès de 29 victimes de l'apartheid plaignantes dans un procès intenté contre des entreprises multinationales accusées d'avoir assisté ce régime.

A partir d'une mise en dialogue de ces deux enquêtes, nous tâcherons de décrire d'abord les instruments qui permettent notamment, dans le contexte de l'Afrique du Sud contemporaine, un déplacement du politique vers le judiciaire (I). Puis, à partir de l'analyse de procédures conduisant à la reconnaissance des victimes de discrimination raciale dans le domaine de l'emploi (enquête 1), nous rendrons compte du processus de reconfiguration des usages de la catégorie de « victime de discrimination raciale » dans l'espace judiciaire (II). Enfin, à partir du cas de personnes mobilisées en tant que victimes de l'apartheid (enquête 2), nous éclairerons le processus de politisation du rôle de « plaignant-victime » (III).

Partie I- Réappropriation d'instruments législatifs et judiciarisation des injustices politiques

Dans cette première partie, nous présenterons deux lois qui ont permis aux citoyens sud-africains de se saisir des institutions judiciaires pour revendiquer un statut de « victime » d'injustice, alors même que ces lois avaient été originellement adoptées pour répondre à d'autres situations.

Nous décrirons d'abord la loi américaine ATCA, votée au départ pour donner une compétence extraterritoriale aux tribunaux fédéraux américains sur certains crimes spécifiques (comme la piraterie). Nous aborderons ensuite la loi sud-africaine portant sur l'équité en matière d'emploi (*Employment Equity Act – EEA*) qui a été adoptée en 1998 pour assurer la réduction des disparités en matière d'emploi, en permettant en particulier des formes de traitement préférentiel à destination des membres des groupes discriminés sous l'apartheid (dans la loi : « groupes désignés »). Par la suite, elle a parfois été utilisée par des Sud-Africains blancs pour faire reconnaître leur statut de victime de discrimination sur le marché de l'emploi.

Depuis la fin des années quatre-vingt-dix, les citoyens sud-africains se sont donc appropriés ces deux lois à travers un usage parfois quelque peu paradoxal, comme dans le cas des citoyens blancs qui demandent à être reconnus comme victimes de discrimination raciale ou encore dans un usage détourné, comme dans le cas de la loi américaine luttant à l'origine contre la piraterie et utilisée pour demander des réparations pour les victimes de violence de l'apartheid. Dans les deux cas, les mobilisations de ces lois témoignent du développement des usages des catégories de victimes d'injustices « raciales » et remettent en question le récit d'une nation « arc-en-ciel » post-apartheid réconciliée.

1) L'ATCA au secours des victimes de l'apartheid

Adoptée par le congrès américain en 1789, la loi Alien Tort Claim Act (ATCA) a été votée afin de donner une compétence extraterritoriale aux tribunaux fédéraux sur les crimes de piraterie, de commerce d'esclaves ou d'enlèvement d'ambassadeurs. Pendant presque deux cents ans, cette loi est restée méconnue et les rares cas dans lesquels elle a été utilisée concernaient des conflits totalement étrangers au domaine des droits de l'Homme.

Cependant au début des années quatre-vingt, elle a été redécouverte et largement mobilisée par les professionnels des droits de l'Homme, donnant ainsi la possibilité aux citoyens du monde entier de recourir aux tribunaux américains pour y porter leurs revendications. Au fur et à mesure des décisions judiciaires, cet instrument législatif a été interprété comme autorisant les tribunaux américains à juger les crimes qui constituent des violations du *droit international*, quel que soit le lieu où le crime a été commis et sans égard pour la nationalité des auteurs des faits et des victimes. La condition fondamentale, en l'occurrence, était que l'acte criminel soit reconnu comme une violation au sens des normes conventionnelles ou coutumières du droit international (Stephens *et al.*, 2009).

Cette possibilité de recourir aux tribunaux américains est particulièrement avantageuse dans les contextes où l'accès à l'appareil judiciaire a été verrouillé par une loi d'amnistie ou lorsqu'il existe divers obstacles politiques à la saisine des tribunaux. Il en est par exemple ainsi du cas de l'Afrique du Sud, dans la mesure où juste après la chute du régime de l'apartheid une loi d'amnistie avait été votée, empêchant de mettre en cause la responsabilité civile et pénale des auteurs de crimes. En outre, l'usage de cette loi était d'autant plus pertinent qu'elle permettait d'engager des poursuites contre les entreprises pour des violations des droits de l'Homme devant des tribunaux étrangers pour échapper à l'immunité de fait dont elles bénéficiaient en Afrique du Sud.

En prenant appui sur l'ATCA, deux groupes d'avocats sud-africains et américains et une ONG sud-africaine, Jubilee South Africa, ont décidé de déplacer la lutte contre les entreprises accusées de complicité de l'Etat de l'apartheid, des arènes politiques sud-africaines vers l'espace judiciaire états-unien. En juin 2002, ces deux groupes d'acteurs mettent à profit leurs compétences et leurs ressources pour engager un procès contre vingt-trois entreprises multinationales accusées d'avoir fourni des ressources au système de l'apartheid et permis de ce fait de le maintenir. Cette nouvelle prise juridique a ainsi permis de contourner la réticence des autorités politiques sud-africaines à soumettre aux tribunaux l'examen de la responsabilité des entreprises.

2) La loi EEA : usages du droit de l'affirmative action comme instrument pour revendiquer un statut de victime de discrimination

Introduites en Inde dès l'époque coloniale (Hasan, 2008 ; Jaffrelot, 2002), les politiques d'*affirmative action*¹ ont ensuite été exportées aux Etats-Unis dans les années 1960. D'ailleurs, c'est souvent à l'*affirmative action* états-unienne que se réfèrent, « tout autant pour ses revers que pour ses réussites » (Cédiey, 2002 : 148), les acteurs sud-africains engagés dans l'importation de cet outil juridique (en particulier les juristes du Congrès National Africain – ANC) au moment de la transition démocratique. Ainsi l'ANC fait-il dès la fin des années 1980 mention du modèle états-unien de l'*affirmative action*, tout en soulignant l'importance de s'en démarquer, afin « de lui donner une signification profondément sud-

¹ L'*affirmative action* « désigne l'ensemble des mesures qui octroient aux membres de groupes ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire un *traitement préférentiel* dans la répartition de certaines ressources », l'objectif étant « de remédier à la sous-représentation des membres de ces groupes dans la population de référence » (Sabbagh, 2004 : 85).

africaine² ». Les responsables de l'ANC ont alors voulu conférer un ancrage constitutionnel à la version sud-africaine de l'*affirmative action* :

« La constitutionnalité de l'*affirmative action* aux Etats-Unis reste incertaine. [...] La leçon que nous pouvons en tirer est qu'il faut donner un fondement constitutionnel clair à l'*affirmative action*. [...] Il est évident qu'en l'absence d'engagement constitutionnel clair, nos tribunaux pataugeront et nos juges seront divisés. » (dans Cédiey, 2002 : 149)

Pour autant, ces précautions n'ont guère permis à l'Afrique du Sud d'éviter les attermolements juridiques et les tensions politiques autour de l'*affirmative action* que connaissaient d'autres pays. Alors qu'on pourrait imaginer que ce type de politiques serait mieux accepté en Afrique du Sud que dans d'autres pays, étant donné le poids très lourd du passé raciste et le fait que leurs bénéficiaires potentiels constituent une majorité numérique au sein de la société³, des critiques se font de plus en plus entendre, émanant non seulement de la part de membres de groupes non-bénéficiaires, en particulier les Afrikaners Blancs qui les considèrent comme racialement discriminatoires (Holborn, 2010), mais aussi, depuis la fin des années 2000, venant de membres de groupes bénéficiaires, qui mettent en question le maintien durable de telles politiques fondées sur la race. Ainsi, en juillet 2013, des manifestants réunis devant le tribunal du travail de la ville du Cap brandissaient-ils des pancartes faisant référence aux mesures d'*affirmative action* dans l'emploi et proclamant : « l'équité dans l'emploi est du racisme » et « la réservation d'emplois est un apartheid ». Une partie des protestataires portait sur son dos l'inscription « Avant 94, pas assez Blancs » et sur le torse, « Après 94, pas assez Noirs »⁴ : les manifestants étaient des employés *Coloureds* protestant contre des mesures d'*affirmative action* prises au sein de l'administration pénitentiaire sud-africaine et ayant conduit à la promotion d'employés Africains plutôt que *Coloureds*⁵. Ces derniers ont jugé ces mesures injustes et discriminatoires envers leur groupe racial, discriminé sous l'apartheid car non-Blanc et selon eux encore discriminé aujourd'hui, cette fois-ci par rapport aux Africains.

² ANC Constitutional Committee, « A Bill of Rights for a new South Africa », *South African Journal on Human Rights*, vol. 7, 1991.

³ Lors du dernier recensement de 2011, la population sud-africaine, estimée à 51,77 millions, est composée à 90,6% de Noirs (c'est-à-dire les Africains, *Coloureds* et Indiens) et 8,9% de Blancs (<http://www.southafrica.info/about/people/population.htm>).

⁴ « Western Cape affirmative action case Sparks protests », *Mail&Guardian*, 29/07/2013.

⁵ Cas de litige porté devant le tribunal du travail : *Solidarity v Department of Correctional Services and Others* [2014] 4 BLLR 404 (LC); [2014] 35 ILJ 1647 (LC).

Encadré : Les catégorisations raciales en Afrique du Sud sous l'apartheid et dans la législation post-apartheid

Sous l'apartheid, la population sud-africaine avait été divisée et classée en quatre groupes (selon la Loi de 1950 sur l'enregistrement de la population - *Population Registration Act No 30*) : les Blancs, les Africains (d'abord désignés par « Natives » puis « Bantus »), les *Coloureds* et les Indiens. Le terme de « *Coloured* » pourrait se traduire par « Métis » mais ce terme rend difficilement compte de l'histoire complexe de ce groupe de population : il s'agit d'une population aux origines diverses, issue notamment des unions entre des Khoisans et des Européens Blancs lors de la colonisation aux XVIIe et XVIIIe siècles ou encore d'unions mixtes entre Européens blancs et esclaves indonésiens et d'Afrique de l'Est. Dans cette catégorie était également reléguée tous ceux qui ne trouvent pas leur place dans les trois autres groupes. Nous conserverons donc le terme *Coloured* dans cet article.

Dans le cadre de la loi sur l'équité en matière d'emploi (EEA) qui nous intéressera ici, les bénéficiaires sont appelés « groupes désignés », cette dénomination englobant : les Noirs, les femmes et les personnes handicapées. Le groupe des Noirs est défini ainsi : « terme générique qui signifie les Africains, les *Coloureds* et les Indiens⁶ ».

On peut noter le caractère versatile du contour des groupes raciaux bénéficiaires de l'*affirmative action*, illustré par le cas des « Sud-Africains d'origine chinoise », porté devant la Haute Cour de Pretoria en 2008 : l'Association chinoise d'Afrique du Sud (CASA) a finalement obtenu que ces derniers soient inclus dans la catégorie des *Coloureds*, comme ils l'étaient généralement sous l'apartheid, et à ce titre dans la catégorie des Noirs, bénéficiaire des politiques d'*affirmative action*. Ce cas souligne l'ambiguïté de la législation actuelle qui mentionne comme bénéficiaires « les Africains, les *Coloureds* et les Indiens » sans spécifier : *tels que classifiés durant l'apartheid*. La conclusion du cas de CASA suggère que les catégorisations de l'apartheid sont utilisées comme indicateurs du désavantage passé.

Que dit la loi sur l'équité en matière d'emploi (EEA) ? Elle prohibe (dans son chapitre 2) la discrimination mais autorise aussi les mesures d'*affirmative action* en les excluant du spectre de la définition d'une discrimination *injuste* (section 6(2)). Elle définit de manière précise la forme que peuvent prendre les mesures d'*affirmative action* destinées à « assurer la représentation équitable des membres des groupes désignés adéquatement qualifiés dans toutes les catégories professionnelles et à tous les niveaux de la force de travail⁷ ». Les quotas sont interdits mais la loi dispose en revanche que ces mesures peuvent inclure « traitement préférentiel et objectifs numériques⁸ » et pourront impliquer la définition d'objectifs quantifiés. Par ailleurs, cette loi a une portée correctrice et réparatrice puisqu'elle remet même en question la norme méritocratique, en prévoyant dans sa section 20(5) que le manque de qualifications nécessaires chez un membre d'un « groupe désigné », ne doit pas être une raison suffisante pour lui préférer un membre d'un groupe « non-désigné ». Autrement dit, comme cette loi l'indique « un employeur ne doit pas discriminer injustement une personne seulement en raison du manque d'expérience adéquate de cette personne⁹ ». Pour juger de la

⁶ EEA, chapitre 1, section 1.

⁷ EEA, section 15(3).

⁸ *Idem*.

⁹ EEA, section 20(5).

qualification d'un candidat à un emploi, l'employeur doit notamment considérer l' « aptitude [du candidat] à acquérir, dans un temps raisonnable, la capacité à faire le travail¹⁰ ». La loi enjoint donc les employeurs à tenir compte dans leurs procédures d'embauche d'une éventuelle absence de diplôme ou de formation chez les membres de certains groupes de la population, en raison de la discrimination subie sous l'apartheid.

Alors que cette loi a à l'origine pour objectifs de « mettre en pratique l'équité en matière d'emploi pour corriger les effets de la discrimination » et d' « aboutir à une force de travail diverse largement représentative [de la] population », depuis son adoption, certains Sud-Africains l'ont mobilisé pour contester des processus d'embauche ou le fait de ne pas avoir obtenu une promotion escomptée. Comment cette loi est-elle mobilisée pour revendiquer un statut de victime de discrimination raciale dans le domaine de l'emploi et selon quels arguments certains obtiennent-ils cette reconnaissance ?

Partie II - Reconfiguration des identifications sud-africaines de « victime de discrimination raciale » dans l'espace judiciaire

Pour dresser tout d'abord un panorama général de ces litiges, on peut remarquer que parmi les quarante cas recensés¹¹ portés devant les tribunaux du travail entre 1998 et 2013 et se référant à la EEA, le nombre de cas où le juge reconnaît l'existence d'une discrimination est assez équivalent à celui où elle n'est pas reconnue (vingt-deux cas où la discrimination a été reconnue, contre dix-huit où elle ne l'a pas été), pour une même proportion de plaignants Blancs et Noirs. On observe en revanche une distorsion en termes raciaux quant à l'issue du litige : parmi les cas où le plaignant est reconnu avoir été discriminé – c'est-à-dire qu'il est admis qu'il y a effectivement eu différenciation fondée sur le critère de la race *et* que cette différenciation était *injuste* – ce sont généralement des plaignants Blancs qui ont obtenu gain de cause.

Les litiges portés devant les tribunaux du travail pour discrimination raciale ouvrent dès lors une réflexion sur la manière dont ces contentieux et leur règlement contribuent à reconfigurer les contours de la catégorie de « victime de discrimination raciale » dans l'Afrique du Sud post-apartheid. On observe, entre la période de l'apartheid et de l'après-apartheid, des usages différents de cette catégorie, qui n'est pas mobilisée par les mêmes groupes raciaux par exemple. Alors que sous l'apartheid, elle est principalement revendiquée (en particulier par

¹⁰ EEA, section 20(3)(d).

¹¹ Notamment à partir de la base de données de l'Institut d'information juridique sud-africain : <http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/>

les militants anti-apartheid) pour désigner les victimes noires des mesures discriminatoires mises en œuvre par l'Etat sud-africain, dans l'Afrique du Sud post-apartheid, certains citoyens sud-africains blancs mobilisent aussi cette catégorie en relation avec les politiques d'*affirmative action* dont ils s'estiment victimes.

Nous pouvons tirer trois enseignements de l'analyse des litiges pour discrimination raciale portés devant les tribunaux du travail sud-africains entre 1998 et 2013.

Premièrement, l'analyse du contentieux autour de la loi EEA montre qu'une majorité des plaignants ayant été reconnus par les juges comme victimes de discrimination sont donc des personnes blanches. Or, on aurait pu penser que dans l'Afrique du Sud post-apartheid, il serait plus difficile pour des Blancs de faire valoir et d'obtenir un statut de victime de discrimination raciale, étant donné le lourd poids du passé raciste de l'apartheid. Quels sont les raisons et arguments avancés par les juges pour accorder cette reconnaissance ?

Le fait que l'*affirmative action* soit en Afrique du Sud inscrite dans la Constitution a d'abord une conséquence que l'on retrouve dans nombre de jugements des tribunaux du travail : les mesures de traitement préférentiel (envers les groupes discriminés sous l'apartheid) sont certes constitutionnellement autorisées et prévues dans la loi EEA, mais elles sont en concurrence avec d'autres impératifs constitutionnels, tels que le droit à l'égalité, le droit à la dignité ou la garantie de l'efficacité des services publics. Les juges arbitrent dès lors entre le respect de ces différents impératifs pour trancher si la discrimination « différencie raisonnablement et de manière justifiable entre des personnes selon des critères objectivement déterminables, intrinsèques à l'activité concernée¹² ».

Dans un certain nombre de litiges, le juge a ainsi considéré que les droits du plaignant (blanc) à l'égalité et à la dignité n'avaient pas été respectés, lorsque son mérite (en tant que candidat à un emploi) avait été écarté de manière trop radicale, en raison d'un mode de sélection jugé irrationnel et injustement discriminatoire sur la base de la race. Par exemple dans certains litiges, le juge estime que l'expérience du candidat blanc n'a été prise en compte à aucun moment du processus de sélection pour un emploi, ce qu'il estime irrationnel et déraisonnable. Dans d'autres, c'est l'obligation de garantir l'efficacité des services publics qui est mise en balance avec celle de mettre en œuvre l'*affirmative action*. En effet, certains jugements soulignent qu'un employeur du secteur public (ministère de la Santé, administration pénitentiaire sud-africain, Service de la police sud-africain, université, etc.) a renoncé à embaucher un candidat ou promouvoir un employé d'un groupe « non-

¹² *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000*, section 14(2)(c).

désigné »/blanc, alors même qu'aucune candidature de membres de groupes désignés n'avait été reçue, l'employeur laissant donc finalement le poste concerné vacant. Ce type de décision est considéré par le juge comme irrationnel et injuste et le plaignant blanc a dans ces cas-là été reconnu victime de discrimination injuste.

Qu'en est-il si l'on se place du côté des plaignants ? Pour les plaignants blancs que nous avons pu interviewer, et cela ressort aussi des paroles d'autres plaignants apparaissant dans les jugements des tribunaux du travail, les griefs qui s'expriment au sein des tribunaux sont moins orientés contre des candidats concurrents, d'un autre groupe racial, que contre une institution employeuse. Comme l'ont analysé Cyril Lemieux et Jean-Paul Vilain dans le cas français de mobilisations de victimes d'accidents collectifs (Vilain, Lemieux, 1998), on assiste ici aussi de la part des plaignants à des formes de demandes de protection adressées à l'Etat, pour répondre à des sentiments d'injustice faisant irruption dans des existences jusqu'ici plutôt protégées voire très privilégiées, en tant que Blancs. Sous l'apparence de demandes de justice rétributive (obtenir une nomination à un poste, une promotion, une compensation financière, etc.), apparaissent des demandes de justice restauratrice : les argumentaires des plaignants laissent en effet poindre des demandes de reconnaissance de leur mérite, de leurs compétences professionnelles ou de leur loyauté envers leur institution employeuse. Dès lors, leur difficulté d'acceptation du refus de leur candidature pour un poste, ne semble pas tant résider dans le fait de n'avoir pas été retenu mais davantage dans le sentiment d'avoir été humiliés ou malmenés par l'institution en laquelle ils croyaient. C'est alors moins du ressentiment à l'égard d'un non-Blanc ayant obtenu un poste à sa place qui est exprimé par le plaignant, qu'un grief à l'encontre d'une institution et de ses modalités de mise en œuvre de l'*affirmative action*.

Ainsi, un ancien doyen blanc de l'université d'Afrique du Sud, souligne-t-il devant le tribunal son dévouement pour cet établissement pendant toute sa carrière et regrette-t-il la manière humiliante dont il considère avoir été traité par son université employeuse, lorsque son mandat n'a pas été renouvelé :

« Il [le plaignant] a de plus souligné que c'était une chose de ne pas être renommé [au poste de doyen] mais que c'en était une autre d'être traité comme un "*nobody*", tel que cela lui était arrivé. Il a dû attendre des mois pour être seulement informé officiellement qu'il n'avait pas été renommé pour le deuxième terme de son mandat¹³. »

L'arène du tribunal du travail devient alors un lieu d'expression de positionnements politiques envers l'*affirmative action* : nombreux sont les plaignants blancs qui se justifient au cours du

¹³ *Reynhardt v University of South Africa, op. cit.*, p. 333.

procès de ne pas être opposés en soi à l'*affirmative action* ou de ne pas être racistes. Le professeur d'université cité plus haut exprime ainsi au cours du procès le fait d'avoir « ressenti comme une insulte à son encontre les insinuations [...] selon lesquelles [il] était contre la transformation et la politique d'*affirmative action* de l'université¹⁴ », alors qu'il estime avoir pris des mesures, lorsqu'il était doyen, « pour promouvoir l'*affirmative action* et pour aider les jeunes chercheurs noirs¹⁵. » De façon similaire, l'officier de police blanche Renate Barnard, dont le litige avec son employeur, les Services de police sud-africains, a duré plusieurs années¹⁶, exprime-t-elle au cours de ses différents procès et dira-t-elle au cours d'un entretien : « tout le monde me demandait "est-ce que vous êtes raciste ?" et "est-ce que vous êtes contre l'*affirmative action* ?", mais ce n'est pas le cas, c'est ce que les gens ne comprennent pas !¹⁷ ». Ces quelques exemples de litiges montrent comment la catégorie juridique de victime de discrimination raciale est investie par des citoyens sud-africains blancs pour revendiquer un statut de victime de l'*affirmative action*, moins dans un rapport d'opposition aux non-Blancs que dans un rapport conflictuel avec des institutions et avec l'Etat sud-africains.

Deuxièmement, la figure de victime de discrimination post-apartheid ne se construit pas seulement dans une opposition entre « Blancs » et « non-Blancs » mais aussi dans des formes de hiérarchie entre membres des différents « groupes désignés ». L'analyse des litiges montre ainsi que les tensions inhérentes aux mesures d'*affirmative action* - tensions résultant de ce qu'elles impliquent de différencier entre des individus et d'accorder un traitement préférentiel aux membres de certains groupes plutôt qu'à d'autres - ne sont, là encore, pas nécessairement des tensions entre Blancs et non-Blancs. La jurisprudence opère en effet une différenciation entre les plaignants de ces différents groupes, en fonction d'une hiérarchie du degré de désavantage subi sous l'apartheid : plusieurs jugements déroulent ainsi le raisonnement selon lequel plus on était discriminé sous l'apartheid, plus on a droit à un traitement préférentiel, par les mesures d'*affirmative action*, dans l'après-apartheid. Ceci n'est nullement imposé par la loi EEA, qui ne précise rien de tel – celle-ci indique seulement que les membres des groupes désignés peuvent faire l'objet d'un traitement préférentiel mais n'émet aucune

¹⁴ *Reynhardt v University of South Africa, op. cit.*, p. 331

¹⁵ *Ibid.*, p. 330

¹⁶ *Solidarity obo Barnard v SAPS* [2010] 5 BLLR 561 (LC) ; *Solidarity on behalf of Barnard v SA Police Service* [2010] 31 ILJ 742 (LC) ; *SAPS v Solidarity obo Barnard* [2013] 1 BLLR 1 (LAC) ; *South African Police Service v Solidarity obo Barnard* [2014] ZACC 23 (CC).

¹⁷ Entretien 18/12/2013, Johannesburg.

distinction entre les différents groupes désignés. Or, dans certains litiges, dans lesquels des plaignants Indiens ou *Coloureds* s'estiment victimes de discrimination par un employeur : si c'est un candidat Africain qui leur a été préféré pour un emploi, le juge estime que le choix d'un candidat Africain était légitime. Considérant que le groupe des Africains a davantage souffert du régime d'apartheid, le juge avance en effet que ses membres doivent donc connaître aujourd'hui un degré de traitement préférentiel supérieur à celui des Indiens ou des *Coloureds* (ou encore des femmes blanches).

On peut faire l'hypothèse que l'action des juges des tribunaux du travail (ou des juridictions d'appel) est sous-tendue par une visée politique selon laquelle ils essaieraient, en allant plus loin que ce qu'exige la loi *stricto sensu*, de « favoriser » les membres de certains groupes discriminés sous l'apartheid davantage que d'autres. En tout cas, ce type de jugements aboutit à la construction par la jurisprudence d'une nouvelle hiérarchisation entre victimes post-apartheid, appuyée sur la prise en compte de la hiérarchisation raciale et des avantages/désavantages afférents sous l'apartheid.

Troisièmement, dans certains litiges c'est un acteur syndical qui appuie des citoyens dans leur revendication de victime de discrimination, participant là aussi à construire une certaine figure de victime post-apartheid, à travers le choix des personnes défendues devant les tribunaux du travail et les argumentaires déployés. Les plaintes appuyées à la loi EEA ont ainsi pu donner lieu à des débuts de mobilisation collective, prenant la forme de la *class action* et rassemblant parfois sous la même revendication et les mêmes dénonciations d'injustice des employés du service public Blancs et *Coloureds*. C'est en particulier le syndicat Solidarity¹⁸, de tendance Afrikaner, qui a fait du recours au droit (en le mobilisant aussi bien dans l'arène des tribunaux que dans l'arène législative¹⁹) sa principale arme politique de lutte pour la défense des travailleurs Blancs mais aussi, plus récemment, *Coloureds*. Le président du syndicat, Dirk Hermann, explique ainsi :

« Nous avons un service juridique qui s'occupe spécifiquement de porter des affaires de discriminations injustes contre des Blancs et des *Coloureds* devant le tribunal. Nous regardons notamment l'application des mesures d'*affirmative action* dans la police sud-africaine (SAPS) et le service public, pour montrer dans quelle mesure l'idéologie d'une absolue représentativité est mise en œuvre au détriment des prestations de

¹⁸ Ce syndicat dont les membres sont aujourd'hui encore majoritairement Blancs est issu du Syndicat des Travailleurs de la Mine (*Mine Workers' Union*) dont les membres étaient parmi les principaux bénéficiaires de la politique de l'apartheid de réservation des emplois. Il se présente aujourd'hui comme défenseur des droits des travailleurs mais aussi de « défense des droits civiques » de ses membres.

¹⁹ Le syndicat a ainsi rédigé un rapport proposant des amendements à la loi sur l'équité dans le domaine de l'emploi, qu'il a transmis au gouvernement.

services. Nous avons déjà gagné 8 cas d'*affirmative action* consécutifs sur 12 contre la police sud-africaine et le gouvernement, et nous ne comptons pas nous arrêter là ! En gagnant des procès nous comptons démontrer que l'*affirmative action* telle qu'elle est appliquée en Afrique du Sud est injuste, contre-productive et dangereuse pour la société²⁰. »

Solidarity a par exemple porté devant le tribunal du travail du Cap la plainte de cinq employés *Coloureds* contre l'administration pénitentiaire sud-africaine (*Department of Correctional Services*)²¹. Le tribunal a reconnu en 2013 que cette administration, dans la mise en place de son « plan d'équité pour l'emploi²² » et pour décider du nombre « juste » d'employés de chaque groupe racial à embaucher, ne devait pas prendre en compte seulement la répartition démographique raciale au niveau national mais aussi au niveau de la province du Cap-Occidental²³ et a donné raison aux plaignants. Solidarity a aussi annoncé en 2014 représenter dix hommes Blancs dont les candidatures pour le « programme cadet » pour devenir pilotes de la compagnie aérienne South African Airways auraient été selon eux rejetées uniquement parce qu'ils étaient Blancs. Solidarity a indiqué être prêt à porter ce cas collectif devant la justice si le conflit ne se résolvait pas par la négociation.

Après avoir cherché à explorer un phénomène de judiciarisation d'identités politiques – à travers le recours à des catégories juridiques pour revendiquer le statut de victime de discrimination raciale blanche notamment – nous aimerions à présent montrer comment on assiste aussi à un phénomène de politisation du judiciaire, à travers la politisation, au cours des procès, du rôle de plaignant-victime.

²⁰ Entretien avec le président du syndicat Solidarity Dirk Hermann, 14/06/2011, Pretoria. Il a publié deux essais à charge contre l'*affirmative action* : *The naked emperor : why affirmative action failed*, Clydesdale : Protea Book House, 2007 ; D. Hermann, *Affirmative tears. Why representativity does not equal equality*, Centurion, Kraal Uitgewers, 2013.

²¹ *Solidarity and Others v Department of Correctional Services and Others, Solidarity and Others v Department of Correctional Services and Others* (C 368/2012, C968/2012) [2013] ZALCCT 38; [2014] 1 BLLR 76 (LC); (2014) 35 ILJ 504 (LC) (18 October 2013).

²² Selon la loi EEA (section 27(1) et (2)) : toute personne employant cinquante personnes ou plus (dans la loi : « employeur désigné ») doit fournir un « plan d'équité pour l'emploi » (*Employment Equity Plan*) détaillant le nombre d'employés ainsi que le salaire perçu à chaque niveau et pour chaque catégorie d'occupation, selon la race et le genre.

²³ La proportion de personnes *Coloured* était très élevée dans cette province, le tribunal a reconnu que l'employeur devait prendre en compte la démographie provinciale plutôt que nationale pour déterminer les objectifs numériques de l'administration pour l'embauche équitable de membres de chaque groupe racial.

Partie III - La carrière de plaignant victime de l'apartheid comme forme de militantisme politique : mettre son expertise au service d'une cause

A la différence des procès traditionnels dont l'initiative résulte de l'action d'une personne ayant subi un préjudice ou avec l'aide d'une personne tierce, la procédure judiciaire contre les entreprises multinationales accusées de complicité avec le régime de l'apartheid, a été mise en mouvement par des avocats américains et sud-africains. Ceux-ci ont en effet décidé de poursuivre les entreprises et ont ensuite recherché des personnes revendiquant le statut de victimes de l'apartheid susceptibles de se constituer plaignant (Umubyeyi, 2015). Concrètement, ce processus de « recrutement » a nécessité le recours à une base de données qui a été créée par une organisation de victimes appelée Khulumani Support Group et qui contient un ensemble d'informations relatives aux expériences de violence de l'apartheid. L'usage de ce dispositif par les avocats leur permet de sélectionner les personnes dont le vécu comporte des traces, des éléments de preuve de la responsabilité des entreprises dans le système de l'apartheid.

Dans de nombreux travaux, ce processus de « recrutement » des plaignants pour des procès à finalité politique a été appréhendé sous la forme d'une relation de domination, voire d'instrumentalisation car l'objet du litige est construit et façonné par l'avocat et que le « client » n'a que peu de marge de contrôle (Bell, 1976 ; Kalajdzic, 2011; Scott, 2002). Cependant, dans la lignée des analyses de Brian Garth qui relativisent l'idée d'une présence passive des plaignants (Garth, 1992), nous voudrions montrer à travers l'exemple de l'engagement des victimes de l'apartheid dans ces procès contre les entreprises, les changements à l'œuvre dans la figure du plaignant. Ce faisant, nous avançons l'idée que la politisation du procès affecte aussi les catégories d'acteurs du procès, comme celle de plaignant.

Dans le procès contre les entreprises multinationales, la transformation de l'investissement en tant que plaignant et la politisation de cette figure, s'observe nettement dans le cas de Patekile Namane. Il a été le plaignant principal dans cette procédure de *class action*.

Patekile Namane est un professeur noir, au milieu de la cinquantaine, rattaché au département d'études africaines d'une université sud-africaine prestigieuse. Il est enseignant-chercheur et travaille sur les problématiques liées à la redistribution des terres en Afrique du Sud. Ancien militant anti-apartheid, il n'a cependant jamais appartenu à aucun mouvement de résistance en particulier. Il fait d'ailleurs remarquer qu'aujourd'hui, il n'est membre d'aucun parti politique car il n'a plus aucun respect pour eux.

Lorsqu'on évoque sa vie pendant l'apartheid, il mentionne rapidement et de façon évasive qu'il a été arrêté à plusieurs reprises mais qu'il n'a jamais subi d'autres formes de violence telle que la torture. En dépit de ces actes, il a refusé de répondre à l'appel de la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) sud-africaine qui a tenu ses travaux entre 1996 et 1998. Considérant que ce modèle judiciaire éludait des enjeux essentiels du système de l'apartheid, à savoir la dépossession des terres et l'exploitation économique des populations noires, Patekile Namane a refusé d'aller témoigner. Il soutient qu'il n'y avait pas d'espoir de réconciliation dès lors que les injustices qui étaient le point de départ des conflits de l'apartheid avaient été largement ignorées.

Après ce refus de se constituer victime au sein de la CVR, Patekile Namane est à nouveau sollicité au début des années 2000 par deux avocats, l'un sud-africain l'autre américain, pour devenir un des plaignants au nom desquels le procès contre les entreprises est engagé. Il accepte d'endosser le rôle de plaignant victime de l'apartheid immédiatement car la forme de justice recherchée permet selon lui de répondre aux véritables problèmes de l'Afrique du Sud. En effet, l'un des actes criminels imputés aux entreprises est d'avoir aidé le gouvernement sud-africain à procéder à la dénationalisation des populations noires en considérant qu'elles n'étaient plus sud-africaines mais avaient la nationalité des *homelands* créés par le gouvernement de Pretoria.

« [avec la CVR] Je n'avais pas confiance ; j'étais intéressé en tant qu'intellectuel mais je ne souhaitais pas témoigner. Je ne pensais pas que c'était le meilleur moyen de répondre aux injustices de l'apartheid [...] la meilleure façon aurait été d'aller à la source du problème, de revenir à la question foncière, au colonialisme. C'est la vraie cause et c'est là où se trouvent les solutions. Donc, sur la question foncière, je dirais, comment reprendre les terres aux gens qui ont construit leur fortune sur le sang, la sueur et les larmes d'autres personnes et comment rendre ces terres à ces dernières ? Comment récupérer une partie des profits et l'attribuer à ceux qui ont été exploités ? Ca, pour moi, c'est juste de la logique, et cette histoire avec la CVR, c'est que les gens qui ont fait fortune [sur le dos des gens] ont gardé leur richesse, et ils n'ont rien fait pour montrer aux victimes combien ils regrettaient. »²⁴

La requalification des injustices de l'apartheid opérée par ces avocats mobilisés permet, selon Patekile Namane, d'apporter des véritables mesures de réponse aux violences commises à l'encontre des populations noires. A la différence de la majorité des plaignants dans cette *class action*, son engagement consiste en une participation *active* dans le travail d'investigation des responsabilités des entreprises. Il n'a pas seulement son expérience à

²⁴ Entretien Patekile Namane, Western Cape, mai 2011.

mettre à la disposition des avocats, il est aussi doté de compétences lui permettant d'investiguer et de trouver des preuves nécessaires aussi bien à l'organisation Khulumani qu'aux avocats.

La participation au procès en tant que victime de l'apartheid constitue pour ce professeur d'université une forme d'engagement politique par laquelle il met son savoir au service d'une cause. Il considère que sa force réside dans sa capacité à chercher des informations nécessaires au procès. Ses compétences à chercher et à pourvoir des informations pertinentes pour le procès, attestées d'ailleurs par le fait qu'il a écrit un ouvrage sur les *homelands*, lui permettent de participer activement au processus judiciaire. De ce fait, à la différence des autres personnes qui se sont constituées comme plaignantes en donnant leur récit à l'organisation, il a lui également travaillé avec les étudiants de la clinique de droit de Harvard venus pour faire l'enquête sur la responsabilité des entreprises et a été invité à faire des conférences de presse.

Ce n'est toutefois pas la première fois que Patekile Namane met ses compétences au service d'une cause défendue devant les tribunaux. En effet, dans le cadre d'une affaire concernant une congrégation religieuse réclamant des terres, il a été sollicité par l'avocat principal pour pourvoir une expertise sur la question de la dépossession des terres. Cet activisme judiciaire le conduit donc à intervenir tantôt comme plaignant, tantôt comme expert.

Le cas de Patekile Namane reste, à bien des égards, particulier dans la mesure où l'engagement dans le rôle de plaignant a une visée stratégique et politique pleinement assumée. L'investissement dans le procès vient se substituer à l'engagement dans un mouvement politique. Cependant, même s'il demeure singulier, il exprime une tendance qui se dégage des différents profils de plaignants victimes de l'apartheid. En effet, en observant par exemple, le cas des anciens combattants, l'engagement comme plaignant dans le procès découle souvent d'un manque de reconnaissance et d'une absence de prise en charge par les anciennes structures politiques de la résistance dans l'Afrique du Sud post-apartheid. De même pour les victimes des attentats qui se sont déroulées dans la ville de Worcester en 1995 et qui n'ont pas été qualifiés de crimes de l'apartheid - malgré un lien apparent puisque ces attentats ont été commis contre des victimes noires par un groupuscule politique prônant la suprématie de la population blanche - elles mettent leur expérience à profit dans le procès contre les entreprises, à défaut d'une autre structure de prise en charge de leur souffrance. Dans tous ces différents cas, c'est l'interprétation d'une expérience de violence en tant que violence de l'apartheid qui permet de la mettre à disposition des professionnels des droits de

l'Homme et de devenir plaignant dans un procès. On pourrait parler d'une « apartheidification » des expériences de violence et d'injustice, pour construire une catégorie de victime qui permette de répondre à la carence ou l'absence d'autres structures politiques ou d'aide, en ouvrant l'accès à l'arène judiciaire.

En guise de conclusion

Cette communication constitue une tentative de faire dialoguer deux enquêtes de terrain menées en Afrique du Sud, afin d'explorer la question des usages d'outils et de procédures judiciaires par des acteurs pour se constituer comme « victimes » - de discrimination raciale ou de violence de l'apartheid – qu'il s'agisse de leur propre initiative, ou que leur cause soit construite par des experts intermédiaires (comme des professionnels des droits de l'Homme ou des juristes syndicalistes).

Au moment de la transition démocratique, l'instrument juridique qu'est l'*affirmative action*, qui a circulé des Etats-Unis à l'Afrique du Sud, semblait se prêter à la négociation et au compromis (en comparaison par exemple avec une confiscation des biens des Blancs, qui seraient rétrocédés aux victimes de discrimination et d'oppression sous l'apartheid). Toutefois, dans les usages qui en sont faits – étudiés ici à partir des usages de la loi EEA -, ce sont en réalité de nouvelles figures de victimes de discrimination raciale qui se construisent au sein des tribunaux du travail sud-africains de l'après-apartheid, comme celle de victime de discrimination raciale *blanche*. Au sein de l'arène judiciaire se reproduisent aussi des hiérarchisations entre groupes raciaux : par exemple, à travers la différenciation opérée par certains juges et/ou revendiquée par certains plaignants entre les différents groupes bénéficiaires de l'*affirmative action*, en considérant que certains étaient davantage discriminés sous l'apartheid et doivent donc faire l'objet d'un traitement « sur-préférentiel » aujourd'hui lorsqu'il s'agit de choisir un candidat à un emploi. On a donc une nouvelle forme de judiciarisation de la catégorie de victime de discrimination raciale, qui donne lieu à de nouvelles articulations entre les différents groupes raciaux.

Mais l'espace judiciaire peut aussi être un lieu de politisation de la catégorie de « victime », lorsque s'y construisent des carrières militantes de « plaignant-victime ». Dans le cas de cette construction d'un rôle de victime-plaignant dans des procès contre des entreprises multinationales, c'est une loi américaine « revisitée » par des avocats professionnels des droits de l'Homme qui ménage une nouvelle place aux victimes de la violence politique de l'apartheid. Ainsi, ces personnes plaignantes, bien qu'ayant subi plusieurs formes de violences, sont incitées à mettre en avant celles qui sont spécifiquement rattachables à

l'apartheid. Elles se saisissent ainsi de cette catégorie de « victime de violence de l'apartheid » en ce qu'elle permet des moyens d'action plus importants que des catégories concurrentes comme celle d'ancien combattant ou celle de victime de « simple » violence criminelle, qui ne donnent pas accès à l'aide des professionnels des droits de l'Homme. De ce fait, dans le cas de l'Afrique du Sud, se définir comme plaignant victime de l'apartheid et être prêt à mettre son récit au service d'une cause judiciaire deviennent potentiellement un moyen de bénéficier de l'intervention de ces acteurs.

Bibliographie indicative

- Bell D., « Serving two masters: integration ideals and client interests in school desegregation litigation », 85, *Yale Law Journal*, 1976, p. 128-135.
- Cédiey E., « Comment l'affirmative action vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, n°17, 2002, p. 145-158.
- Comaroff J., Comaroff J., (dir.), *Law and Disorder in the Postcolony*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
- Dumoulin L., Roussel V., « La judiciarisation de l'action publique », dans Borraz O. et Guiraudon V. (dir.), *Politiques publiques, volume 2*, Presses de Sciences Po, 2010, p. 243-264.
- Commaille J., Dumoulin L., « Heurs et Malheurs de La Légalité Dans Les Sociétés Contemporaines. Une Sociologie Politique de La "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 59 (1), 2009, p. 63-107.
- Garth B.G., « Power and legal artifice: the federal class action », 26, *Law and Society Review*, 1992, p. 237-271.
- Hasan Z., *Politics of Inclusion : Castes, Minorities, and Affirmative Action*, Oxford University Press, 2008.
- Holborn L., *The Long Shadow of Apartheid: Race in South Africa since 1994*, South African Institute of Race Relations, 2010.
- Jaffrelot C., « Inde : l'avènement politique de la caste », *Critique internationale*, n°17, 2002, p. 131-144.
- Kalajdzic J., « Self-interest, public interest and the interests of the absent client: legal ethics and class action praxis », 49, *Osgoode Hall Law Journal*, 2011, 1, p. 13-24.
- Sabbagh D., « Discrimination positive et déségrégation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux Etats-Unis », *Sociétés Contemporaines*, n°53, 2004, p. 85-99.
- Scott , N.C., « Don't forget me! The client in a class action lawsuit », 15, *Georgetown Journal of Legal ethics*, 2002, p. 561-583.
- Stephens B., Chomsky J., Green J., Hoffman P., Ratner M., *International Human Rights Litigation in U.S. courts*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Umubyeyi L., « Parler au nom des victimes de l'apartheid ? » Les enjeux autour de la représentation professionnalisée dans le procès», 89, *Droit et Société*, 2015, 1, p. 73-88.
- Vilain J.-P., Lemieux C., « La mobilisation des victimes d'accidents collectifs. Vers la notion de "groupe circonstanciel" », *Politix*, 44, 1998, p. 135-160.