# التمييز غير المباشر والتمييز الإيجابي

**بومنجل فاتح الدين**
**قسم العلوم السياسية**
**جامعة عنابة**

**ملخص**

**شهد مفهوم التمييز تطورا ارتقى به من الحالة التي لا تقبل نزاع فيها والمتمثلة في تحريم التمييز المباشر والمقصود فقط. هذا التحريم أصبح حاليا يشتمل أيضا على مجرد كون مجموعة معينة في المجتمع تعاني من ضرر نتيجة لقاعدة أو معيار قانوني مهما كان شرعيا أو حياديا. هذا هو مفهوم "التمييز غير المباشر" أو" التمييز غير المقصود" أو" التمييز الناتج عن أثر ضار". لكن هذا التطور لم يقتصر على هذا المبدأ فقط إذ أن هناك أيضا مفهوم "التمييز الإيجابي". هذا الأخير يؤكد على أن الفئات المستضعفة في المجتمع (بسبب خصوصياتهم المتميزة) لا بد لها أن تستفيد من معاملة قانونية "تفضيلية". يهدف في آخر المطاف كل من المبدأين إلى حماية كل مجموعات متميزة في المجتمع بل والحفاظ على الخصوصيات في مجتمعات متعددة من حيث الثقافات ومختلفة من حيث الملل.**

**Résumé**

**La notion de discrimination a évolué depuis l'état incontestable de l'interdiction de la seule discrimination directe et intentionnelle. Cette interdiction inclut, maintenant, le simple fait qu'un groupe social distinct subisse un préjudice résultant de toute règle ou norme juridique, si légale et si neutre soit-elle. C'est la notion de discrimination «indirecte» ou «non-intentionnelle» ou «à effet préjudiciable». L'évolution du droit ne s'est pas contentée de ce principe, car, il y a aussi la notion «de discrimination positive». Ce principe stipule que les groupes sociaux défavorisés (à cause de leurs particularités distinctes) doivent bénéficier d'un traitement juridique «de faveur». Ces deux notions ont pour but, en fin de compte, de protéger tout groupe social distinct et même de préserver les particularités dans des sociétés multiculturelles et pluriconfessionnelles.**

**مقدمة:**

تبدو العلاقة وطيدة بين مشكلة التمييز وغرض حماية خصوصيات الأفراد أو الجماعات. فيظهر التمييز عندما توجد لدى أشخاص خصوصيات مغايرة لتلك السائدة والمقبولة في المجتمع كرد فعل عنصري أو تعصبي يرفض هذا الإختلاف أو التعددية (العرقية أو اللغوية أو الدينية أو الإجتماعية-الثقافية...). ويأتي هنا دور القانون في التصدي لهذه المشكلة بتحريم كل صور الإجحاف أو الظلم في معاملة الأشخاص بسبب خصوصياتهم. فتحريم القانون لهذا التمييز معروف ولا يثير أي تساؤل أو إشكال، بل أصبح يبدو من البديهيات المعاصرة – رغم واقع الكثير من المجتمعات على الأقل على المستوى غير الرسمي-.[1]

لكن نريد هنا أن نتساءل عن حقيقة وجود أنواع أخرى من التمييز غير هذا التمييز المباشر؟ فهل يوجد إذن **تمييز غير مباشر**؟ وكيف يكون ذلك ؟ ثم هل يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون **التمييز إيجابيا**؟ وما مدى مشروعية كل منهما؟

## أولا: التمييز غير المباشر

نجد أنه وفقا لما يسمى بمبدأ التمييز غير المباشر فإن فعل التمييز قد يثبت حتى وإن كان من الناحية الموضوعية عبارة عن حكم موافق للقانون -مهما كانت دستوريته- أو معيار محايد لا طعن فيه أو تصرف غير منحاز لا شك في نية أصحابه. فيعتبر رغم ذلك تمييزا بمجرد أن **ينتج عنه ضررا** في حق شخص أو أشخاص يتميزون **بخصوصيات معينة** (عرقية-عنصرية، لغوية، دينية، إجتماعية-ثقافية،...) دون غيرهم من أفراد المجتمع. هذه الخصوصيات هي التي تجعلهم يتضررون دون غيرهم. فلا يشترط من الناحية القانونية توافر قصد الإضرار هنا، بل يكفي إثبات وجود هذا الضرر فقط كنتيجة مباشرة للحكم أو المعيار أو التصرف. فالمعيار الجديد في تحديد التمييز هنا هو المعيار الموضوعي فقط (النتيجة الضارة للفعل) وليس الذاتي أو الشخصي (قصد الفاعل). وهذا ما اصطلح عليه بـ"التمييز غير المباشر" أو" التمييز غير المقصود" أو" التمييز الناتج عن أثر ضار".

نلاحظ بالرجوع إلى الخلف قليلا أن هذا المبدأ بدأ يبرز على مستوى أوربي عن طريق محكمة العدل للمجموعات الأوربية وذلك في فترة مبكرة[2] (قضية Sotgiu v. Deutsche Bundespost-1974) ثم تكرس المبدأ في قضايا أخرى

متوالية (Bilka-1986، Danfoss-1989،...). ولم يحصل المبدأ على الصبغة الرسمية إلا بعدما تبنته المجموعة الأوربية لأول مرة في تشريعاتها من خلال تعليمة[3] المجلس الأوربي رقم 97/80/CE (1997\12\15) في مادتها الثانية- فقرة 2، على النحو التالي:"...2- في نظر مبدأ المساواة في المعاملة المذكور في الفقرة 1 فإن التمييز غير المباشر يوجد إذا كان حكم أو معيار أو ممارسة تبدو محايدة لكنها **تؤثر** على نسبة مرتفعة بشكل واضح على أشخاص من جنس **معين**..."[4]

أما حاليا فتوجد نصوص قانونية أخرى تتطرق صراحة إلى الفرق بين التمييز المباشر والنوع الآخر ألا وهو: التمييز غير المباشر. ونظرا لقلة النصوص التي تتطرق لهذا المفهوم (أو ربما إنعدامها تماما في الدول "النامية")، نذكر من ذلك أيضا ما جاء في نص تعليمة المجلس الأوربي المتعلقة بـ"تطبيق مبدأ المساواة في المعاملة بين الأشخاص بدون تمييز بسبب الجنس البشري أو الأصل العرقي" الصادرة عن لجنة المجموعة الأوربية في 1999\11\25 (Com 1999-056) في الفقرة الثانية من مادتها الثانية على النحو التالي:" يقع التمييز المباشر لما يعامل شخص لأسباب عنصرية أو لأصله العرقي بطريقة متحيزة بالنسبة لما يعامل به أو عومل به أو سوف يعامل به شخص آخر.

يقع **التمييز غير المباشر** لما يبدو حكم أو معيار أو تصرف محايدا لكن من شأنه أن يحدث **أثرا ضارا** لشخص أو مجموعة أشخاص من جنس بشري أو أصل عرقي **معين**، إلا إن كان هذا الحكم أو المعيار أو التصرف معللا بطريقة موضوعية بهدف مشروع لا علاقة له بالجنس البشري أو الأصل العرقي لهذا الشخص أو هذه المجموعة من الأشخاص وأن تكون الوسائل المستخدمة لتحقيق هذا الهدف مناسبة وضرورية ".[5] كما نصت تعليمات أوربية أخرى على نفس المبدأ، أشهرها في هذا المجال: التعليمة حول الجنس البشري(2000/43/EC) –التي تنص على تحريم التمييز غير المباشر في المادة 2 فقرة 2ب- والتعليمة حول الشغل(2000/78/EC) - التي توسع نطاق تطبيق المبدأ على: الدين أو الإعتقاد والإعاقة والسن والتوجه الجنسي، كأسباب للتمييز غير المباشر- وكلها تفرض على الدول الأعضاء مسايرتها في تشريعاتها الوطنية.[6] من هذه التشريعات الوطنية في إمكاننا أن نذكر مثلا القانون الفرنسي (المصادق عليه سنة 2002) الرامي إلى محاربة التمييز والمعدل لقانون 15 فبراير1993 المنشئ لمركز التساوي في الحظوظ ومحاربة التمييز العنصري وهو ينص على مبدأ التمييز غير المباشر في مادته الثانية/2، على النحو التالي: "...2) هناك تمييز غير مباشر إذا كان حكم أو معيار أو تصرف يبدو محايدا ومع

ذلك يؤدي إلى نتيجة ضارة بالأشخاص الذين تنطبق عليهم أسباب التمييز المذكورة في الفقرة1...".

**- مبدأ التمييز غير المباشر أمام القضاء:** لقد تطورت معالجة مشكلة التمييز أمام القضاء بحيث توالت القضايا من هذا النوع أمام المحاكم الأمريكية أو الأوربية على النحو التالي:

**- مبدأ التمييز غير المباشر أمام القضاء الكندي:** قد تبنى المجلس القضائي الأعلى (المحكمة العليا) في كندا هذا المبدأ على إثر قضيتين:

- قضية Ontario (Commission Des Droits De La Personne) "C.SIMPSON – SEARS Ltd. (1985) 2 R.C.S 536
- قضية" Central ALBERTA Dairy Pool C. ALBERTA

"(Commission des droits de la Personne) (1990) 2 R.C.S 489

في القضية الأولى كانت Theresa O'malley تشتغل في محلات شركة SIMPSON-SEARS بمدينة KINGSTONE (ONTARIO) خلال أيام الأسبوع وأحيانا أيضا يوم السبت (مرتين كل ثلاثة أسابيع )، وذلك منذ سبع سنوات قبل أن تتبع تعاليم "كنيسة مجيء المسيح واليوم السابع" (Seventh day's Adventists) التي يتميز أتباعها بتحريم العمل (الإستراحة "الدينية") يوم السبت. فأصبح لهذا السبب صاحب العمل يدفع لها أجر عاملة بوقت جزئي بدلا من أجرها السابق كعاملة بوقت كلي لأنها لم تعد تشتغل أيام السبت. فرفعت دعوى على صاحب العمل لتضررها من هذه المعاملة بسبب ممارستها لديانتها. وقد قرر القضاة السبع (وبالإجماع) في الحكم الصادر عن المجلس القضائي الأعلى بتاريخ 1985/12/17 في هذه القضية: أن أي قاعدة من قواعد العمل قد تعتبر تمييزية حتى وإن كانت نزيهة ومؤسسة على أسباب جدية ومطبقة بطريقة عادلة (متساوية)، وهذا ما أسمته:"بالتمييز غير المقصود" ( أو التمييز غير المباشر ).[7]

في الحالة السابقة فإن T.O'malley- من أتباع "كنيسة مجيء المسيح واليوم السابع" (إذن أقلية دينية في المجتمع) وتمارس ( لأسباب دينية ) الإمتناع عن العمل يوم السبت- قد تضررت من قاعدة العمل التي تجبرها على العمل أيام السبت بسبب تعارضها مع معتقداتها الدينية ومنعها من هذه الممارسة الدينية. فبغض النظر عن ضرورة وقصد هذه القاعدة إلا أنها تعتبر تمييزية بالنظر إلى ما أنتجته من أثر ضار. فبإعتبار أن الأمور نسبية كان لزاما لمن يتسع ذهنه لمثل هذا التسامح أن

يراعي الإختلاف في المعطيات الشخصية والحالات المتنوعة ليتقبل أن بعض القواعد العامة الواجب تطبيقها على الكل قد لا تلائم البعض. لهذا السبب اعتبرت المحكمة العليا أن هذه الحالة تعد "تمييزا ناتجا عن أثر ضار" وحكمت بالتالي بوجوب دفع الأجر الكامل للعاملة.

- قضية **" Central ALBERTA Dairy Pool C.ALBERTA (Commission des droits de la Personne) (1990) 2 R.C.S 489"**

خلال سنة 1983 كان JIM CHRISTIE يشتغل لدى Central ALBERTA Dairy Pool بمدينة WETASKIWIN الكندية، لكنه ينتمي إلى أقلية دينية ("كنيسة الإله العالمية") التي تمتنع عن العمل في أعياد ومناسبات دينية عديدة. فاقترح على صاحب العمل أخذ يوم راحة من غير أجر مدفوع في إحدى هذه المناسبات الدينية وتعويض عمله في يوم آخر خارج أوقات عمله. رفض صاحب العمل هذا الاقتراح وطرده من العمل بعد تغيبه في هذه المناسبة.

ولما رفع دعوى على هذه الشركة لفقدانه عمله بسبب إنتمائه الديني، ردت هذه الشركة بأن فرضها لقاعدة العمل أيام الإثنين ( وهو اليوم الذي تغيب فيه) ولأنه من أهم أيام العمل لدى هذه الشركة، يعتبر من قبيل ما يصطلح عليه بـ"المستلزمات المهنية المبررة"(Exigence Professionnelle Justifiée (E.P.J. المطبقة على كل العمال بغض النظر عن خصوصياتهم أو معتقداتهم الدينية. لكن ورغم أن المحكمة العليا الكندية في قرارها المؤرخ في 1990/09/13 قد وافقت كلا من المحكمة الابتدائية ومحكمة الإستئناف في اعتبار هذه القاعدة حقا من "المستلزمات المهنية المبررة" (بأغلبية 7/4 من القضاة)، إلا أنها أكدت على أن هذه الحالة تدخل ضمن ما يسمى "بالتمييز الناتج عن أثر ضار" أي تمييز غير مباشر في حق J.CHRISTIE.[8] تأكد أيضا مبدأ واجب ملاءمة صاحب العمل للاعتقادات الدينية لأحد عماله في قضايا أخرى أمام القضاء الكندي، منها قضية:

"Central OKANAGAN School District N°23 C.RENAUD (1992) 2 R.C.S 970"

حيث حكمت لصالح LARRY RENAUD بتاريخ 1992/09/24 لأنه طرد من العمل لنفس الأسباب تقريبا المذكورة في القضايا السابقة ( لأنه ينتمي إلى "كنيسة مجيء المسيح واليوم السابع" التي تمارس الامتناع عن العمل يوم السبت ).

**- مبدأ التمييز غير المباشر أمام القضاء الأمريكي:**

في هذا المجال أصدرت المحكمة العليا الأمريكية بتاريخ 1999/10/04 حكما لصالح عضو من الأقلية المسلمة الأمريكية بعد أن تضررت ممارساته الدينية من جراء قاعدة قانونية، وذلك في قضية:

**" (1999) Fraternal Order of Police v.City of NEWARK "**

حيث طلبت إدارة الأمن في مدينة NEWARK ( ولاية NEW JERSEY ) من عون في الأمن ينتمي إلى الأقلية المسلمة الأمريكية أن" ...يختار بين الإحتفاظ بلحيته أو الإحتفاظ بوظيفته!؟" رغم محاولة إقناعهم بأن إعفاءه لحيته كان على أساس ديني محض وإتباعا لأوامر دينية. لكن الإدارة احتجت بالنظام الداخلي لشرطة تلك المدينة لأنه ينص على عدم السماح بإعفاء اللحية إلا لأسباب طبية فقط دون إعتبار للخصوصيات الدينية. فقرر القضاء في هذه القضية أن منع شرطي أمريكي مسلم من إعفاء لحيته يعتبر غير مشروع (مهما كانت هذه القاعدة حيادية ومهما كان هذا الضرر غير مقصود). وبالتالي قضت المحكمة لهذا المسلم بحقه الشرعي في ممارسة ما أثبت أنه يدخل ضمن العبادات الدينية (وفق معتقداته الإسلامية) والمحافظة في نفس الوقت على وظيفته. وتأسيس الحكم لم يكن فقط على أساس عدم شرعية طرده التعسفي من الوظيفة ولكن حتى لعدم شرعية النظام الداخلي لشرطة تلك المدينة بسبب أنه تمييزي.9

**- مبدأ التمييز غير المباشر أمام القضاء الأوربي:**

طرحت أيضا أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 1999/02/18 قضية بوسكاريني وغيره ضد جمهورية سان مارينو (" Buscarini & autres C.ST. MARIN"). هنا تعلق الأمر بفرض إجراء أداء اليمين وفق ديانة الأغلبية (النصرانية) دون مراعاة للخصوصيات الدينية لباقي أفراد المجتمع. فاعترض بوسكاريني على إجراء أداء اليمين على الإنجيل لممارسة مهمة نيابية في البرلمان لأن ذلك يتعارض مع معتقاداته.[10]

فقد ورد عن المحكمة في هذه القضية أنه:"... من المتناقض وضع ممارسة ولاية (مهمة نيابية) تهدف إلى تمثيل مختلف أراء المجتمع داخل البرلمان خاضعا لشرط مسبق بالتصريح عن الإلتزام بنوع محدد من العقائد..."[11] ومن أجل تفادي مثل هذه الحالات ( والضرر المعنوي العميق الذي ينجر عنها) وللملاءمة مع الخصوصيات الدينية في مثل هذا الإجراء، فقد طلبت السيدة سلمى حيدر عند توليها

لمنصب وزيرة الإنعاش الاجتماعي في حكومة ولاية خوخوي JUJUY بالأرجنتين استبدال الإنجيل بالقرآن الكريم في عملية أدائها لليمين.[12]

وأمام القضاء الإيطالي رفع المغربي عبد المجيد غازي (23 سنة، عامل مقيم بإيطاليا) دعوى في شهر مارس من سنة 1991 على مستخدميه بشركة "زيتا" (ZETA.SRL) بمدينة BOLOGNA. فقد تعرض لقرار الطرد من العمل بسبب عدم إمتثاله لأوامر مستخدميه تتعارض مع ممارساته الدينية. هذه الأوامر كانت تفرض عليه (كغيره من العمال) أن يتناول غداءه في المطعم خلال صيامه لشهر رمضان. فصدر الحكم على مستخدميه بتعويضه عن الأضرار ماليا (6 مليون ليرة إيطالية) وإمكانية العودة إلى العمل في نفس الشركة.

كما سبق و أن صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي متعلق بملاءمة خصوصية أقلية دينية أخرى وذلك بتاريخ: 1936/03/27. قضى الحكم بإلغاء قرار بلدي صدر عن بلدية VALENCIENNES يفرض فيه نمطا موحدا في جزر المواشي على جميع مجازر البلدية. تضررت آنذاك الجالية اليهودية بسبب ذلك القرار (لتعارضه مع ممارساتها الدينية التي تتضمن الإلزام بذبح الحيوانات حتى يحل أكلها) ورفعت "الجمعية الإسرائيلية لفالنسيان" هذه الدعوى التي تقرر من خلالها حرية ذبحهم للمواشي حسب عقيدتهم.[13]

وفي ألمانيا طرحت نفس المشكلة فلم يكن يسمح للمسلمين بذبح المواشي على الطريقة الإسلامية وكانوا يجبرون على استخدام تدويخ المواشي (في حين أن اليهود مارسوا الحق في الذبح حسب شعائرهم دون التدويخ وتحت رئاسة الحاخام). لم تحل هذه المشكلة إلا في بداية سنة 2002 بعد أن رفع رستم ألتونكوب- وهو جزار تركي من ولاية HESSEN الألمانية- دعوى أمام المحكمة الإدارية الفدرالية سنة 1995. لكنها قضت "... بعدم شرعية الذبح حتى بالنظر إلى أحكام القرآن؟!" فطرحت القضية أخيرا على المجلس الدستوري الذي أصدر قراره يوم 2002/01/15 وفصل نهائيا في القضية بالسماح للمسلمين بالذبح وفق شريعتهم.[14]

**مبدأ الملاءمة و وجوب التكييف في مواجهة التمييز غير المباشر:**

في حالة التمييز المباشر فإن من المقرر أنه يجب الحكم بعدم مشروعية الفعل (لتوافر قصد التمييز)، لكن في حالة التمييز غير المباشر فإنه لا يمكن الحكم على الفعل بعدم المشروعية وإنما الإشكال متعلق فقط بالنتائج الضارة. فكان إذن من المنطقي تنبيه من صدر عنه الفعل الذي أدى بضرر على شخص معين بسبب عدم

ملاءمة هذا الفعل (حكما كان أو معيارا أو ممارسة) للوضعية الشخصية وخصوصية حالة المتضرر. ولا حجة لأي تبرير أو تعليل مهما كان "موضوعيا" ولا عبرة بأي هدف أو قصد مهما كان "مشروعا" (كما ورد في بعض النصوص). لذلك نجد أن القضاء الكندي يذهب إلى أبعد من ذلك في تأكيده على هذا المبدأ. ففي حالة "تمييز غير مقصود" لا يكفي الحكم بخطأ الفاعل، بل لحل هذه المشكلة يستوجب على من صدر عنه الفعل الضار أن يعيد النظر في تصرفاته وتكييفها مع خصوصيات الشخص المتضرر منها. ففي قضية T.O'malley ورد عن المجلس الأعلى القواعد التالية:

1. "إذا حدث "تمييز ناتج عن أثر ضار" فإنه يقع على عاتق صاحب العمل واجب اتخاذ إجراءات معقولة **للتكييف** أو **ملاءمة** العامل المتضرر (بدون أن يؤدي ذلك إلى ضرر غير مستحق على استغلال المؤسسة).

2. أما إذا لم تتمكن هذه الإجراءات المعقولة من حل المشكلة فإنه ليس على صاحب العمل فعل أي شيء آخر.

3. يقع على عاتق الشخص الذي يرفع دعوى أن يثبت أنه ضحية تمييز بسبب هذا التصرف.

إذا تمكن من ذلك فعلى صاحب العمل أن يثبت أنه اتخذ إجراءات معقولة لملاءمة العامل **بدون الإضرار غير المستحق** على استغلال مؤسسته."

وفي القضية المطروحة فإن شركة SIMPSON-SEARS لم تثبت أنها اتخذت أي إجراءات معقولة لمساعدة T. O'MALLEY وتمكينها من ممارسة ديانتها. فقد كان بإمكان صاحب العمل مثلا أن يعيد تنظيم أوقات عملها بدون أن يحدث ضررا للشركة، لكنه على العكس من ذلك اقترح عليها تنـزيل وضعيتها إلى عاملة مؤقتة.

- **حدود واجب الملاءمة:**

قررت المحكمة العليا الكندية في قضية Central ALBERTA Dairy Pool C. ALBERTA (Commission des droits de la Personne) (المذكورة سابقا) أنه كان على هذه الشركة أن تتخذ إجراءات لملاءمة الممارسة الدينية لهذا الشخص والتكييف معها، ما لم يشكل ذلك "تكليفا زائدا" على عاتق صاحب العمل أو كما ورد في القضية السابقة "ضرر غير مستحق على استغلال المؤسسة".

وقامت بتحديد إلى أي مدى قد تشكل هذه الملاءمة "تكليفا زائدا" على ما يمكن لصاحب العمل تحمله في الحالات التالية فقط :

- تكلفة مالية إضافية
- مخالفة إتفاقية جماعية
- مشكلة أخلاقية لباقي العمال
- تغيير في العمال أو التجهيزات
- زيادة في أشغال صاحب العمل
- مساس بقواعد الأمن.

فكل هذه الحالات تمثل إذن حدودا مقبولة تعترض ملاءمة الخصوصيات الدينية لأحد العمال، حيث أنها في حالة تعارضها مع معتقدات أو ممارسات دينية لأحد العمال (عند محاولة الملاءمة) فإنها ترجح عليها وبذلك فقط تبرأ ذمة من صدر عنه الفعل الضار.

- تطبيق وممارسة مبدأ الملاءمة و وجوب التكييف:

لاحظنا إذن في بعض القضايا السابقة الذكر كيف أنه كان على من تسبب في أثر ضار (بحكم أو معيار أو ممارسة "محايدة") أن يتنبه لذلك ويأخذ بعين الإعتبار خصوصيات الأشخاص المتضررة. وفي كل الحالات فإن المتضرر هو الذي يجب أن يبين خصوصياته حتى يتم ملاءمتها. وفي هذا المجال سجل المقرر الخاص للأمم المتحدة حول عدم التسامح الديني مطالبة أعضاء الأقلية اليهودية في أستراليا لملاءمة بعض القواعد أو الرموز التي تسير الحياة العامة السياسية والتي تتعارض مع معتقدات وممارسات هذه الأقلية وذلك عملا بمبدأ عدم التمييز (المباشر وغير المباشر) في المجتمع.[15] من هذه المطالب: تحويل يوم الإنتخابات الوطنية من يوم السبت إلى يوم آخر من الأسبوع لإمتناع أعضاء الأقلية اليهودية عن العمل يوم السبت وإستراحتهم "الدينية" فيه، إضافة إلى المطالبة بمنع قراءة صلاة نصرانية عند إفتتاح البرلمان وإزالة الصليب من العلم الوطني! [16]

فمن غير المقبول أن يقع هذا التمييز حتى في الدول الغربية التي تعتبر نفسها كما قال FERNAND de VARENNES "...أنها الأكثر علمانية في حين أنها تشجع طبيعيا بطريقة مباشرة أو **غير مباشرة** ثقافة ولغة وديانة وتقاليد الأغلبية"

على حساب باقي أفراد المجتمع. وهذا التمييز يحدث لما تحصل للأغلبية "امتيازات تفرضها الدولة لهم ولا يتمتع بها أعضاء الأقليات الدينية بنفس الدرجة" عندما لا تأخذهم بعين الإعتبار وتجعل معيارها الدائم هو تلك الأغلبية فقط.[17]

ومن أمثلة هذه "الملاءمة" المحمودة -التي تدل حقا على التسامح وعدم التعصب-، ما جاء في تقرير للأمم المتحدة حول حقوق الإنسان معبرة عن ارتياحها بالنسبة لوضعية دولة ترينداد-توباغو ( TRINIDAD & TOBAGO ) بالنسبة لقضية شخص ينتمي إلى "كنيسة مجيء المسيح واليوم السابع"، حيث أن "مجلس امتحانات المرفق العام" مكن هذا الشخص من إجراء امتحاناته يوم الجمعة بدلا من يوم السبت (لأنه يمتنع عليه دينيا حسب اعتقاداته أن يعمل يوم السبت).[18]

وأكثر من ذلك فإن هذه الدولة بالذات (ترينداد- توباغو) وغيرها من الدول الأمريكية أيضا (مثل غويانا والأرجنتين) تعترف لأعضاء الأقلية المسلمة بأعيادها الدينية بطريقة رسمية لتمكينهم من أخذها كأيام راحة. وإذا أخذنا أيضا بعض المدارس في الولايات المتحدة الأمريكية فنجدها تأخذ بعين الإعتبار العدد الكبير من الأطفال المسلمين الذين يزاولون دراستهم بها. وهذا هو الحال بالنسبة لمدارس الأحياء في مدينتي PATERSON ( ولاية New Jersey ) وDEARBORN ( ولاية Michigan ) التي تعتبر يومي عيد المسلمين (عيد الفطر وعيد الأضحى) من أيام العطل.[19]

كما سمحت الحكومة الإسبانية - بطلب من الجمعيات المسلمة- للمسلمين بمغادرة أماكن عملهم في شهر رمضان (1413هـ/1993) ساعة قبل موعد إفطارهم. وقد اتفقوا على تعويض هذه الساعات بعد رمضان وبدون مقابل.[20]

ولهدف الملاءمة تسعى إحدى الجمعيات التي تعمل في مجال المطالبة بالحقوق المدنية للأقلية المسلمة في أمريكا الشمالية - وتدعى هذه الجمعية الأمريكية "مجلس العلاقات الأمريكية الإسلامية" Council on American Islamic Relations (CAIR)[21]- إلى إصدار مجموعة من المطبوعات من أجل ملاءمة الممارسات الدينية للأقلية المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا من طرف مركز البحث الذي يرأسه د. محمد نمر من خلال توضيح خصوصيات المسلمين في هذه المجالات حتى تؤخذ بعين الإعتبار. من هذه المطبوعات:

نموذج لسياسة الملاءمة الدينية في مدارس الأحياء (1999 )

مطبوعة أخرى خاصة بالملاءمة الدينية في المستشفيات

مطبوعة أخرى خاصة بالملاءمة الدينية في أماكن العمل

ومؤخرا مطبوعة خاصة بالملاءمة الدينية في السجون ( 2002 )

وتعطي الدراسة الأولى[22] من هذه المطبوعات أمثلة كثيرة عن مدارس تتخذ إجراءات قانونية لملاءمة الأقليات الدينية (بما فيها الأقلية المسلمة) فيما يتعلق بالنقاط التالية:

**- الملاءمة في نظام الأكل:**

المدرسة العامة لمدينة CHICAGO (في قرار مجلسها المؤرخ في 1995/05/27) تعترف بحق الملاءمة كالتالي: "...بعض الأطفال بسبب محرمات دينية يمتنع عليهم أكل الخنزير أو بعض الطعام الآخر ... بالتالي يجب أن تقدم لهم وجبة تعويضية عندما تكون مثل هذه الأطعمة مبرمجة في الوجبات المدرسية".[23]

**- صلاة التلاميذ:**

مدرسة Orange County ( في النص القانوني (1984)98-377 .P.L– والمعدل بتاريخ : 1994/04/18) يعترف بأنه " يمكن للتلاميذ بصفتهم الشخصية أن يقيموا الصلاة بالقدر الزمني الذي لا يخل بسير (النشاطات) المدرسية".[24]

**- الملاءمة أثناء الصيام:**

مدرسة BROOKLYN (في تعليمة رئيس الديوان للمؤسسات الدراسية مؤرخة بتاريخ 1997/12/04) تقر بأنه "يجب على المدارس أن تسمح للتلاميذ الصائمين أن يجلسوا بمعزل عن باقي التلاميذ أثناء فترات تناول الطعام إذا ما طلبوا ذلك".[25]

**- الأعياد الدينية الثقافية والغيابات المسموح بها:**

مدرسة PATERSON(في النصوص:NJAC6 :20-1.3(K)، NJSA18A:36-14-16 ) ورد أن "التلاميذ الذين يتخلفون عن اختبار أو امتحان بسبب غيابهم أثناء عيد ديني يجب منحهم حق تعويض الاختبار أو الامتحان".[26]

**- نوادي دينية للتلاميذ:**

فالمدرسة الأمريكية تسمح للتلاميذ بإنشاء نوادي لأغراض ونشاطات مختلفة وتقدم لهم تسهيلات من أجل ذلك ( قاعات، وقت، إستعمال بعض تجهيزات المدرسة،...).

وقد تأكد هذا الحق فيما يتعلق بالنوادي الدينية مثلا في قرار المحكمة العليا الأمريكية سنة 1990 في قضية:

"(1990) Board of Education of Westside Community Schools v. MERGENS."

لذلك فتنظيمات مدرسة RALEIGH مثلا (في نص مرجعها القانوني-P.L 98 377- (1984) TITLE VIII والمعدل بتاريخ 1994/04/18) تسمح "لمجموعات التلاميذ.بتوجيه إجتماعات إختيارية (طوعية) بالمدرسة خارج أوقات الدروس مثل غيرهم بغض النظر عن حجمهم أو مضمون خطابات هذه الاجتماعات الدينية أو السياسية أو الفلسفية أو غيرها".[27]

**- الملاءمة المتعلقة بأقسام "التنمية البشرية":**

هذه المواد متنوعة وواسعة المضمون حيث تشمل مواضيع خاصة بالعلاقات البشرية والعائلية (مثل ما يسمى بـ"التربية الجنسية" أو "الصحة الجنسية") أو بنمط الحياة (كالغناء، الرقص، الرسم، السينما،...أي الفن والثقافة الأمريكية!). فهي إذن متأثرة إلى حد كبير بالمجتمع الأمريكي وطريقة عيشه، مما يسمح لبعض الأولياء بإعفاء أبنائهم منها –غالبا لأسباب دينية-. وهذا ما نصت عليه مثلا تنظيمات مدرسة Wake Country Public Schools (Raleigh) (في المرجع القانوني C – 81(E) G.S. 115 المؤرخ في 1997/01/21) كالتالي: "يمكن لوالد أو ولي شرعي أن يطلب إعفاء ولده من بعض مواد "الحياة الصحية" بسبب معتقدات دينية أو شخصية..."[28]

**- مبدأ الملاءمة في النصوص الدولية:**

هذا الإلتزام منصوص عليه كذلك على مستوى دولي في بعض المعاهدات كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (1966/12/16) حيث ورد في نص المادة 4/18 :

"...تلتزم الدول الأطراف في هذه المعاهدة باحترام حرية الوالدين، وإذا إقتضى الأمر الأولياء الشرعيين، في العمل على تأمين تربية دينية وخلقية لأطفالهم **وفق معتقداتهم**".

عند تعليق لجنة حقوق الإنسان على مضمون هذه المادة أكدت على حق مهم جدا للأقلية الدينية في مجال التعليم (في حالة وجود تعليم ديني في المدارس العامة)

وهو: حق إعفاء أطفالهم من متابعة الدروس الدينية المخالفة لديانتهم مع إمكانية اختيار دروس دينية موافقة لهم.[29]

وهناك نص مماثل لهذه المادة سبق وأن ورد ضمن "اتفاقية منظمة الأمم المتحدة للثقافة والتعليم UNESCO -14\12\1960- المتعلقة بمحاربة التمييز في مجال التعليم" في الفقرة الأولى من مادتها الخامسة، حيث نصت على ما يلي :

"... ب) يجب إحترام حرية الوالدين وإذا اقتضى الأمر ذلك الأولياء الشرعيين في :

**ثانيا**: العمل على تأمين، حسب إجراءات تشريع كل دولة، تربية دينية وخلقية لأطفالهم **وفقا لمعتقداتهم الخاصة**، كما لا يمكن إجبار أي شخص ولا أي مجموعة على تلقي تعليم ديني غير ملائم مع معتقداتهم..."

فإنه يقع على عاتق الدول الأطراف في هذه المعاهدات واجب إحترام الخصوصيات الدينية للوالدين أو الأولياء الشرعيين عند تدريس أطفالهم التربية الدينية والخلقية في المدارس العامة. ويكون واجب اتخاذ إجراءات **تكييف** أو **ملاءمة** مع الخصوصيات الدينية لهذه المجموعات (أقليات دينية، جاليات أجنبية، جماعات ذات خصوصيات عرقية، لغوية، دينية، ثقافية، ...) وذلك من خلال:

**أولا**: إعفاء أطفالهم من متابعة الدروس الدينية المتعارضة مع ديانتهم الخاصة،

و**ثانيا**: إمكانية متابعة دروس دينية موافقة لخصوصياتهم الدينية.

فالمبدأ إذن أصبح يتخذ صفة العالمية في إقراره رغم غفلة أو تغافل الكثير من الدول – وليس النامية فقط- لهذه القواعد المستأصلة للتعصب في الأفكار والتحجر في القوانين.

## ثانيا: التمييز الإيجابي

فالتمييز هنا يقصد به تلك المعاملة التفضيلية التي قد تمنح لبعض الفئات من الأشخاص بسبب ما قد تعانيه من عدم المساواة أو الإبعاد (الفعلي أو القانوني) من أي مشاركة في الحياة الإجتماعية والسياسية للدولة. وقد أكد الكثير من أهل الاختصاص في مجال حماية حقوق الإنسان (وحماية الأقليات بصفة خاصة) على هذا المبدأ المساهم في ترقية وضعية هذه الفئات في المجتمع. فتبدو هذه المعاملة بأنها تمييز لكنه تمييز مقبول لأنه "إيجابي"![30] يعني ذلك أن اتخاذ إجراءات خاصة في

صالح الأقليات لا يعتبر من قبل التمييز المحضور (أو "السلبي") ولا يتعارض مع مبدأ المساواة أو العدالة لأنه تطبيق للعدل التوزيعي وليس للعدل التبادلي، أي تعويض مبدأ المساواة الحسابية بمبدأ المساواة التناسبية.[31]

لهذا السبب فقد ميز MANDELSTAM -و ذلك منذ سنة 1923- (بخصوص "معاهدات الأقليات" 1919-1920) بين من جهة حقوق المواطنين المنتمين لأقليات ومن جهة أخرى حقوق الأغلبية بقوله: أنها ليست بحقوق "مطابقة" لها لكنها "مماثلة" لها فقط. حيث لا يمكن عملا بمبدأ المساواة التناسبية أن تكون نفس الحقوق ممنوحة لفئات تختلف ظروفها وأوضاعها وإحتياجاتها، بل لابد أن يكون نوع من التكييف الملائم والمراعاة المناسبة لكل حالة. فالمساواة المطلقة لاتحقق العدل المنشود في كل الحالات لأن هذه المساواة "الصماء العمياء"، التي لا تلتفت إلى أي تنوع أو تعدد ولا تهتم بأي إحتياجات خاصة لعدم مراعاتها لأي إختلاف (بل قد تحارب كل خصوصية بإعتبارها مظهر تميز![32])، تؤدي أخيرا إلى حالات غير متناهية من الظلم الفادح. فلا ظلم أكبر من أن نساوي بين غير المتساوين. وفي هذا السياق نذكر ما ورد عن محكمة العدل للمجموعات الأوربية (سنة 1963) الجملة التالية المعبرة أحسن تعبير عن الموضوع المتناول: "التمييز المادي يتمثل إما في معاملة حالات مماثلة بطريقة مختلفة أو معاملة حالات مختلفة بطريقة مماثلة"! [33]

فحتى يمكننا التوصل في الأخير إلى شيء من العدالة ورفع قليل من الغبن عن هذه الفئات التي توجد في وضعية ضعف لا بد من محاولة إعادة التوازن المختل بتعويض الفئات الضعيفة في المجتمع ذلك النقص الذي تجده بمنحها حقوقا خاصة بها دون باقي فئات المجتمع. ومثل هذه الإجراءات الخاصة ضرورية بالنسبة للأقليات لمحافظتهم على خصوصياتهم وتنمية أو استمرارية هويتهم.[34]

وقد أبرزت المحكمة الدائمة للعدل الدولي هذه الفكرة في قضية "مدارس الأقليات في ألبانيا" في الرأي الاستشاري الصادر بتاريخ 06\04\1935 حيث ورد عنها:

"إن العدالة القانونية تستبعد أي تمييز في حين أن **العدالة الفعلية للقانون** قد تؤدي إلى ضرورة **معاملة مختلفة** للحصول على نتيجة تعيد التوازن بين مختلف أطراف المجتمع".[35]

فالفكرة هي دائما محاولة كسر جمود التشريعات والتحرر من الشكلية للحفاظ على روح العدالة الفعلية الذي قد تفتقده الكثير من القوانين الوضعية. ويذكر Cediey

أن التصور الجمهوري في فرنسا لفكرة المساواة أصبح يصطدم وربما يتراجع مع التصور المغاير (سواء اعتبرناه أوربيا أو عالميا –أو لما لا إلهيا!-) السائد حاليا. فأما التصور الفرنسي فهو قائم على أساس أن عموم القاعدة القانونية في تطبيقها على الجميع بصفة متشابهة يحقق المساواة (وتدعى بالمساواة "الشكلية" أو "المجردة"). أما التصور الآخر (مفهوم المساواة "الفعلية" أو "الملموسة" و"الحقيقية") فيقوم على مراعاة اختلاف الحالات الواقعية لتكييف تطبيق القانون عليها وفقا للواقع.[36]

لجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة هي أيضا قد أيدت هذا المبدأ في تعليقها على نصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، خلال دورتها السابعة والثلاثين لسنة 1989، حيث ورد في الفقرة العاشرة منه أنه يقع على عاتق الدولة التي توجد بها بعض المجموعات البشرية التي تعاني من عدم التمتع بحقوق الإنسان أن تتخذ إجراءات في صالح هذه المجموعات المحرومة أو المضرورة بمنحهم مثلا **"معاملة تفضيلية"** (مؤقتة) في ميدان معين بالنسبة لباقي السكان. وتعتبر لجنة حقوق الإنسان ذلك مشروعا وفق هذه المعاهدة ما دامت متخذة بمعايير معقولة وموضوعية وغايتها مشروعة. وقد استدلت اللجنة في تعليقها هذا ببعض نصوص المعاهدة ذاتها لتأييد مبدأ "التمييز الإيجابي" مثل :

- المادة 6\5: التي تمنع توقيع عقوبة الإعدام على من لم يبلغ 18 سنة وعلى النساء الحوامل (عند إرتكاب نفس الجرائم التي يعاقب عليها غيرهم بالإعدام ).

- المادة 10\3: التي تفرض إعتقال الأحداث الجانحين في مراكز معزولة -وفي ظروف مغايرة- غير مراكز إعتقال البالغين سن الرشد ( رغم إرتكاب نفس الجرائم )

- المادة 25: التي تمنح حقوق سياسية للمواطنين فقط دون الأجانب المقيمين في نفس الدولة وللبالغين سن معينة دون غيرهم.[37]

وهذا المبدأ أي التمييز الإيجابي أو العمل الإيجابي ( Positive Action أوAffirmative Action) أصبح مقترحا كإسهام في حماية الأقليات، وهذا ما صرح به المقرر الخاص للأمم المتحدة (أمام لجنة حقوق الإنسان) حين "... تساءل إذا كان بالإمكان التفكير في وضع آليات مناسبة من "العمل الإيجابي" ( التمييز الإيجابي ) على مستوى دولي؟ " في مجال حماية الأقليات.[38]

بعض النصوص الدولية تشير أيضا إلى هذا المبدأ منها :

-المادة 4/1 من الإتفاقية الدولية للقضاء على كل أشكال التمييز العنصري (1965/12/21):

" إن الإجراءات الخاصة المتخذة حصرا لتؤمن كما ينبغي تقدم بعض مجموعات الأجناس البشرية أو العرقية أو أفراد بحاجة إلى حماية قد تكون ضرورية لضمان التمتع وممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية في ظروف من المساواة، فإنها لا تعتبر إجراءات تمييز عنصري، على ألا تؤدي إلى الإبقاء على حقوق مميزة لمجموعات مختلفة من الأجناس البشرية وألا تستمر في النفاذ بعد أن تكون قد وفت بالأغراض التي كانت ترمي إليها."

-المادة 2/2 من الإتفاقية الدولية للقضاء على كل أشكال التمييز العنصري:

" تتخذ الدول الأطراف إذا استدعت الظروف ذلك إجراءات خاصة وملموسة في المجالات الإجتماعية، الإقتصادية، الثقافية وغيرها، لتؤمن كما ينبغي تتطور أو حماية بعض مجموعات الأجناس البشرية أو أفراد تنتمي إلى هذه المجموعات من أجل ضمان في ظروف من المساواة الممارسة التامة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. لا يمكن لهذه الإجراءات أن تؤدي إلى الإبقاء على حقوق غير متساوية أو مميزة لمختلف مجموعات من الأجناس البشرية بعد أن تكون قد وفت بالأغراض التي كانت ترمي إليها."

**-المادة 3/8** من إعلان حقوق الأشخاص المنتمين لأقليات قومية (وطنية) أوعرقية، دينية ولغوية (1992/12/18):"...إن الإجراءات المتخذة من طرف الدول لضمان التمتع الفعلي بالحقوق المذكورة في هذا الإعلان يجب ألا تعتبر لأول وهلة كمخالفة لمبدأ المساواة المتضمن في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان."

**-المادة 4** من الإتفاقية الإطارية الأوربية للأقليات الوطنية (1995/02/01): "...2) تلتزم الأطراف إذا دعى الأمر بإتخاذ إجراءات مناسبة من أجل ترقية مساواة كاملة وفعلية بين الأشخاص المنتمين لأقلية قومية والمنتمين للأغلبية، وذلك في كل مجالات الحياة الإقتصادية، الإجتماعية، السياسيةو الثقافية. وفي هذا الشأن يجب أن تأخذ بعين الإعتبار الأحوال الخصوصية للأشخاص المنتمين لأقلية قومية.

3) لا تعتبر الإجراءات المتخذة وفقا للفقرة 2 من الأعمال التمييزية."

وحاليا حتى الدساتير الوطنية لبعض الدول تشير إلى هذا المبدأ. نذكر منها :

- **"الميثاق الكندي للحقوق والحريات" (1982):** بعد التأكيد على مبدأ المساواة وعدم التمييز في الفقرة الأولى من المادة 15 تضيف الفقرة الثانية منها ما يلي: "إن الفقرة الأولى لا تمنع أي قانون أو عمل يهدف إلى تحسين ظروف أفراد أو مجموعات مضرورة بما فيها المتضررة بسبب الأصل العنصري أو القومي أو العرقي أو اللون أو الدين أو الجنس أو العجز العقلي أو الجسدي."

- **دستور جنوب إفريقيا (1996):**

**تنص المادة 9\2** على ما يلي: "تشمل المساواة التمتع التام والمتساوي بجميع الحقوق والحريات. لترقية تحقيق المساواة تتخذ إجراءات تشريعية أو غيرها معدة لحماية وتطور أشخاص أو فئات من الأشخاص متضررة من تمييز غير عادل". [39]

**- تطبيق وممارسة مبدأ التمييز الإيجابي:**

فمن الناحية العملية فإن تطبيق هذا المبدأ غالبا ما يكون في بعض الدول التي تهتم بإبراز وجود الفئات المختلفة التي يتركب منها المجتمع في أنظمتها القانونية أو تهتم بمشاركة هذه الفئات في الهيئات السياسية والحكومية.فيمكن أن يتجلى ذلك من خلال نظام تمثيلي خاص ومبدأ شخصية القوانين وغيرها من الأنظمة.

**- التمييز الإيجابي في أنظمة التمثيل:**

فحتى أعضاء الأقليات بإستطاعتهم ذلك بواسطة نظام "التمثيل النسبي" في المشاركة (أي حسب نسبة الأقلية من المجموع الوطني). وأحيانا أخرى تحدد مقاعد أو مناصب ثابتة لأعضاء الأقليات يزيد أو ينقص عددها حسب نسبة الأقلية في المجتمع بواسطة ما يسمى بسياسة "الحصص" بدلا من مبدأ "شخص واحد صوت واحد" الذي لا يمكن إعتماده لإبراز هذه الأقلية من بين المجموع ولظهورها على الساحة السياسية أو الاجتماعية نظرا لقلتها العددية. فأكثر ما تشكو منه الأقلية التسلط التام للأغلبية عليها. لهذا السبب ولمواجهة هذه المشكلة كان لابد من حمايتها من ثقل هذا الحكم بشيء من "التمييز" الإيجابي.

لذلك ليس من العدل أن تخضع الأقليات للإجراءات العادية في التمثيل (كالانتخابات "الديمقراطية" والتصويت "الحر")، لأنها أساسا تعتمد على قوة الأغلبية وأكبر عدد من الناخبين. فعدم صلاحية النظام الديمقراطي والمساواة المطلقة في حق هذه الفئات أدى إلى رد فعل بعض المفكرين أمثال ALBERT CAMUS

الذي قال في هذا الصدد: "إن الديمقراطية ليست قانون الأغلبية لكنها حماية الأقلية! ".[40]

ومثل هذا النظام (نظام "الحصص") مطبق في لبنان التي تتبع مبدأ التوزيع العددي الثابت لمقاعد البرلمان حسب المجموعات والطوائف الدينية ( 30 مقعد للنصارى المارونيين، 20 مقعد للمسلمين السنيين، 19 مقعد للشيعة، 11 مقعد للأرثذكس الشرقيين، 6 مقاعد للكاثوليك الشرقيين، 6 مقاعد للدروز، 5 مقاعد للأرمن النصارى، مقعد 1 للبروتستانت ومقعد 1 للأقليات الدينية الأخرى الصغيرة، و ذلك حسب ما تنص عليه أحكام قانون أبريل 1960 ).[41]

إلى جانب لبنان فإن إرلاندا الشمالية وجنوب تيرول (إيطاليا) تعمل بهذا النظام أيضا.[42]

ويمكن تطبيق هذا المبدأ حتى في مجالات أخرى غير متعلقة بالمشاركة في الحياة السياسية، كميدان العمل والشغل مثلا الذي قد يحتاج إلى هذا المبدأ. بعض القوانين تفرض وجوب تشغيل أفراد من الأقليات، كالقانون الهولندي لسنة 1994 "للمعاملة العامة العادلة" الذي يفرض على صاحب العمل عند تشغيله لأكثر من 35 عاملا، أن يكون عدد العمال الذين يشتغلون لديه والمنتمين إلى أعضاء الأقليات (العرقية الدينية) مساوي لنسبتهم في مجموع اليد العاملة في تلك المنطقة.[43]

وكذا بالنسبة لبريطانيا التي تطبقه في مجال آخر. فلما كانت نسبة الأقليات (العرقية والدينية) في المجتمع تقدر بنسبة 6%، قررت الحكومة البريطانية منذ 1998 زيادة حصة الأقليات في جيشها المحترف بنسبة 1% سنويا حتى سنة 2003 (أي حتى تبلغ خلال ست سنوات النسبة الوطنية للأقليات المقدرة بـ 6 %). [44]

**-التمييز الإيجابي في قوانين خاصة:**

تطبيق مبدأ التمييز الإيجابي قد يتخذ صورة قوانين خاصة و"...وسائل مناسبة للحفاظ على خصوصياتهم ...حتى لا تجبر الأقلية باسم المساواة التامة على ترك ما يشكل جوهر حياتهم كأقلية "، على حد تعبير المحكمة الدائمة للعدل الدولي في رأيها الصادر في 1923/09/10 المتعلق بوضعية المعمرين الألمان في بولونيا.[45]

مثل هذا التطبيق يتجسد في مجال الأحوال الشخصية أكثر من غيرها من المجالات القانونية. فالقواعد التي تنظم سلوك الفرد في حياته الخاصة أو الأسرية تبرز فيها خصوصياته الدينية والثقافية. فوفقا لنظرية "تعدد القوانين" في نفس الدولة

يمكن إصدار قواعد قانونية مناسبة لكل فئة. لذلك فهذا الحل ليس بمستحيل التطبيق ولا غريب عن الواقع القانوني بل يعتبر من الحلول المهمة التي تساهم من جهة في إحترام خصوصيات كل شرائح المجتمع بما في ذلك الأقليات الدينية والعرقية، ومن جهة أخرى فهي تثري النظام القانوني في نفس الدولة وأخيرا تعطيه نوع من الإستقرار في المجتمع والمصداقية في التطبيق (لحصوله على قبول تام من طرف الخاضعين لأحكامه).[46]

فالكثير من الدول تعمل بمبدأ "شخصية القوانين" وكثيرا ما يؤسس هذا التعدد على الخصوصية الدينية للأشخاص (بإعتبار أن الحالة الدينية تشكل في القانون إحدى العناصر المكونة للشخصية)[47] فقانون الأسرة للكثير من الدول الإسلامية والعربية يعمل بهذا المبدأ ليفسح المجال للأقليات الدينية الأخرى غير الإسلامية (الطوائف اليهودية والنصرانية على الخصوص) بتطبيق شرائعهم.

في هذا المجال نذكر على سبيل المثال ما جاء في نص المادة 1/3 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المعدل للأحوال الشخصية المصري:

"..ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين **غير المسلمين** المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر سنة 1955 **طبقا لشريعتهم** فيما لا يخالف النظام العام".

وهذا المبدأ عمل به المسلمون منذ العهد النبوي حيث لم تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين -في مجال القانون الخاص- ولكن بقيت تصرفاتهم خاضعة لأحكامهم المتميزة. فلم يفرض المسلمون مثلا لصحة زواج غير المسلمين أن تتوافر أركان العقد المنصوص عليها في الفقه الإسلامي ولم يبطلوا أو يفسخوا ما كان محرما في نظر الإسلام. لذلك قال أحدهم: "فإن أنكحة الكفار لم يتعرض لها النبي – صلى الله عليه وآله وسلم- كيف وقعت؟ وهل صادفت الشروط المعتبرة في الإسلام فتصح؟ أو لم تصادفها فتبطل؟"[48]

وقد منحت كذلك قوانين الدول المتعددة الديانات كالهند مثلا هذا الحق لجميع الأقليات الدينية ومنها المسلمة، حيث يطبق على المسلمين في مجال الأحوال الشخصية أحكام الشريعة الإسلامية (بموجب قانون فبراير1986). بعض الدول الأخرى تطبق هذا النظام كتايلاندا التي تعترف أيضا باختصاص قاضي مسلم ضمن الجهاز القضائي لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في منطقة "فاتاني" الجنوبية.[49]

ويطبق نفس النظام في الكثير من الدول الأفريقية (مثل كينيا، أوغندا، إثيوبيا، نيجيريا...) حيث توجد المحاكم الشرعية التي تتولى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المسلمين فقط.[50]

حتى بعض الدول في أوربا تطبق هذا النظام، منها اليونان التي تعترف قوانينها بالاختصاص القضائي لمفتي المسلمين بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال القانون المدني: الزواج، الطلاق، الميراث، وبعض المعاملات العقارية المتعلقة بالأوقاف مثلا...[51]

بل حتى فرنسا(!) فإنها لا تزال تعترف حاليا باختصاص القضاء الإسلامي (!) في مجال القانون المدني وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجالات قانونية واسعة جدا (منها الحدود الشرعية أي قانون العقوبات الإسلامي! – لكن غالبا مع وقف التنفيذ-) في إحدى أقاليمها ما وراء البحار (جزيرة MAYOTTE في المحيط الهندي)![52] وهذا النظام معمول به أيضا في بعض الدول من أمريكا الجنوبية مثل سورينام وغويانا وترينيداد- طوباغو التي تطبق أحكاما خاصة على المسلمين والهندوس في مجال الأحوال الشخصية (فهناك "قانون الزواج الإسلامي" و"قانون الزواج الهندوسي"...).[53]

وفي هذا المجال قد يجدر بنا التذكير بقضية " لفنسون" Levinçon الصادر فيها قرار عن المحكمة العليا الفرنسية في 1905/05/29 والمتعلقة "بالطلاق الديني". حيث تقرر في هذه القضية عدم اختصاص المحاكم الفرنسية لتطليق زوج من اليهود (الروس) لأن قانونهما الشخصي كان يتطلب تولي هذا الطلاق من طرف حاخام يهودي. فقد طرح السؤال التالي: هل تحتفظ المحاكم الفرنسية باختصاصها في القضية إذا كان القانون الشخصي للزوجين يتطلب تدخل جهات تمثل ديانة هؤلاء الأشخاص؟[54]

أو بصيغة أخرى: هل يمكن لجهة أخرى أن تختص بالقضية من غير القضاء الرسمي (لأسباب الانتماء الديني لأطراف النزاع)؟

وقد استمر الأخذ بهذا القرار من طرف محكمة العرائض (1911/07/20) وكان قبل ذلك هذا النظام مطبقا من حيث أن الطلاق الذي كان يجري على يد حاخام اليهود كان يسجل مباشرة على سجلات الحالات المدنية دون تدخل جهة أخرى قضائية أو رسمية تمثل سلطة عمومية ! وكل ذلك رغم صدور قانون 1905/12/09 الفاصل بين الدين والدولة (قانون اللائكية المشهور) وإلى حين تنبه وزير العدل

الفرنسي آنذاك إلى هذه "الحالة الغريبة" فأصدر أوامر بتاريخ 1908/04/07 يمنع فيها ذلك.[55]

وحتى فيما بعد لما تراجع القضاء الفرنسي عن حكم "لفنسون" فإن المحاكم حاولت إيجاد حل وسط بين اختصاص جهة دينية والإختصاص المطلق للمحاكم الفرنسية كالتالي:

يبقى الحاخام مختص بالنظر في الطلاق لكن ليس بإصداره لحكم بل لرأي ابتدائي يستعين به القاضي المدني الفرنسي في إصداره لحكم الطلاق. أي أن القاضي الفرنسي لا يصدر حكمه حتى تقدم الأطراف "فتوى دينية" صادرة عن حاخام يهودي.[56]

فمن جهة يحترم القضاء الفرنسي إختصاص الجهة الدينية للنظر في القضية بإصدار حكمها في شكل "رأي استدلالي"، ومن جهة أخرى يحتفظ بالإختصاص "الشكلي" أو "الإجرائي" للمحاكم الفرنسية بإصدارها "الحكم القضائي".

و قد نصت قوانين بعض الدول في أوربا على هذا الحل الوسط منها:

- القانون النمساوي، حيث تم تأكيد ذلك من طرف مجلس قضاء COLMAR بفرنسا بتاريخ 1931/05/23.

- القانون البولوني، تأكد ذلك أيضا لدى مجلس قضاء COLMAR بفرنسا بتاريخ 1927/07/19.

وأما حاليا فقد اعترفت الكثير من الدول لجهات تمثل الأقلية المسلمة فيها باختصاص لإصدار أحكام الطلاق (وعقود الزواج أيضا). نذكر منها:

- فنلندا، قبل تكوين محكمة شرعية للمسلمين (سنة 2003)، اعترفت سلطاتها للجمعيتين الإسلاميتين لمدينتي HELSINKI وTAMPERE بالاختصاص في إبرام عقود الزواج وإصدار أحكام الطلاق وتسجيلها لديها إضافة إلى تسجيل المواليد والوفيات (الخاصة بأعضاء الأقلية المسلمة في فنلندا).[57]

- بريطانيا أيضا تعترف للمحكمة الشرعية لمسجد BIRMINGHAM –الذي أسس منذ 1975– بإختصاصها في قضايا الزواج والطلاق للمسلمين.[58]

- هولندا منحت رخصا رسمية للجمعيات الإسلامية من أجل تولي عقود زواج المسلمين.[59]

- أستراليا، وافقت الحكومة سنة 2002 على اختصاص المحكمة الشرعية في SYDNEY للنظر في الأحوال الشخصية للمسلمين (وحددت بداية نشاطها بشهري فبراير-مارس 2003).[60]

- كندا وبالذات بمنطقة QUEBEC بعد إعترافها بالجالية المسلمة كجماعة دينية، أعطتها الحق في النظر في قضايا الزواج والأحوال الشخصية بصفة عامة.[61]

- ترينداد- توباغو هي الأخرى إعترفت لجمعية "أهل السنة والجماعة" (A.S.J.A) بالقضاء في أمور متعلقة بالأحوال الشخصية حسب أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية (قبل صدور قوانين خاصة).[62]

القائمة ربما تطول في إحصاء الدول التي تأخذ بهذا المبدأ العريق – و"العصري" في نفس الوقت- حسب النظام القانوني المعمول به وتبعا للمصادر المعتمدة في التشريعات الوطنية والأهم من ذلك هو الإرادة الحقيقية للدول التي تحدد مصير ومكانة هذا المبدأ وغيره في أنظمتها القانونية.

## خاتمة:

نستطيع أن نقول من خلال ما سبق أن مرونة القوانين (خاصة الأنجلوسكسونية وعلى عكس الأنظمة اللاتينية الرومانية الجامدة والتي تقدس الشكليات أكثر من روح العدالة، كالقوانين الفرنسية مثلا! ) قد ساهم أخيرا في تطوير فكرة تحريم التمييز إنطلاقا من مرحلتها الإبتدائية (أو حتى البدائية إن صح التعبير) في صورة تحريم التمييز المباشر والمقصود وهو موقف –قد- يبدو حاليا مسلم به وبديهي في الأذهان المعاصرة، بعد أن أصبحت –مبدئيا- ترفض الظلم الصريح والجور الفادح. ثم ينتبه الضمير الإنساني –المتسع الأفق- ليقوده هذا التطور تدريجيا إلى مبدأ تحريم "التمييز غير المقصود" الذي ينظر في عواقب القواعد وإلى نتائج الأحكام التي تبدو في ظاهرها مشروعة ومجردة، لكنها إذا ما أحدثت أي ضرر لشخص أو جماعة بسبب خصوصياتهم التي يتميزون بها في هذا المجتمع (دينية، عرقية، لغوية، ثقافية،...) فهي تعتبر من التصرفات التمييزية المجحفة وغير المشروعة، وذلك بغض النظر عن حسن نية فاعلها أو مدى عموم مصدرها ودون الإبقاء على أي جمود إزاء التشريعات الواضعة لها ومن دون الإستمرار في فكرة قهر ضمائر الغير وإكراه إرادة الآخرين. فلحل هذه المشكلة

يتقرر التعامل بمرونة تامة في كل الحالات بحيث يتأكد وجوب ملاءمة خصوصيات هذه الأقليات والمجموعات المختلفة، أي وجوب أخذ بعين الإعتبار وكذا قبول خصوصياتهم كمكونات مشروعة الوجود للتعايش معها في نفس المجتمع، بحيث أن هذا التطور يساهم في تعليم الأغلبية مبدأ إحترام هذه الأقليات وما تحمله من خصوصيات كما ترسخ التسامح وتنحي جانبا كل تعصب مقيت. وأخيرا ترتقي الفكرة نحو مبدأ آخر أكثر "جرأة" يتضمن وجوب إتخاذ إجراءات "منحازة" لصالح هذه الفئات -دون غيرها من فئات المجتمع الأخرى- تمنحها حقوقا خاصة "إمتيازية". هذا ما يسمى بمبدأ "التمييز الإيجابي" الذي يعمل على تشجيع وإستمرار هذه الخصوصيات وحمايتها بحيث تمنعها من الذوبان في القالب المفروض وتمكنها من إبراز إختلافها بوضوح في مجتمع يكون مبني على تعدد الثقافات الحضارية وتباين الإنتماءات الدينية وتنوع الأجناس البشرية، على أن تكون فعلا تلك هي الغاية المنشودة بإخلاص وذلك هو القصد المبتغى حقيقة.

**الهوامش**

1 أحيانا يقع ذلك أيضا على المستوى الرسمي كسياسة "التفرقة العنصرية" سابقا بجنوب إفريقيا, "التصفية العرقية والدينية" في بعض النزاعات المسلحة الحديثة, تأييد الصهيونية دوليا, تطلع الأحزاب اليمينية الأوربية إلى السلطة, معاملة الجاليات المسلمة في بعض الدول,...

2 قد يكون من الإجحاف هنا عدم الإشارة إلى المبدأ الإسلامي "لا إكراه في الدين" وما نتج عنه من مراعاة لخصوصيات غير المسلمين في عدم تطبيق كل الأحكام الشرعية عليهم, لكن الموضوع لأهميته بحاجة إلى تفصيل.

3 "التعليمة" بالنسبة لقانون المجموعة الأوربية هو نص تشريعي بمثابة "القانون" في القوانين الداخلية للدول, وتلتزم الدول الأعضاء بدمجه في تشريعاتها الوطنية.

4 CEDIEY E. Les discriminations : situation française, évolutions communautaires européennes. - premier rapport de cadrage –pour la Mission prospective et stratégie d'agglomération du Grand Lyon. juin 2002. p8.

5 Commission des Communautés Européennes. Directive du conseil (relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique) – 25/11/1999 – Com. 1999 – 056.

6 Forum Européen de la Jeunesse. Prise de position du Bureau. Politiques anti-discriminatoires de l'Union Européene et transposition des directives du Conseil en législation nationale par les Etats membres. Réunion du Bureau. 2 Novembre 2003. Bruxelles (Belgique). p5

7 Ministère de la Justice–Foreign Office. Canada 2000. «Liberté de religion-Freedom of religion» - Website : www.canada.gc.ca – update: 11/05/2001.

8 IBIDEM.

9 NIMER M. The status of muslim civil rights in the United States. Council on American Islamic Relations. Research center –Washington DC. 2001. p6

10 Exercice d'un droit politique fondamental subordonné à l'obligation de prêter serment sur les Evangiles. Journal de Droit International- Juris-classeur–.2000. 1 .P96.

11 GILBERT G. Jurisprudence of the European Court and Commission of Human Rights in 1999 and minority groups" E/CN4/SUB2/AC5/2000/CRP1- 10/04/2000 –P10

12 وكالة الأنباء الإسلامية سبتمبر 2001. موقع على شبكة الإنترنت: www. islamicnews.org

13 BURDEAU G. Les libertés publiques. 4ème éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972. p352

14 يومية الخبر. 2002/02/27. ص20.

15 لملاءمة الخصوصيات الدينية للشرطيات المسلمات -ورغم أن الشرطة تعتبر من أهم رموز الدولة-, فإن بريطانيا سمحت لهن بارتداء الخمار (بألوان الشرطة البريطانية: أسود مع مربعات بيض) مع الزي الرسمي للشرطة ! وقد سبق وأن سمحت قبل ذلك للجنود السيخ بإرتداء عمائمهم المكورة مع الزي العسكري.

Voir:DENIS J.M. Police de Grande-Bretagne, une innovation qui ne « décoiffe » pas ! Afrique Magazine. Juillet 2001. 190, p20.

16 Doc. O.N.U. E/CN/1998/6–Par. 23

17 DE VARENNES F. Minority rights and the prevention of ethnic conflicts, O.N.U. E/CN4/Sub2/AC5/2000/CRP3, 10/05/2000. p8.

18 INTERNET des Droits de l'Homme (IDH) : le système des droits humains à l'O.N.U - Bilan 1999 - Site web : www.hri.ca

19 NIMER M. The status of muslim civil Rights in the United States. Council of American Islamic Relations. Research center –Washington DC. 2001 p7.

20 جريدة العقيدة. عدد 132 الأربعاء 10\03\1993. ص8.

21 website : www.cair-net.org .

22 Council on American-Islamic Relations .C.A.I.R : A model for School District Religious Accomodation Policy – Research Center C.A.I.R Washington D.C. USA . 1999

23 C.A.I.R. :op.cit. p2

شركات الطيران الدولية تراعي أيضا هذه المحرمات الدينية (والممنوعات الصحية) في برمجة الوجبات المقدمة على متن طائراتها.

24 IBID. p4

25 IBID. p5

26 IBID. p6

27 IBID. p3

28 IBIDEM.

29 Comité des Droits de l'Homme. ONU. Observation générale n°22. Liberté de religion. Art 18, 48ème Session. 1993.
30 يعتبر بعض أحكام أهل الذمة في الشريعة الإسلامية من هذا القبيل.
31 BATIFFOL H. La Philosophie du droit. P.U.F., Paris, 2ed. 1962, P108
32 مثل مشكلة "الحجاب الإسلامي" في فرنسا و"الحجج" الواهية التي يستند إليها المعارضون !
33 CEDIEY E. op. cit. p5.
34 BOKATOLA I.O. : La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à la minorités nationales on ethnique religieuses et linguistiques Revue Générale de Droit International Public, 1993, 97, P755.
35 Revue Universelle des Droits de l'Homme, 1993, P189
36 CEDIEY E. op. cit. p5
37 Comité des Droits de l'Homme. O.N.U. Observation générale n°18. Non Discrimination. 37e session. 10/11/1989.
38 Doc. O.N.U. E/CN/1999/39 –06/01/1999 –Par. 72
39 CRAIG E. & HADDEN T. Measuring up to International benchmarks. Free Supplement to Fortnight. 384. Centre For International and Comparative Human Rights Law. BELFAST. UK. P26.
40 CSURGAI G. Proposition pour l'élaboration des régimes d'autonomie pour résoudre la question des communautés minoritaires de l'Europe centrale et Balkanique. O.N.U. E/CN4/Sub2/AC5/2000/CRP2. 31/03/2000. par.20.
41 شابري (ل) وشابري (آ). سياسة وأقليات في الشرق الأدنى–الأسباب المؤدية للانفجار, ترجمة: قرقوط (ذ), مكتبة مدبولي, القاهرة, 1991, ص420.
42 HADDEN T. & O'MAOLAIN C. Integrative Approaches to the Accommodation of Minorities –O.N.U. –E/CN4/SUB2/AC5/2001/WP6 – 25/4/2001 –p13
43 CRAIG E. & HADDEN T. The Netherlands.Free Supplement to Fortnight. 384.p16
44 جريدة "رسالة الأطلس" عدد 372 أسبوع 18- 2001/11/24– ص9
45 PIERRE-CAPS S. Peut-on parler actuellement d'un droit européen des minorités ? Annuaire Français de Droit International. 1994. XL. P95.
46 ROULAND N. Chronique d'anthropologie juridique. Le temps des minorités. Droits et Cultures. 1993. 25, p103.
47 فرج, توفيق حسن. المدخل للعلوم القانونية. الدار الجامعية. بيروت. 1988. ص624.
48 القنوجي, محمد صديق حسن خان. الروضة الندية شرح الدرر البهية. الجزأ 2. دار إبن تيمية. البليدة. ص33.
49 IINA (International Islamic News Agency) : 20/12/2001. Site web: www.islamicnews.org
50 IINA : 05/09/2001
51 Doc. O.N.U. E/CN4/1998/6- 22/01/1998 –par.141

52 voir: SERMET L. Regards sur la justice musulmane à MAYOTTE, Droits et Cultures,1991-1, pp185-201
53 Doc. O.N.U. – HRI/ CORE/1/Add.110. 24 /05/ 2000.
54 BATIFFOL H. Droit international privé. 5ème édition (avec le concours de LAGARDE P.) Tome II. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1971. p.75
55 IBID. p.76
56 IBID. p77.
57 الكتاني علي المنتصر : المسلمون في أوروباوأمريكا. الجزء I. دار إدريس. 1976. ص284.
58 وكالة الأنباء الإسلامية. 2001/10/06. موقع على شبكة الإنترنت: www.islamicnews.org
59 الكتاني. مرجع سابق. ص300.
60 وكالة الأنباء الإسلامية. 2003/03/30.
61 الكتاني. مرجع سابق. ص21.
62 نفس المرجع. ص149.