دستورية التمييز الايجابي وفقاً لدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

The constitutionality of positive discrimination According to the Constitution of the Republic of Iraq of 2005

د. محمد جبار طالب

كلية القانون – جامعة القادسية

Mohamad.jabbar@qu.edu.iq

تاريخ استلام البحث:١٠/٥/٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر:٥/١٠/٢٠٢٢

ملخص

لا شك أن مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص من المبادئ الانسانية الراسخة والتي تحرص الامم والشعوب على التمسك بها في جميع مجالات الحياة، أذ لا يقوم مجتمع بشري في ظل وجود الفوارق النابعة عن أختلاف الجنس أو اللون أو الدين أو الاصل، ويعد هذا المبدأ من أقوى المبادئ وأعمقها أثراً في المضمون لان البشر كلهم يجب أن يتساوو من حيث الاصل في تحمل التكاليف والاعباء العامة ويتمتعوا بالحقوق والحريات العامة.

بيد أن مبدأ المساواة أمام القانون قد يطرأ عليه استثناء في قوانين خاصة تعطي تمييزاً لبعض الفئات وامتيازات تختلف عن غيرهم من فئات المجتمع الاخرى لأسباب تستدعي ذلك وفق شروط وفلسفة ترد في أسبابها الموجبة للتشريع.

فالتساؤل هل أن هذا التمييز أمام القانون مخالف للدستور ويتمتع بالشرعية القانونية؟ وهل يجيزه القضاء الدستوري فيما لو تم الطعن بدستورية تلك القوانين؟ وما موقف الفقه الدستوري من هذا التمييز وهل هو تمييز أيجابي أم هو تمييز يشرخ تماسك المجتمع الواحد.

فذلك الاستثناء قد يمس مبدأ عدم التمييز بين فئات المجتمع ويعطي امتيازا لفئة على حساب أخرى في المجتمع، كالتعيين في دوائر الدولة والقبول في الدراسات العليا وتمديد الخدمة الوظيفية أو جواز ازدواج الراتب الشهري، مما يثير حفيظة الفئات غير المشمولة بتلك الامتيازات، ويجدها تجاوزاً لحقه الدستوري بضرورة ألتزام القانون بمعاملة الكل نظرة متساوية دون محاباة أحدهما على الاخر، وقد يدفعهم للتوجه للمحكمة الاتحادية العليا طعناً بعدم دستورية تلك القوانين طاعنين بتجاوزها لمبدأ المساواة أمام القانون وتكافؤ الفرص وفيها تمادي للعدالة الاجتماعية.

الكلمات المفتاحية: التمييز الإيجابي، التمييز العلاجي، العدالة الاجتماعية، المساواة الحسابية، اللامساواة الاجتماعية.

Summary

There is no doubt that the principle of equality and equal opportunities is one of the well-established human principles that nations and peoples are keen to adhere to in all areas of life, as no human society exists in the presence of differences stemming from gender, color, religion or origin, and this principle is one of the strongest and most influential principles In content, because all human beings must be equal in principle in bearing public costs and burdens and enjoy public rights and freedoms, however, the principle of equality before the law may make an exception in special laws that give discrimination to some groups and privileges that differ from other groups of society for reasons that require that according to conditions and philosophy that are contained in their reasons for legislation.

The question is, is this discrimination before the law contrary to the constitution and enjoys legal legitimacy? Does the constitutional judiciary allow it if the constitutionality of those laws is challenged? What is the position of constitutional jurisprudence on this discrimination and is it a positive discrimination or is it a discrimination that breaks the cohesion of a single society.

That exception may affect the principle of non-discrimination between groups of society and give a privilege to one group at the expense of another in society, such as appointment to state departments, admission to graduate studies, extension of job service, or the permissibility of double monthly salary, which angers groups not covered by those privileges, and finds it in violation of their constitutional right to The law's obligation to treat everyone equally without favoring one over the other, and it may push them to go to the Federal Supreme Court to challenge the unconstitutionality of those laws, arguing that they exceed the principle of equality before the law and equal opportunities, in which they persist in social justice.

المقدمـــــة

يتنـاول هـذا البحـث مفهـوم التمييـز الايجـابي بوصـفه مـن السياسـات الحديثـة التـي بـدأت الـدول الحديثـة ذات التعدديات فـي مجتمعاتها بأتباعـه، وهـو مفهوم يخرج عن مبدأ المساواة أمام القانون التي تنص الدساتير على لزومـه، أذ أن المساواة الفعلية المنصفة وتصـحيح بعـض الاوضـاع الاجتماعيـة الناجمـة عـن المساواة الصورية هي التي دعت الدول لقبوله كاستثناء على المبدأ الاصلي وهو المساواة امام القانون لتحقيق الاندماج الوطني والمحافظة على الوحدة الوطنية.

وبما أن العراق من الدول ذات التعددية القومية والدينية والمذهبية والذي تعرض لصراعات وحروب فقد شـهدت نصـوص دسـتوره النافـذ لعـام ٢٠٠٥ تطبيـق إجـراءات التمييـز الايجـابي لتمكـين بعـض الفئـات المحرومة أو التي تعرضت للظلم أو الاضطهاد للنهوض بمستواهم والتقليص من التفاوتات بين جماعاته.

هدف الدراسة: تهدف الدراسة لبيان هل لسياسة التمييز الايجابي فاعلية في تقليل التفاوت في الحقوق والحريات للفئات المستهدفة؟ وأثر هذا التمييز في تحقيق اندماج تلك الفئات وتقوية الوحدة الوطنية وتحقيق العدالة الاجتماعية، وهل أن هذا التمييز يتمتع بالمشروعية الدستورية؟

مشكلة الدراسة: تتمحور مشكلة الدراسة حول تساؤل رئيسي مفاده، ما مدى دستورية التمييز الايجابي؟ وما أساسه القانوني؟ وهل هو خرق لمبدأ المساواة أمام القانون أم هو استثناء يرد عليه؟

هيكلية الدراسة: قسمنا دراستنا للتمييز الايجابي لمبحثين تناولنا في الاول التعريف بهذا التمييز وقسمناه لمطلبين الاول كان لتحديد مفهوم التمييز الايجابي والثاني للمفهوم المتغير للتمييز الايجابي.

أما المبحث الثاني فقد تمحور حول التوجهات الدستورية من فكرة التمييز الايجابي، وقسمناه لمطالب ثلاث بحثنا في الاول توجهات الفقه الدستوري من هذا التمييز، وفي الثاني بحثنا أساسه في الدستور والقوانين العادية، أما المطلب الثالث فكان حول موقف المحكمة الاتحادية العليا من هذه الفكرة، وأنهينا الدراسة بخاتمة احتوت على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الاول

تحديد مفهوم التمييز الايجابي

مما لا شك فيه أن مبدأ المساواة يعد من أهم المبادئ التي ناضل الافراد من أجل تحقيقها على مدى الازمان، فلطالما أقاموا الثورات بسبب ذلك التمييز المجحف لصالح الحكام أو لطبقة على حساب أخرى [١].

وبما أن مبدأ المساواة متلازم مع الحقوق والحريات العامة فهذا يستدعي ألا ينفصل أحدهما عن الاخر فلا مساواة بلا تمتع الافراد بحرياتهم وحقوقهم على قدم المساواة دون تمييز بسب الجنس أو اللون أو العقيدة أو اللغة، بيد أن هذا المبدأ يتطور بتطور العصور فكل عصر قد يكون له مفهوم مختلف عن غيره لاختلاف الايديولوجيات السائدة في المجتمع [٢].

بيد أن الواقع الفعلي قد لا يسمح بتطبيق المساواة المطلقة ويظهر تمييز من نوع آخر يطلق عليه بالتمييز الايجابي الذي سنحاول التطرق له في المطلبين الآتيين: –

المطلب الاول: –معنى التمييز الايجابي

المطلب الثاني: –المفهوم المتغير للتمييز الايجابي

المطلب الاول

معنى التمييز الايجابي

لقد شهد مفهوم التمييز تطوراً قد أرتقى به من الحالة التي لا تقبل النزاع الى حالة تعطي امتيازا لفئات تفضلها على أخرى في المجتمع، بيد أن التمييز لا يكون جزافاً بل وفق شروط ومحددات تحكمه، وما تقدم بطبيعة الحال سينتج عنه مظاهر سلبية فضلاً عن الايجابيات التي استدعت اللجوء للتمييز، وعلى هذا الاساس سنقسم المطلب للفرعين الآتيين: –

الفرع الاول: –تعريف التمييز الايجابي.

الفرع الثاني: –فلسفة التمييز الايجابي.

الفرع الاول

تعريف التمييز الايجابي

سنبحث في هذا الفرع كل من تعريف التمييز الايجابي ومن ثم نتطرق لأنواعه والشروط الواجب توافرها وعلى النحو الاتي.

أولاً: التعريف الاصطلاحي للتمييز الايجابي: –

يدل مفهوم التمييز الايجابي positive discrimination لتلك الاليات التي تبلورها الدولة عبر

قواعد قانونية من أجل تغيير وضعيات اجتماعية غير متوازنة تحتاج لمساواة فعلية غير صورية ومنح بعض الاقليات بعض الفرص. (٣)

كما ذهب تعريف آخر الى أن التمييز الايجابي هي مجموعة إجراءات تسعى الدولة من خلالها لمعالجة بعض التفاوتات الاجتماعية الناجمة عن الحرمان الذي قد تتعرض له بعض الاقليات المحرومة، وتتيح لهم فرص العمل والتعلم على قدم المساواة مع الطبقات المهيمنة (٤) .

وفي التمييز الايجابي معاملة تفضيلية قد تمنح لفئات تعاني من عدم المساواة، لغرض المساهمة في الارتقاء بمشاركتهم في الحياة الاجتماعية أو السياسية، أذ تبدو هذه المعاملة على أنها تمييزاً لكنها تمييزاً غير محظور ومقبولاً لصالح تلك الاقليات ولا يتعارض مع مبدأ المساواة، وهي تطبيق للعدل التوزيعي distributive justice وليس للعدل التبادلي reciprocal justice حيث تم تعويض المساواة الحسابية Arithmetic equality بمساواة تناسبية. (٥)

بيد أننا نعتقد أن التمييز الايجابي يمكن وصفه انه جملة من التدابير ذات الطابع المؤقت هدفها تصحيح أوضاع فئات أو جماعات محددة في جانب أو أكثر من جوانب حياتهم الاجتماعية أو السياسية، واعتماد مبدأ الافضلية في التعامل معهم بناء على الجنس أو العرق أو التوظيف أو التعليم بهدف تصحيح التمييز الذي تعرضوا له مسبقاً.

وهذا التمييز الايجابي هو مفهوم جديد في الفكر القانوني والسياسي والاجتماعي الغربي حين ظهر في بدايته على شكل تدابير إيجابية positive measures لصالح المواطنين السود في الولايات المتحدة الامريكية، ثم أتسع ليشمل الاقليات الدينية والفئات الاخرى كالمعاقين والمرأة (٦)، في حين نجد أن الشريعة الاسلامية قد سبقت غيرها للأخذ بهذا التمييز في الآية القرآنية (للذكر مثل حظ الانثيين) عند توزيع التركة، التي ظن الكثير أنها تمييزاً ضد المرأة لصالح الرجل ونادت المنظمات لعدم الاخذ بها في القوانين العادية، بيد أن ظنهم ليس في محله فهي تمييز أيجابي يهدف لمراعاة التوازن في كثرة الالتزامات المالية التي تقع على الرجل في الانفاق.

ثانياً/ أنواع التمييز الايجابي وشروطه: لهذا النوع من التمييز أنواع وشروط سنوضحها بالآتي: –

١. يتنوع التمييز الايجابي لعدة أنواع أولها التمييز الداعم Supportive discrimination الذي يخصص بعض الوظائف والمقاعد الدراسية لأبناء الاقليات أو المحرومين والمتضررين، وهنالك التمييز العلاجي therapeutic distinction الذي يعوض عن التمييز الذي يقع على الاقليات من النساء أو الفقراء أو المحرومين، وهنالك التمييز التنويعي Diversity discrimination الذي ينوع في الكيان الطلابي في الجامعات حتى لا يكون حكراً لجماعات مهيمنة ثقافياً أو أجتماعياً من خلال فرض شروط أضافية على الجماعات المهيمنة لتمكين الاقليات للدراسة في هذه الجامعة أو تلك (٧).

٢. ونعتقد أن التمييز الايجابي يتوجب تحقق شروط معينة للأخذ به أهمها: –

أ. يقع في مقدمة شروط التمييز الايجابي هو التحقق من وجود أختلاف بالمعاملة بين فئات معينة عن غيرها، مما يظهر وجود الاختلاف في التعامل وهذا بحد ذاته مبرراً لمشروعية ذلك التمييز واستثناءه عن مبدأ المساواة، ووضع قواعد مختلفة تعيد التوازن بين تلك الفئات بما يحقق العدالة فيما بينهم.

ب. يشترط في ذلك التمييز الايجابي أن يكون لغاية محددة وهي المصلحة العامة دون أن يتغيا المصالح الخاصة، أو يميز بين الافراد ضمن الفئة الواحدة، وكل ذلك يقع ضمن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري الذي يبسط رقابته على المشرع بهذا الصدد للحيلولة دون توظيف ذلك التمييز الايجابي لسن قواعد قانونية تؤسس لتمييزيات غير مشروعة.

الفرع الثاني

فلسفة التمييز الايجابي

في حقيقة الامر أن العدالة القانونية legal justice تستبعد أي تمييز بين الافراد وتسعى دوماً لإرساء مبدأ المساواة أمام القانون فيما بينهم، بيد أن المساواة الفعلية actual equality للقانون تقتضي ضرورة معاملة بعض الفئات معاملة مختلفة للحصول على نتائج تعيد التوازن بين مختلف فئات المجتمع، ففكرة العدالة ليست فكرة جامدة وتحاول كسر جمود القوانين وتحريرها من الشكليات للحفاظ على تلك العدالة الفعلية.

وقد عرف مبدأ المساواة تطوراً حين أنتقل من مفهوم المساواة المجردة أمام القانون من خلال تطبيق القاعدة القانونية بصورة متساوية على كل أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، الى المساواة الفعلية التي لا تكتفي بتحقيق المساواة القانونية والتكافؤ في الفرص فقط، بل يتعداه الامر لأنشاء معاملة تمييزية تتجاوز اللامساواة الاجتماعية social inequality والسياسية والاقتصادية لصالح الفئات الضعيفة بقصد عدم أهدار حقوقها. (٨)

وذهب الفقه الى أن الاسباب الموجبة للتمييز تعود الى أن المساواة المطلقة لا تحقق العدل المنشود في كل الحالات، لان المساواة الصماء العمياء deaf equality التي لا تلتفت ولا تراعي أي تنوع أو تعددية أو أحتياج خاص بسبب الاختلافات، وتؤدي بالمحصلة الى حالات غير متناهية من الظلم الفادح، فلا ظلم أشد من المساواة بين غير المتساوين. (٩)

وحتى يمكننا التوصل لشيء من العدالة ورفع الغبن عن هذه الفئات التي تكون في حالة من الضعف، لابد من محاولة أعادة التوازن وتعويض ذلك النقص بمنحهم حقوقاً خاصة بهم دون باقي فئات المجتمع، وهي إجراءات ضرورية لمحافظتهم على خصوصيتهم وتنمية مهاراتهم وقدراتهم وأستمرار هويتهم.

وعلى هذا الاساس يمكن للمشرع أن تكون أسبابه الموجبه لتشريع هكذا نصوص قانونية مناسبة لكل فئة هو تحيز الاغلبية ضد الاقلية على مدى الزمن أو تاريخياً وبالتالي عليها تقبل أنعكاس الوضع، فضلاً عن ضرورة أحترام خصوصيات شرائح المجتمع وأقلياته الدينية أو العرقية أو التي وقعت سابقاً تحت وطأة التهميش marginalization أو الظلم، وبالتالي فأن تلك النصوص القانونية تثري النظام القانوني وتساهم في أستقرار المجتمع وشعور جميع فئاته بالعدالة والمساواة والمصداقية في تطبيقه، لحصول القبول التام من جانب الخاضعين لأحكامه.

المطلب الثاني

المفهوم المتغير للتمييز الايجابي

ينفرد التمييز الايجابي بطابعه أو مفهومه المتغير والمتحرك Relative equality فهو يأخذ بتمييز فئة على أخرى من جهة مما يعطيه صبغة تفضيلية تتعارض مع مبدأ المساواة من جهة، كما أنه يكرس المبدأ الاخير بصورته الفعلية والواقعية مما يجعله مطبقاً حقيقياً للعدالة بأبهى صوره من جهة أخرى، وعليه سنبحث في تلكم الصورتين في الفرعين الآتيين: –

الفرع الاول: –التناقض مع مبدأ المساواة أمام القانون.

الفرع الثاني: –تكريس مبدأ المساواة أمام القانون.

الفرع الاول

التناقض مع مبدأ المساواة أمام القانون

المساواة هي عدم التمييز ومعاملة كل الاشخاص الذين يقعون في أوضاع متماثلة لذات النظام ويعاملون بذات الطريقة دون تمييز بينهم، فمحدودية قدرات بعض الفئات سواء بصورة وقتية أم دائمية يجيز أمكانية معاملتهم معاملة تفضيلية لتجاوز ذلك الاختلاف. (١٠)

فالتمييز ما هو الا معاملة الأفراد الذين تتماثل مراكزهم القانونية وهم ضمن ذات الفئة بطريقة تختلف فيما بينهم. (١١)

فالتمييز الايجابي وفق هذا المفهوم يتصادم مع مبدأ المساواة الذي وضعته الدساتير ومنها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٤) منه التي نصت على أن (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي). (١٢)

بيد أن هذا التصادم هو في واقعه ظاهري لان التمييز يؤدي لألحاق الضرر بفئات معينة في حين أن التمييز الايجابي ما هو الا أسلوب استثنائي وتهذيب للمبدأ الاصل وهو مبدأ المساواة وعدم التمييز.

الفرع الثاني

تكريس مبدأ المساواة أمام القانون

بعد تطور مبدأ المساواة وأنتقاله من مفهوم المساواة القانونية المجردة الى المساواة الفعلية والتي لا تكتفي بتحقيق تلك المساواة وتكافؤ الفرص فحسب، بل تتعداها لتحقيق التكافؤ في الفرص المتعلقة بالإمكانيات الفعلية. (١٣)

وهذا لا يتحقق الا من خلال التمييز الايجابي بوصفه أجراءً أستثنائياً يحقق المساواة الفعلية وتجاوز اللامساواة الاجتماعية والاقتصادية من خلال وضع معاملة تفضيلية للفئات الضعيفة التي تعاني من الاكراه أو الحرمان كحل ضروري لتحقيق المساواة في مفهومها الفعلي والواقعي.

ومن الامثلة البارزة في التمييز الايجابي الذي يكرس المساواة الفعلية هو تمييز المرأة بوسائل تفضيلية من شأنها ضمان مشاركة سياسية أو أجتماعية أو اقتصادية، نتيجة ما وقع عليها من تمييز جنسي فرضته العادات والتقاليد التي وضعت المرأة في مرتبة ادنى من الرجل، لذلك سمي هذا التمييز أيجابياً لأثاره النافعة التي تمتعت بها المرأة بوصفها المنتفع من هذا التمييز. (١٤)

ومما تقدم نخلص الى أن التمييز الايجابي ما هو الا أجراء استثنائي على مبدأ المساواة الشكلية وتكريس للمساواة الحقيقية بهدف حماية بعض الفئات المتضررة، وتصحيح اللامساواة الموجودة فيما بينهم بشرط عدم استمرار التمييز بعد بلوغ الاهداف التي جرى التمييز لأجلها.

المبحث الثاني

التوجهات الدستورية من فكرة التمييز الايجابي

حين عملت الدول على تقليص فجوة التفاوت بين طبقات وجماعات المجتمع بشتى أنواعها لمعالجة الحرمان أو الظلم الذي يكونوا قد تعرضوا له، قامت بجملة من التدابير الواقعية التي ميزتهم أيجابياً وأعطتهم الافضلية في بعض الموضوعات، لغرض التعاطي مع واقع تلك الطبقات أو الجماعات وتكريس قيم التضامن والتسامح بينها للوصول لغاية مهمة وهي العيش المشترك والحفاظ على الوحدة الوطنية.

بيد أن ذلك التمييز الايجابي أثار نقاشاً محتدماً حول مشروعيته ومدى خرقه لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص equal opportunity المنصوص عليها في الدساتير ومنها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وما هو الأساس الدستوري لهذا التمييز وموقف القضاء الدستوري منه.

وعلى هذا الاساس سنتناول في المبحث موقف الفقه الدستوري من مشروعية هذا التمييز وهل له أساس قانوني في دستور العراق النافذ أو غيره من الدساتير المقارنة والقوانين العادية، وموقف القضاء الدستوري منه، وعلى النحو الاتي: –

المطلب الاول: –رأي الفقه الدستوري بفكرة التمييز الايجابي

المطلب الثاني: –موقف المشرع من فكرة التمييز الايجابي

المطلب الثالث: –توجهات المحكمة الاتحادية العليا من التمييز الايجابي

المطلب الاول

رأي الفقه الدستوري بفكرة التمييز الايجابي

بما أن التمييز الايجابي استثناء على مبدأ المساواة فمن الضروري أن تكون لهذه الفكرة فقه معارض ينتقد هذا التمييز، وآخر مؤيد ومناصر لها ويرون ضرورة الاخذ به، وهو ما سنبحثه في الفرعين الآتيين: –

الفرع الاول: –الرأي المعارض للتمييز الايجابي

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للتمييز الايجابي

الفرع الاول

الرأي المعارض للتمييز الايجابي

ظهر للتمييز الايجابي وجه سلبي أتخذ صوراً متعددة سنجملها في النقاط الاتية وعلى النحو الاتي: –

١. أنه تمييز يُحملّ الابناء أخطاء آبائهم بوصفهم هم من لم يساووا بين فئات المجتمع مسبقاً [١٥] .

٢. قد يفتح هذا النوع من التمييز المجال للفوضى أو الاحتجاج من قبل فئات المجتمع الاخرى، ويتحول لعامل لأثارة التوترات والعداوة بين مكونات المجتمع الاخرى من خلال النفخ على رماد الماضي ومظالم التاريخ، وبالتالي تظهر بمظهر السبب لانتفاع بعض الجماعات على حساب الجماعات المهيمنة [١٦] .

٣. أن فكرة التمييز الايجابي فكرة خطيرة وأجراء غير ديمقراطي فهو في نظام الحصص أو النسب المحددة قد يؤثر سلباً على الفئات المجتهدة ويحجبهم عن مراكزهم في الجامعات أو عند التعيين، أو يؤثر على نوعية الخدمات التي يقدمها هؤلاء على حساب المستوى الدراسي أو الخدمي وهو ذاته قد يحصل عند منح الكوتا للنساء Women's quota[١٧] .

٤. ذهب بعض الفقه الى أن التمييز الايجابي لا وجود له من الاصل وهو مجرد مصطلح أستخدم كأداة لخدمة مهام طبقة سياسية معينة[١٨] .

٥. قد يكون هذا التمييز بوصفه تعويضاً سبباً لكسل الاقليات واعتمادها على استحصال المنافع فقط دون بذل الجهود للارتقاء بالعمل المؤسساتي أو على المستوى الشخصي.

٦. يصعب مستقبلا ألغاء هذا التمييز حيث تعتبره هذه الاقليات أو الفئات حقاً مكتسباً لها، وبالتالي فأن أي أثارة لمسألة ألغائها قد تثير التوترات.

٧. تؤدي سياسة التمييز الايجابي لاصطفاف الاشخاص خلف فئته أو جماعته للاستفادة من مزاياها دون الالتفات لمفهوم المواطنة Citizenship، مما يعمق الانقسامات الاثنية ويثير التوترات أو العداء داخل المجتمع.

الفرع الثاني

الرأي المؤيد للتمييز الايجابي

رغم السلبيات التي قيلت من المعارضين للتمييز الايجابي، بيد أنه بقيّ صامداً وفارضاً وجوده كأستثناء على مبدأ المساواة، ووجد له مؤيدين يناصرونه بالحجج الاتية: –

١. يجد أنصار هذا التمييز أنه طريقة مجدية لمعالجة مشكلة وطنية، ويمثل تحالف العقلاء لتحقيق مجتمع ديمقراطي مستقر يرفع المظالم التاريخية عن الفئات المهمشة من اجل الصالح العام [١٩] .

٢. قد يتطلب واقع التمييز بين الجنسين الى وضع وسائل تفضيلية للمرأة من أجل ضمان مشاركتها فعلياً في الحياة السياسية والاقتصادية أو الاجتماعية، وهدف هذا التمييز هو تقليص ذلك التمييز الذي تعاني منه والذي قد تفرضه عوامل وعادات وموروثات ثقافية تضع المرأة في مرتبة أدنى مقارنة بالرجل، مما يجعل من هذا التمييز نافعاً بالنسبة للمنتفع منه وهي المرأة لما تشعر به عند تمتعها بحقوقها بالتساوي مع الرجل [٢٠] .

٣. يرى أنصار التمييز الايجابي أن المساواة الشكلية formal equality لا تحقق مجتمع يتمتع بالعدالة والانصاف، مما أستدعى تبني مفهوم جديد يحققها على أرض الواقع ويصحح انعدام العدالة ويحقق تكافؤ الفرص الناتج عن العوامل الدينية والثقافية والمجتمعية، مما يزيد من التضامن والانسجام الاجتماعي social harmony ويقلل من مبررات تفككه، مما يزيل تبلور الثقافات ذات الطبيعة الانفصالية [٢١] .

وبدورنا نعتقد أن التمييز الايجابي ضرورة في المجتمعات التي خرجت من الصراعات والحروب، من أجل مكافحة اللامساواة الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية وتحقيق العدالة الاجتماعية والانصاف للطبقات أو الفئات التي تلاقي اضطهاداً من الطبقة الحاكمة أو من الاغلبية.

المطلب الثاني

موقف المشرع من فكرة التمييز الايجابي

يتبنى المشرع الدستوري في الاصل مبدأ المساواة أمام القانون وتوفير فرص تكافؤ متساوية عند التعامل مع الافراد ودون تمييز، بيد أن هنالك استثناء قد يطرأ على تبني هذا المبدأ ويجعل للتمييز الايجابي موضع قدم في بعض نصوص الدستور، كما فعل المشرع الدستوري العراقي حين نص على تمييز النساء بكوتا مقاعد خاصة تميزهم عن الرجال في الانتخابات العامة لمجلس النواب، وكذلك أعطى تمييزاً لأعضاء مجلس النواب في الحصانة البرلمانية أمام الاجراءات الجزائية، وهما ما سنبحثهما في الفرعين الآتيين.

الفرع الاول: –تبني التمييز الايجابي في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

الفرع الثاني: –تبني المشرع العادي للتمييز الايجابي

الفرع الاول

تبني التمييز الإيجابي

في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على هذا النوع من التمييز الايجابي لصالح المرأة كأستثناء على مبدأ المساواة أمام القانون الوارد في المادة (١٤) والمادة (١٦)، أذ نصت المادة (٤٩ / رابعاً) على أن (يستهدف قانون الانتخابات تحقيق نسبة تمثيل للنساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب).

ومن النص الدستوري يتضح أن الدستور العراقي قد وجد أساساً دستورياً للتمييز الايجابي لصالح المرأة في الانتخابات العامة لأعضاء مجلس النواب، وقد حدد لها نسبة تمثيل لا تقل عن ربع عدد أعضاء المجلس المنتخب، وبالتالي فأن هذا التمييز أصبح مشروعاً ولا يمكن الطعن به أمام المحكمة الاتحادية العليا لمخالفته

المبدأ العام وهو مبدأ المساواة أمام القانون وتكافؤ الفرص الوارد في المواد المشار لها أعلاه.

وتطبيقاً لما ورد في الدستور صدر قانون انتخابات مجلس النواب رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ لينص في المادة (١٦) على أن تكون نسبة تمثيل النساء بما لا يقل عن ٢٥ % من عدد اعضاء مجلس النواب. (٢٢)

وقد شاع نظام كوتا النساء لا سيما بعد عقد أتفاقية سيداو عام ١٩٧٩ التي وقعت عليها ١٧٠ دولة بما فيها دول عربية بهدف أحداث تغيير أيجابي في أوضاع المرأة في المجال السياسي، أذ ورد في الاتفاقية على أن يتم التغيير من خلال أعادة صياغة الدساتير وتعديل القانون الانتخابي وتحديد كوتا بنسب محددة للنساء. (٢٣)

وقد ذهب رأي الى أن هذا التمييز الايجابي لصالح المرأة بوصفه استثناء يجب أن يتسم بطابع وقتي time stamp، ويتم أيقاف العمل به بمجرد زوال الاسباب الموجبة له وترك المجال لتطبيق القواعد العادية التي تحقق المساواة بين الجنسين. (٢٤)

وبدورنا نذهب الى ما ذهب اليه الرأي اعلاه لان التمييز الايجابي لصالح المرأة ما هو الا استثناء من الاصل وهو المساواة امام القانون، وبالتالي فلا يجوز التوسع فيه أو التمادي في تطبيقه أو تنفيذه وهذا يتطلب تحديد مدة لتطبيقه ونسبة محددة لتلك الكوتا، أذ يعد نظام الكوتا وسيلة تسمح الدولة بمقتضاها بوضع النساء وبنسب محددة في وظائف تشريعية أو تنفيذية لتصحيح المساواة الواقعية real equality بينها وبين الرجل على مستوى المشاركة السياسية، وهذا التمييز جاء نتيجة لعدم مقدرة المرأة من ممارسة حقها في المشاركة السياسية على الصعيد القانوني نتيجة لاصطدامه بالنظرة الواقعية لها والتي تضعها في بعض المجتمعات ولاعتبارات ثقافية أو عقائدية بمستوى أدنى من الرجل .

وبالعودة لدستور العراق لسنة ٢٠٠٥ نجده في المادة (٤٩ / رابعاً) سالفة الذكر قد حدد نسبة التمثيل المحجوزة للنساء بما لا يقل عن الربع دون تحديد مدة معينة كأن تكون عشرون عاماً أو دورات انتخابية معينة كأربع دورات على سبيل المثال، وهذا يجعل من التمييز مستمراً الى ما لانهاية ونعتقد أن استمرارية ذلك التمييز لا مبرر له بعد ترسخ فكرة معاملة النساء بالتساوي مع الرجال، واللزوم هو أنهاء العمل بذلك التمييز بمجرد بلوغ الهدف المنشود وهو الوصول للمساواة الفعلية بين الجنسين.

الفرع الثاني

تبني المشرع العادي للتمييز الايجابي

قد يتبنى المشرع العادي التمييز الايجابي في قوانين خاصة يشرعها تنفيذا لنصوص دستورية أسست لمشروعيته في النظام القانوني، وفي العراق وكما أسلفنا تبنى الدستور هذا النوع من التمييز وبالتالي أصبح حجر أساس لقوانين شرعها مجلس النواب نصت على تمييز فئات معينة من بعض القوانين استثناءً من مبدأ المساواة أمام القانون وتكافؤ الفرص.

ومن الفئات التي تبنى المشرع فيها هذا النوع من التمييز هي فئة ذوي الشهداء الذين أعطى القانون لهم امتيازات محددة، وجاءت تلك الفكرة نتيجة لمرور العراق بصراعات وحروب عديدة لحقهم بسببها ضرر بفئات كبيرة من المجتمع العراقي، وبات من اللازم وضع اجراءات ونصوص تعالج أوضاعهم الاجتماعية وتنصفهم وتعيد لهم المساواة الفعلية مع أقرانهم من الافراد أمام القانون.

وعلى هذا الاساس نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بأحكامه الانتقالية في المادة (١٣٢) على أن (أولاً: تكفل الدولة رعاية ذوي الشهداء والسجناء السياسيين والمتضررين من الممارسات التعسفية للنظام الدكتاتوري المباد.

ثانياً: تكفل الدولة تعويض اسر الشهداء والمصابين نتيجة الاعمال الارهابية.

ثالثاً: ينظم ما ورد في البندين " اولا " و" ثانيا " من هذه المادة بقانون).

وبالفعل صدر قانون مؤسسة الشهداء رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ ومن بعده قانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ وشمل فئات كثيرة فيه لا نريد الخوض بتفاصيلها بقدر ما نحاول التطرق للتمييز الايجابي الذي مُنح لها قدر تعلق الامر بالبحث.

أذ منح المشرع ذوي الشهداء نسبة معينة في التعيين بوزارات الدولة بنسبة لا تقل عن (١٥ %) استناداً للمادة (١٧/ خامساً) من القانون اعلاه، كذلك أعطى تلك الفئات بتغيير عناوينهم الوظيفية في حال حصولهم على شهادة أعلى اثناء التوظيف، كما لهم الحق بتمديد خدمتهم الوظيفية وسن التقاعد لحين بلوغ (٦٨) سنة من العمر استناداً للمادة (٢٠/ سادساً)، فضلا عن الامتياز الممنوح لذوي الشهيد في القبول بالجامعات سواء في الدراسات الاولية أو الدراسات العليا حين تم تخصيص قناة خاصة لقبولهم في تلك الدراسة.

ومما تقدم نخلص الى أن المشرع الدستوري والعادي يسعيان لمعالجة الوضع العام لذوي الشهداء وتعويضهم مادياً ومعنوياً بما يتناسب وحجم التضحيات التي قدمها الشهداء والمعاناة التي لقيها ذويهم بعد استشهادهم، وعلى مؤسسة الشهداء تقديم الرعاية لهم وتنفيذ الامتيازات الممنوحة لهم وتقديم التسهيلات والمساعدات التي تمكنهم من تحقيق الرفاه الاقتصادي والاجتماعي والقانونية لهم ولعوائلهم.

ومما لا شك أن كل ذلك التمييز والاستثناء الوارد على مساواتهم مع الاخرين انما كان بسبب سقوط حقوقهم نتيجة سلوك الحكومات السابقة وألحاق الضرر بعوائلهم الذين تحملوا مصاعب كثيرة، ولإيفاء جزء مما قدموا تم تمييزهم لهذه الاسباب.

المطلب الثالث

توجهات المحكمة الاتحادية العليا من التمييز الايجابي

كان للمحكمة الاتحادية العليا موقف واضح وصريح بشأن التمييز الذي ورد في الدستور والقانون العادي في بعض أحكامها التي صدرت عنها والتي تتعلق بالموضوعات التي بحثناها في المطلب السابق كمثال على تبني المشرع الدستوري والعادي لفكرة التمييز الايجابي وهي كوتا النساء والتمييز لصالح فئة ذوي الشهداء وعلى النحو الاتي: –

الفرع الاول: –موقف المحكمة الاتحادية العليا من كوتا النساء

الفرع الثاني: –موقف المحكمة الاتحادية العليا من امتيازات ذوي الشهداء

الفرع الاول

موقف المحكمة الاتحادية العليا من كوتا النساء

بسطت المحكمة الاتحادية العليا رقابتها على كوتا النساء وحقها في الترشيح أضافة لحقها كمرشحة بالمساواة مع الرجل، ففي حكم لها بالعدد ٨/ اتحادية/ ٢٠١٩ في ٢٦/ ٢٠١٩/٨ألغت قراراً لمجلس النواب بعدم صحة عضوية النائبة المعترض على صحة عضويتها، لأن الدستور والقانون لا يمنعان من فوز أمراتين في قائمة من القوائم وبنفس الوقت أحداهما عن طريق تأمين حصة النساء في الكوتا بوصفه أمتيازاً ، من دون المساس بالمركز القانوني للمرأة النائبة الاخرى ومساواتها مع النائب الرجل فلهما نفس الحقوق والإمتيازات استنادا للمادة (١٤) من الدستور[٢٥] .

بيد انها من جهة أخرى في حكم تحمد عليه نجده لأنه يحقق المساواة والعدالة ، ردّت طعناً لمدعية تطعن بنظام توزيع المقاعد رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ بحكمها ١٢٠ / اتحادية / ٢٠٢٠ في ٢٠ / ١ / ٢٠٢٠ لمطالبتها أبقاء سقف مقاعد النساء مفتوحاً في حال فوزهن رغم أكتمال الكوتا، أذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا الى أن كوتا النساء جاءت أستثناءً من مبدأ المساواة وأن الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه ويقدر بقدره، وأن أحلال أمرأه لم تفز بالأصوات المطلوبة يعني تنحية رجل فاز بأكثر من أصوات المرأة التي يراد احلالها محله، ويؤدي للتضحية بأصوات الناخبين الذين أعطوا أصواتهم لرجل وبأعداد تفوق ما حصلت عليه المرأة التي تريد أن تحل محله بموجب كوتا النساء [٢٦] .

ومما تقدم نجد المحكمة الاتحادية العليا في رقابتها تنظر بتقيد العمل القانوني بالدستور شكلاً وموضوعاً وتحكم بعدم دستوريته أذا كان مخالفاً له، وهذا التقيد لا شك أنه سيعزز سيادة الدستور supremacy of the constitution ولامحيص عن ذلك لأنه يُجذرّ لمفهوم الدولة القانونية، مما يدفع بأتجاه المزيد من الحماية للحقوق والحريات وأحترام القواعد الدنيا للقواعد الاعلى الآمرة Imperative rules والمتجسدة في نصوص الدستور.

الفرع الثاني

موقف المحكمة الاتحادية العليا

من امتيازات ذوي الشهداء

في توجه واضح للمحكمة الاتحادية العليا بحكمها ١٥٤ اتحادية ٢٠١٨ في ٩ / ١٠ / ٢٠١٨ أكدت فيه حين تم الطعن بالمادة (١٧ / سابعا) من قانون مؤسسة الشهداء رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ بأن المساواة المقصودة في المادة (١٤) من الدستور نسبية وليست مطلقة، أذ تكون المساواة ضمن الفئة الواحدة ووفقاً للضوابط التي أوردتها هذه المادة قياساً للفئات الأخرى فيما إذا كانت فئة تتميز بما لا تتميز به فئة أخرى ، كما هو حال فئة ذوي الشهداء من الطلبة وغيرهم الذين ميزتهم المادة (١٧ / سابعا) من قانون مؤسسة الشهداء رقم ٢ لسنة ٢٠١٦ عند التنافس على المقاعد الدراسية، أذ تمييز هذه الفئة بميزة كان ثمنها دم الشهيد من ذويهم الذي قدمه فداء للوطن ولحمايته وما نتج عن الاستشهاد من حرمان أسري وعاطفي واقتصادي عند ذويه، وبهذه المسلمة لا يمكن مساواة الطلبة مع غيرهم عند التنافس وهذا التمييز لا يخالف الدستور وجاء خياراً تشريعياً وفق المادة (٦١ / أولا) منه [٢٧] .

ومن الحكم أعلاه يتضح أن المحكمة الاتحادية العليا تتبنى المساواة النسبية لا المطلقة Relative equality، وهي ميزة يجريها المشرع كخيار تشريعي وسلطة تقديرية له للتفرقة في المعاملة بين الاشخاص من ذات الفئة الواحدة، وأعطائهم ميزة قانونية بهدف تعويضهم عن الحرمان الذي تعرضوا له قبل تدخله، أذ ليس من اللازم أن تطبق القاعدة التي تقرر المساواة على كل أفراد المجتمع بل يكفي أن تطبق على من تتوافر فيهم الشروط التي حددها القانون وأن تكون قاعدة عامة ومجردة وأياً كان عدد الأفراد الذين يخضعون لها، فالفئات فيما بينها لا يعني أن تعامل معاملة قانونية متساوية إذا كان بينها تباين واختلاف، فالتمييز بين الفئات والقائم على أسس موضوعية لا ينطوي على مخالفة الدستور.

نخلص مما تقدم أن موقف المحكمة الاتحادية العليا واضح وجلي بمساندتها لفكرة التمييز الايجابي بوصفه استثناء على مبدأ المساواة وفق شروط ومحددات بينتها في أحكامها سالفة الذكر.

الخاتمـــة

في نهاية بحثنا لا يسعنا الا أن نوضح بعض ما توصلنا أليه من نتائج وتوصيات وعلى النحو الاتي.

أولاً: النتائج

١. التمييز الايجابي ما هو الا جملة من التدابير ذات الطابع المؤقت هدفها تصحيح أوضاع فئات أو جماعات محددة في جانب أو أكثر من جوانب حياتهم الاجتماعية أو السياسية، واعتماد مبدأ الافضلية في التعامل معهم بناء على الجنس أو العرق أو التوظيف أو التعليم بهدف تصحيح التمييز الذي تعرضوا له مسبقاً.

٢. يتفرع التمييز الايجابي لعدة أنواع فمنها التمييز الداعم الذي يخصص بعض الوظائف والمقاعد الدراسية لأبناء الاقليات أو المحرومين والمتضررين، وهنالك التمييز العلاجي الذي يعوض عن التمييز الذي يقع على الاقليات من النساء أو الفقراء أو المحرومين، وهنالك التمييز التنويعي الذي ينوع في الكيان الطلابي في الجامعات.

٣. الاسباب الموجبة للتمييز تعود الى أن المساواة المطلقة لا تحقق العدل المنشود في كل الحالات، لان المساواة الصماء العمياء التي لا تلتفت ولا تراعي أي تنوع أو تعددية أو أحتياج خاص بسبب الاختلافات، وتؤدي بالمحصلة الى حالات غير متناهية من الظلم الفادح، فلا ظلم أشد من المساواة بين غير المتساوين.

٤. للتمييز الايجابي سلبيات جعلت من معارضيه يمانعون الاخذ به والسير بمبدأ المساواة دون أستثناء، وهنالك إيجابيات جعلت من مناصريه يعتقدون بضرورة الاخذ به رغم سلبياته.

٥. لفكرة التمييز الايجابي مفهوم متغير، فهي من جانب تتخذ صورة الخروج عن مبدأ المساواة أمام القانون وتستثني أفراداً عن غيرهم، وبذات الوقت تجسد العدالة الاجتماعية والمساواة بين فئات المجتمع الاخرى دون تمييز.

٦. أختلف الفقه القانوني والباحثين بين رافض لفكرة التمييز الايجابي بوصفها خرقاً لمبدأ المساواة، في حين أيد تلك الفكرة أخرين بوصفها تجسيداً للعدالة الاجتماعية.

٧. المشرع الدستوري العراقي أخذ بالتمييز الايجابي ونص عليه في كوتا النساء النيابية كأبرز مثال على ذلك الاستثناء.

٨. تؤيد المحكمة الاتحادية العليا كوتا النساء كاستثناء ورد كتمييز لها في الانتخابات التشريعية العامة.

٩. تؤيد المحكمة الاتحادية العليا النصوص الواردة لتمييز فئة ذوي الشهداء عن غيرهم من الفئات ووصفتها بالدستورية، وذهبت الى أن المساواة هي نسبية لا مطلقة والتنافس يكون بين أفراد الفئة الواحدة ولا ينصرف للفئات الاخرى.

ثانياً: التوصيات

١. نشد على ساعد المشرع الدستوري بتنظيم أوضاع الفئات المستضعفة أو المهمشة وأعطاء كل ذي حق حقه بالنص على ذلك في الدستور أو القوانين العادية

٢. بيد أننا ندعو المشرع الى تحديد مدة معينة لترتيب تلك الاوضاع الانتقالية والتي قد يطول أمدها ويذهب جيل المتضررين ويأتي غيرهم ممن لم يتضرر من سياسات سابقة وبالتالي تشعر الفئات الاخرى بتمييزها عنهم.

٣. ندعو المشرع العراقي بتشديد شروط امتيازات القبول في الدراسات العليا لذوي الشهيد لان مسألة التعليم العالي لها ارتباط وثيق بمستقبل البلد، من غير ألغاء امتياز قناة قبولهم ومنافستهم فيما بينهم.

الهوامش

([1]) Georges Ripert , Le regime democratique et droit civil moderene , L.G.D.J , Paris , 1948 , P 83

([٢]) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠، ص ١١٣

([٣]) جون رولز، العدالة كأنصاف، ترجمة حيدر حاج أسماعيل، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٧، كذلك لطفي طرشون، التمييز الايجابي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة سوسة – تونس، ٢٠١٣، ص٥.

([٤]) حسام الدين علي المجيد، التفضيل الايجابي مدخل لمعالجة الاندماج في الولايات المتحدة الامريكية، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.reasearchgate.net تاريخ الزيارة ١/ ٢٠٢٢/٨.

([٥]) د. لعقابي سميحة، مبدأ لتمييز الايجابي لصالح المرأة كأجراء استثنائي لتفعيل حقوقها، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد ٩، ٢٠١٨، الجزائر، ص١٩٠.

([٦]) قاسم أحمد قاسم، حقوق المرأة بين التمييز الايجابي والمساواة، دراسة مقارنة بين القانون الدولي والشريعة الاسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، مجلد ٨، العدد الاول، ٢٠١٦، ص٩٥

([٧]) كيت ناش، السوسيولوجيا المعاصرة، العولمة والسياسة والسلطة، ترجمة حيدر حاج اسماعيل، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، ٢٠١٣، ص ٣٣٥ –٣٣٧.

([٨]) د. لعقابي سميحة، المصدر السابق، ص١٨٤.

([٩]) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص٦٢٤.

([10]) Fardeau M, (concilier non-discrimination et compensation , non-discrimination et discrimination postive) , paris , 2003 , p 52

([١١]) د. لعقابي سميحة، المصدر السابق، ص ١٨٢

([١٢]) دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠١٢

([١٣]) د. محمد السيد الدماصي، الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي، حق المساواة في الوظائف العامة، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية، مصر، العدد ٢، ١٩٨٣، ص ٩٦

([١٤]) د. لعقابي سميحة، المصدر السابق، ص ١٨٤

([١٥]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([١٦]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([١٧]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([١٨]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([١٩]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([٢٠]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([٢١]) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

([٢٢]) لمزيد من التفصيل حول كوتا النساء أنظر المادة (١٦) ببنودها التسعة من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٦٠٣، العدد منشور في موقع وزارة العدل العراقية الاتي www.moj.gov.iq تاريخ الزيارة ٢ / ٨ / ٢٠٢٢.

(٢٣) د. حسام الدين علي مجيد، سياسة التمييز الايجابي والكوتا النيابية، مركز المسبار للدراسات والبحوث، دبي، ٢٠١٥، ص ١٢ – ١٣.

(٢٤) د. لعقابي سميحة، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٢٥) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

(٢٦) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١

(٢٧) عادل عمر، المصدر السابق، ص ٦٩١