

مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها

د.لعقابي سميحة.

أستاذة محاضرة قسم -ب- بكلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم الحقوق، جامعة سطيف 02.

slakabi@yahoo.fr

الملخص:

يعتبر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة استثناء على مبدأ المساواة أمام القانون بينها وبين الرجل، هدفه ترقية حقوقها في الواقع، من خلال تكريس المساواة الفعلية بينهما. وقد كرس المشرع هذا الإجراء وأعمله في مجالين أساسيين هما ترقية مشاركتها في المجالس المنتخبة وحمايتها في سوق العمل.

ولضمان مشروعية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وعدم خروجه عن هدفه، فقد أحيط بشروط صارمة تتعلق سواء بمضمونه وهدفه أو بمدته، كما أخضعه القضاء الدستوري لرقابة مشددة تستهدف التثبت من عدم وجود تمييز تعسفي، وفي مرحلة ثانية التحقق من مدى توافر الشروط المبررة لإعماله.

الكلمات المفتاحية: مبدأ المساواة، المساواة القانونية، المساواة الفعلية، التمييز الإيجابي، حقوق المرأة.

Résumé:

La discrimination positive en faveur de la femme est une exception sur le principe d'égalité devant la loi, visant la promotion réelle de leurs droits par la consécration de l'égalité effective entre elle et l'homme. Le législateur algérien a adopté cette procédure dérogatoire dans deux principaux domaines, le premier concerne la promotion de la participation de la femme dans les conseils élus, et le deuxième concerne sa protection dans le marché d'emploi.

Pour assurer la légalité de ce principe, il était entouré par des conditions rigoureuses relatives soit à son contenu et son objectif, soit à sa durée. Il soumet également au contrôle de jurisprudence constitutionnelle qui vise d'abord d'assurer que la discrimination ne soit pas arbitraire et que les conditions de cette procédure soient remplies en suite.

Les mots clés : Le principe d'égalité, l'égalité juridique, l'égalité effective, la discrimination positive, les droits de la femme.

مقدمة

يعتبر مبدأ المساواة أمام القانون من أهم المبادئ التي رسخت في أواخر هذا القرن على المستوى العالمي، وهو يعني في عمومته عدم مشروعية التمييز بين الأشخاص أيًا كان مصدره الدين أو العرق أو الجنس أو التفاوت الطبقي أو الاجتماعي، ورغم التكريس القانوني لهذا المبدأ في المواثيق الدولية والداخلية، إلا أن التجسيد الواقعي له لاقى العديد من الصعوبات والإكراهات نتج عنها حرمان بعض الفئات في المجتمع من بعض حقوقها أو الانتقاص منها.

ويمثل موضوع حقوق المرأة أهم إسقاط لهذا التشوه الواقعي الذي يعترى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بالحقوق والحريات، حيث ثبت أن عدم المساواة بين الجنسين ما تزال هي السمة الغالبة في العالم اليوم، إذ تشير معظم الدراسات التي تتناول الحقوق الدستورية للمرأة إلى أن قدرة النساء في الحصول على حقوقهن الدستورية والوصول إلى مواقع صنع القرار بما يتناسب مع وزنهن ودورهن كنصف المجتمع، ما تزال أقل بكثير من الرجال.

ومن هنا، مثل السعي لدعم وترقية حقوق المرأة جانبا مهما من جوانب الاهتمام الدولي والداخلي بقضية المرأة، ولعل هذا السعي لا يمكن أن يستقيم إلا إذا وجد سندا له في القانون، لذلك ظهر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي يمكن الارتكاز عليه لتفعيل وترقية حقوقها في الواقع.

إنّ الهدف من إرساء مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة هو إنشاء اللامساواة لتكريس المساواة الفعلية بينها وبين الرجل، وذلك من خلال منحها معاملة تفضيلية تسمح بتصحيح المساواة المفقودة أو المنقوصة بينهما. وعليه تكمن إشكالية هذه الدراسة في معرفة مدى كفاية الضوابط المتعلقة بمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة في جعله تكريسا لمبدأ المساواة لا خرقا له؟.

لمعالجة هذه الإشكالية، نقوم بدراسة الموضوع وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: ماهية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة.

المطلب الثاني: شروط مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وتطبيقاته.

المطلب الثالث: الرقابة على دستورية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة.

المطلب الأول: ماهية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

إذا كان مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة يعني في عمومها معاملة تفضيلية بغرض تعزيز وترقية بعض حقوقها، فإنه لا يتسم بالبساطة والوضوح، مما يفرض علينا تأصيله، من خلال التطرق إلى صعوبة تحديد المفهوم في فرع أول ومصادره في فرع ثان.

1 الفرع الأول: صعوبة تحديد مفهوم التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يمتاز مفهوم مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة بعدم التحديد الواضح والدقيق، ومرد ذلك إلى عدة أسباب جعلت منه مفهوما متحركاً ومزدوجاً (أولاً)، غير أن هذا الإبهام والتعقيد لم يمنع من وجود محاولات لرسم معالم هذا المفهوم (ثانياً).

أولاً: أسباب صعوبة تحديد مفهوم التمييز الإيجابي لصالح المرأة

ترتد أسباب صعوبة وضع مفهوم واضح ودقيق لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة إلى عاملين أساسيين، أولهما طابعه المتحرك (1) وثانيتها طابعه المزدوج (2).

1- الطابع المتحرك لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يتميز مبدأ التمييز الإيجابي بطابعه المتحرك أو الديناميكي، وذلك بسبب اقترابه من بعض المفاهيم المجاورة له، حيث يتقابل مع مبدأ عدم التمييز (أ) من جهة، كما أنه يكرس مبدأ المساواة في مقارنته الفعلية من جهة ثانية (ب).

أ- تقابل مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة مع مبدأ عدم التمييز

إن ما يجعل من مفهوم التمييز الإيجابي مفهوماً متحركاً هو تقابله مع مبدأ عدم التمييز الذي يعتبر النتيجة الطبيعية لمبدأ المساواة. ولفهم مبدأ عدم التمييز لابد من فهم التمييز الذي يفيد معاملة أفراد أو مجموعات بطريقة مختلفة. ومن ثم فإن عدم التمييز يعني عدم التفرقة في المعاملة بين أشخاص تماثل مراكزهم القانونية أو متواجدين في نفس الوضعية. فهو إذن يعني التقليل من اللامساواة لبلوغ المساواة.

وقد أقر المؤسس الدستوري في الجزائر مبدأ عدم التمييز في المادة 32 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري¹، بنصها على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

¹ - ج.ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016.

وقد تطور مفهوم ونطاق مبدأ عدم التمييز، حيث حمل مضمونا ايجابيا مؤداه أن كل الأشخاص المتواجدين في وضعيات متماثلة يخضعون لنفس النظام ويعاملون بنفس الطريقة دون تمييز إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهكذا أصبح هذا المبدأ يفيد رفض كل موقف وكل عمل تمييزي مع مراعاة الاختلاف في الوضعيات وكذلك إمكانية المعاملة التفضيلية بالنسبة للفئات التي تعاني من التمييز والأحكام المسبقة نتيجة محدودية قدراتها سواء كان ذلك بصفة دائمة أو بصفة وقتية، ولتجاوز هذه النقائص، يقع اللجوء إلى المعاملة التفضيلية لتعويض هذه الفئات حتى لا تجد نفسها في وضعية إقصائية¹.

وعليه، فإنه على مستوى التطبيق، يصعب وضع حدود فاصلة بين مفهومي عدم التمييز والتمييز الإيجابي، كما أن التصادم الذي يبدو بينهما هو في الواقع ظاهريا فقط لأن عدم التمييز لا يمكن تحقيقه في الواقع أحيانا إلا من خلال تكريس مبدأ التمييز الإيجابي، ذلك أن حظر التمييز يجب ألا يؤدي إلى إلحاق الضرر بفئات معينة، وهو أمر لا يمكن تحقيقه إلا من خلال تكريس مزايا تفضيلية لهذه الفئات تحت عنوان التمييز الإيجابي، وبمعنى آخر يظهر مبدأ التمييز الإيجابي بمثابة إجراء استثنائي لتهذيب مبدأ عدم التمييز، ومن ثم يبدو المفهومين متكاملين ولا يمس أحدهما بمشروعية وجود الآخر.

ب- تكريس مبدأ التمييز الإيجابي لمبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة مبدأ قانونيا عاما، وهو يعني في معناه الإيجابي أن يطبق القانون دون تمييز بين طائفة وأخرى سواء بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو المركز الاجتماعي². كما يعني أنه من حق كل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القواعد القانونية المقررة أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد في حالة توفر هذه الشروط³. أما في معناه السلبي فيقصد به عدم التمييز في المعاملة بين من تتماثل مراكزهم القانونية.

وقد عرف مبدأ المساواة تطورا، حيث انتقل مفهومه من المساواة أمام القانون والتي تفترض أن تتحقق المساواة بتطبيق القاعدة القانونية على كل أصحاب المراكز القانونية المتماثلة⁴ إلى المساواة الفعلية أو المساواة بالقانون والتي يقصد بها عدم الاكتفاء بتحقيق المساواة القانونية أي التكافؤ في الفرص والإمكانات القانونية فقط، ولكن التكافؤ في الفرص والإمكانات المادية أو الفعلية. ومن هنا يظهر دور مبدأ التمييز الإيجابي في كونه

¹ - Fardeau (M), « concilier non discrimination et compensation, non discrimination et discrimination positive », problèmes politiques et sociaux, n° 892, 2003, p 52.

² - خالد مصطفى فهبي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، -دراسة مقارنة-، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص11.

³ - محمد السيد الدماصي، "الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي-حق المساواة في شغل الوظائف العامة"-، مجلة العلوم الإدارية، مصر، العدد 2، 1973، ص96

⁴ - عمار بن عاشور، القانون الإداري، الطبعة 3، مركز البحث والنشر الجامعي، تونس، 2006، ص310.

إجراء استثنائياً لتحقيق المساواة الفعلية أي المساواة القائمة على تجاوز اللامساواة الاجتماعية والاقتصادية من خلال خلق معاملات تمييزية لصالح الفئات الضعيفة التي تعاني من هذه الإكراهات الاجتماعية أو الاقتصادية حتى لا يتم إهدار حقوقها.

وعليه، فإن الصدام الذي يبدو بين مبدئي المساواة والتمييز الإيجابي هو في الحقيقة ظاهري فقط، لأنهما متكاملان ومتصالحان، حيث يظهر مبدأ التمييز الإيجابي في بعض الحالات حلاً ضرورياً لتحقيق المساواة في مفهومها الفعلي الواقعي، وبعبارة أخرى تؤدي المساواة المطلقة إلى اللامساواة، بينما تؤدي اللامساواة الإيجابية المبررة إلى المساواة.

2- الطابع المزدوج لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

إذا كان مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة يعني منحها وسائل تفضيلية بغرض تعويض أو تصحيح اللامساواة الفعلية بينها وبين الرجل، فإنه ذو وجهين، من حيث أنه إيجابي لمن ينتفع به أي للمرأة وسلي لمن لا ينتفع به أي الرجل.

أ- إيجابية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح للمرأة

اقتضى التمييز الواقعي بين الجنسين في التمتع بالحقوق وممارستها إلى إثارة المرأة بوسائل تفضيلية من شأنها ضمان مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية. لذلك وصف هذا التمييز بأنه إيجابي، أي تمييز موضوعه منح امتيازات لصالح المرأة بغرض التقليل من التمييز الجنسي الذي تعاني منه والذي فرضته بعض العوامل الثقافية والاجتماعية كالعادات والتقاليد والموروث الثقافي الذي يضع المرأة في مرتبة دونية مقارنة بالرجل. وعليه، فإن وصف هذا التمييز بالإيجابية، قد استند إلى آثاره النافعة بالنسبة للمنتفع به وهو المرأة، حيث تجد نفسها متمتعاً ببعض الحقوق غير المعترف بها بالنسبة للرجل.

ب- سلبية مبدأ التمييز الإيجابي بالنسبة للرجل

إن مبدأ التمييز الإيجابي الذي يعطي للمرأة معاملة تفضيلية فيما يتعلق بالتمتع بالحقوق والحريات أو ممارستها، هو تمييز سلبي بالنسبة للرجل، لأنه يجد نفسه محروماً من بعض الحقوق المعترف بها للمرأة، ومن ثم فإن له أن يحتج بمبدأ المساواة الذي يمنع التمييز القائم على أساس الجنس ويثير عدم مشروعية مثل هذا التمييز. إن الطابع المزدوج لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة قد أضفى ضبابية وغموضاً على مفهومه، كما أثار التساؤلات حول مدى مشروعيته.

ثانيا: محاولات تحديد مفهوم مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

لم يعرف المشرع الجزائري مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وهو أمر طبيعي، لأنه ليس من مهامه صياغة التعريف، بل هو أمر منوط بالفقه والقضاء بحكم دورهما التأصيلي والتنظيري لما ينظمه المشرع.

وبالرجوع إلى الفقه، نجده قد لاقى صعوبة في تعريف مبدأ التمييز الإيجابي بسبب طابعه المركب، حيث تختلط فيه الاعتبارات القانونية، الاعتبارات الفلسفية، والسياسية والاجتماعية من جهة، وبسبب الدلالات اللغوية المتناقضة للمصطلحات التي يتركب منها من جهة ثانية، ذلك أن الجمع بين لفظين متناقضين داخل نفس المصطلح يجعله متضاربا¹، فالقول بأن تمييزا ما إيجابي يحمل في دلالته تناقضا لأن كل تمييز هو بالضرورة سلبي.

وقد عرف الأستاذ Soucramanien التمييز الإيجابي بأنه: " اختلاف قانوني في المعاملة أنشأ بصفة وقتية، والذي تؤكد السلطة التشريعية بصفة صريحة أن الهدف منه هو تفضيل فئة معينة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين على حساب فئة أخرى بهدف التقليل من اللامساواة الفعلية الموجودة بصفة مسبقة بينهما"².

أما الأستاذ Deshavanne، فقد عرف المبدأ بأنه: "أسلوب يتمثل في إرساء اللامساواة الشكلية بتمكين أفراد معينين من معاملة تفضيلية وذلك من أجل بلوغ المساواة الحقيقية"³.

كما عرّفه البعض الآخر بأنه التمييز القائم على اتخاذ تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد منها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية لتضمن لهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم إدامة قيام حقوق منفصلة، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها⁴.

من هذه التعريفات يتضح أنه، يوجد اتفاق على أن التمييز الإيجابي هو إجراء استثنائي يهدف لحماية بعض الأشخاص المحرومين وتصحيح اللامساواة الموجودة بينهم.

وانطلاقا من المفاهيم السابقة للتمييز الإيجابي بصفة عامة، يمكن تعريف التمييز الإيجابي لصالح المرأة بأنه: "مبدأ يستهدف إرساء معاملة تفضيلية للمرأة من خلال إثارتها بجملة من الإجراءات التمييزية لا يتمتع بها الرجل وذلك بغرض تعزيز وترقية ممارستها لحقوقها في إطار تكريس المساواة الفعلية بينهما".

¹ - Soucramanien (F-M), le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, ed.Economica, p207.

² - Soucramanien (F-M), « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », R.F.D.A, 13(5) septembre, octobre, 1997, p 911.

³ - نقلا عن لطفي طرشونة، (التمييز الإيجابي)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2013، ص 05.

⁴ - هاجر الهيشري، "مشروعية التمييز الإيجابي"، على الموقع: <http://www.htm/> محمود داوود يعقوب محام وأستاذ جامعي-مشروعية التمييز الإيجابي-، في

2 الفرع الثاني: مصادر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يجد مبدأ التمييز الإيجابي سنده في مصادر دولية (أولا) وأخرى داخلية (ثانيا).

أولا: المصادر الدولية لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

ترتد المصادر الدولية لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة إلى عدة اتفاقيات ومواثيق دولية أهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري¹، حيث نصت المادة الأولى منها في فقرتها الرابعة على: "لا تعتبر من قبل التمييز العنصري أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها، شرط عدم تأدية تلك التدابير كنتيجة لذلك، إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".

وبالإضافة إلى هذه الاتفاقية الخاصة بجميع صور التمييز، يجد مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة سنده على المستوى الدولي كذلك في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة²، حيث نصت المادة الرابعة منها في فقرتها الثانية على أنه: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا كما تحدده هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت".

ثانيا: المصادر الداخلية لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

لا ينص الدستور الجزائري صراحة على مبدأ التمييز الإيجابي، وذلك خلافا لمبدأ المساواة الذي كرسته جميع الدساتير الجزائرية المتعاقبة، حيث تنص المادة 32 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

غير أن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وإن لم يقع دستره صراحة، إلا أنه يمكن أن نجد له سندا دستوريا ضمنيًا أو غير مباشر، يتمثل في مبدأ المساواة ذاته، حيث سبق القول أن المفهوم الحديث لمبدأ المساواة يقوم على تحقيق المساواة الفعلية وليس مجرد المساواة القانونية، وأن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة ما هو إلا

¹ - اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 2106 المؤرخ في 21 ديسمبر 1965، ودخلت حيز النفاذ في 04 جانفي 1969.

² - اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 24/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، ودخلت حيز النفاذ في 03 سبتمبر 1981.

تقنية لتحقيق هذه المساواة الأخيرة. كما يجد المبدأ سنده الدستوري الضمني أيضا فيما تضمنته المادة 35 بنصها على أنه: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة". ولا شك أن هذا التوسع لا يتأتى إعماله إلا بإقرار نظام الكوتا القائم على مبدأ التمييز الإيجابي، وهو ما تحقق في القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ 12 جانفي 2012 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة¹.

II المطلب الثاني: شروط مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وتطبيقاته

إن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة وكونه إجراء استثنائيا يهدف إلى تفعيل وترقية حقوقها على المستوى الواقعي، فإنه محكوم بشروط يؤدي تخلفها إلى وصمه بعدم المشروعية (الفرع الأول)، كما أن تطبيقه يظهر في العديد من المجالات (الفرع الثاني).

3 الفرع الأول: شروط مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

حتى لا يعتبر مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة إجراء غير مشروع، فإنه ينبغي أن يستوفي بعض الشروط المتعلقة سواء بهدف الإجراء التمييزي (أولا) أو بمدته (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بهدف الإجراء التمييزي

إن نقاط القصور الأساسية التي اعترت مبدأ المساواة في صورتها الشكلية حملت الفقه والقضاء الدستوريين على التوافق على أن مبدأ المساواة ليس مطلقا لأنه لا يمكن لأية قوانين وضعية أن تطبق مبدأ المساواة الشكلية بين كل المواطنين، ومن ثم وقع الانتقال على مستوى المفهوم من المساواة القانونية الشكلية إلى المساواة الفعلية والتي يشكل مبدأ التمييز الإيجابي الركيزة القانونية لتحقيقها.

غير أنه لما كانت المساواة مبدءا دستوريا، فإنه وجب توافر شرطا حاسما يتعلق بالإجراء التمييزي المعترف به لصالح المرأة حتى لا يترتب عنه خرق أهم مبدأ دستوري، ويتمثل هذا الشرط في الهدف الذي ينبغي أن يرمي إليه مثل هذا التمييز لصالح المرأة ألا وهو تحقيق المصلحة العامة.

إن هدف المصلحة العامة الذي يتعين على المشرع ابتغائه من وراء إقرار أي تمييز إيجابي لصالح المرأة يظهر فيما يسمى بتحقيق مبدأ المساواة في النتائج بينها وبين الرجل من خلال معالجة نتائج الإقصاء أو التمييز في مجالات المشاركة في الحياة العامة مثل مؤسسات اتخاذ القرار كالهيئات التشريعية أو التنفيذية أو الحزبية، لذلك دائما ما تعنى مساواة النتائج بتحديد الهدف بشكل دقيق ومحكم وذلك بتحليل مظاهر الإقصاء والتهميش المرتبطة بجنس المرأة.

¹ - أنظر ج.ر عدد 1 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 2012.

وعليه، لا يعتبر التمييز الإيجابي لصالح المرأة مشروعا إلا إذا قصد منه المشرع تحقيق المساواة في صورتها الفعلية¹، من خلال إحلال مبدأ المساواة في الفرص الواقعية أو المساواة في النتائج محل المساواة في الفرص القانونية، ذلك أن التمييز الإيجابي ليس هدفا في حد ذاته بل هو وسيلة من أجل تفعيل المساواة الحقيقية التي يجب البحث عنها بالقانون².

ثانيا: الشروط المتعلقة بمدى الإجراء التمييزي

إن التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وكونه إجراء استثنائيا، فإنه ينبغي أن يتسم بالطابع الوقي، تأسيسا على أنه وسيلة تهدف إلى تصحيح اللامساواة الفعلية التي تعاني منها المرأة في مواجهة الرجل. وعليه، فإن إرساء المعاملة التفضيلية لصالح المرأة يجب ألا ينقلب على مبدأ المساواة ويرتد إلى إباحة التمييز بشكل مؤبد.

وقد تم تكريس الطابع الوقي لمبدأ التمييز الإيجابي في المواثيق الدولية المتعلقة بمحاربة التمييز، حيث أقرته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في المادة 04/01 منها بنصها على أنه: "لا تعتبر من قبيل التمييز أية تدابير خاصة...، شرط عدم تأدية تلك التدابير كنتيجة لذلك إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".

كما أقرته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بنصها في المادة 2/4 على أنه: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة... ولكنه يجب ألا يستتبع بأي حال، كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت".

يتضح من المادتين، أن التمييز الإيجابي لصالح المرأة بوصفه استثناء على مبدأ المساواة، يجب أن يتسم بالطابع الوقي، أي أن يتم إيقاف العمل به بمجرد زوال الأسباب الداعية إليه، وترك المجال لتطبيق القواعد العادية المحققة لمبدأ المساواة بين الجنسين.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فإنه لا توجد نصوص قانونية صريحة تفرض شرط الطابع الوقي لمبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة، كما أن المجلس الدستوري لم يشر إلى هذا الشرط في رأيه المتعلق بمدى مطابقة القانون العضوي رقم 03/12 المحدد لكيفيات توسيع تمثيل حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة. غير أننا نرى أن صفة التأقيت لمبدأ التمييز الإيجابي تثبت دونما حاجة إلى نص يقررها، لأنها صفة كامنة في طبيعته وجوهره، فاعتبار التمييز الإيجابي إجراء استثنائيا تصحيحيا أو تعويزيا للمرأة، يجعل منه بحكم الضرورة واللزوم إجراء مؤقتا ينتهي العمل به بمجرد بلوغ الهدف المنشود منه وهو الوصول إلى المساواة الفعلية بين الجنسين.

¹ - Levade(A), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », in Discrimination positive, pouvoir, n°111, novembre 2004, p59.

² - Gargouri (M), « légalité devant la loi à légalité par la loi, à propos de lavis du conseil constitutionnel n°34-205 concernant un projet de loi d'orientation relative à la promotion et la protection des personnes handicapés », Etudes juridiques, n°15,p80.

وإذا كان الطابع الوقي لمبدأ التمييز الإيجابي يفترض من طبيعته، فإنه يطرح إشكالا يتعلق بصعوبة الرقابة عليه من قبل القاضي الذي يصعب عليه عمليا في غياب النص الصريح المحدد لمدة سريان الإجراء التمييزي أن يقيم الوقت المحتمل للرجوع للحالة الطبيعية¹، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هذا الطابع الوقي يثير صعوبة أخرى تتعلق بطبيعة الأداة القانونية التي يتم بمقتضاها إقرار التمييز الإيجابي والتي عادة ما تكون نصا عاما، يصعب إلغاؤه عمليا نتيجة مقاومة أو رفض المنتفعين به التخلي عنه.

4 الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

يجد مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة تطبيقاته في مجالين أساسيين، أولهما يتعلق بترقية مشاركتها السياسية (أولا)، وثانيتها يخص سوق الشغل (ثانيا).

أولا: التمييز الإيجابي كإجراء لترقية المشاركة السياسية للمرأة

إن التهميش السياسي الذي لاقته المرأة نتيجة للعادات والتقاليد والموروث الديني والثقافي شكل عائقا في سبيل وصولها لدائرة صنع القرار السياسي، لذلك برزت العديد من التيارات المنادية بتكريس المساواة الفعلية بينها وبين الرجل في الحقوق السياسية، وهو ما ترجم على المستوى القانوني من خلال نظامين أساسيين هما نظام الحصص (1) ونظام التنصيف (2).

1- إقرار حق المرأة في التمتع بنظام الحصص

يعتبر نظام الحصص أداة تسمح بمقتضاها الدولة بوضع النساء حسب بعض النسب في مختلف المؤسسات سواء كان ذلك على قوائم الترشح لوظائف انتخابية أو لوظائف حكومية². وعليه، فإنه يعتبر وسيلة تمييز إيجابي لتصحيح اللامساواة الواقعية بين المرأة والرجل على مستوى المشاركة في الحياة السياسية، ذلك أن المرأة، وإن كانت تتمتع بالحق في المشاركة السياسية على الصعيد القانوني، فإن تفعيل هذا الحق على المستوى الواقعي قد لاقى عدة إكراهات مرجعها أساسا إلى النظرة الدونية للنساء في المجتمع التي تجد مصدرها سواء في العادات والتقاليد أو حتى في اعتبارات ثقافية وعقائدية.

وقد كرس المشرع الجزائري نظام الحصص وذلك فيما يتعلق بتمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث نصت المادة 35 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة". كما نص القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة في المادة 2 منه على أنه: "يجب ألا يقل عدد

¹ - Le pourhiet (A.M), « Discrimination positive ou in justice ? », R.F.D.A, n°14, mai-juin 1998, p 525.

² - محمد الخياري، (الحقوق السياسية للمرأة في بلدان المغرب العربي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009-2010، ص68.

النساء في كل قائمة ترشيحات حرة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية، عن النسب المحدد أدناه، بحسب عدد المقاعد المتنافس عليها:

* انتخابات المجلس الشعبي الوطني:

- 20% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة مقاعد.

- 30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة مقاعد.

- 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر مقعدا.

- 40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق اثنين وثلاثين مقعدا.

- 50% بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

* انتخابات المجالس الشعبية الولائية:

- 30% عندما يكون عدد المقاعد 35 و 43 و 47 مقعدا.

- 35% عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى 55 مقعدا.

* انتخابات المجالس الشعبية البلدية:

- 30% في المجالس الشعبية البلدية الموجودة في مقرات الدوائر والبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين

ألف (20.000) نسمة".

وتنها من المشرع على أن إلزامية إدراج عدد من النساء ضمن القوائم الانتخابية حسب النسب المذكورة أعلاه قد لا تسمح بتوسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة بالنظر إلى نمط الاقتراع الذي اعتمده المشرع، إلا إذا كان ترتيبها ملائما، فقد نص في المادة 3 على أن تخصص النسب المذكورة أعلاه وجوبا للمرشحات حسب ترتيب أسمائهن في القوائم الفائزة، كما جعل المشرع التقيد بهذه النسب إلزاميا بالنسبة لقوائم الترشيحات، حيث رتب على تخلفها رفض القائمة¹.

2- إقرار حق المرأة في التمتع بنظام التناسف

يعتبر نظام التناسف تديرا انتقاليا يرمي إلى ضمان تقسيم السلطة السياسية بين الرجال والنساء، وهو أكثر من مجرد مشاركة في الهيئات القرارية أو الانتخابية بما أن الهدف هو مساواة عددية². وعليه فإن هذا النظام ينشئ تمثيلا متساويا بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة.

لم يتبن المشرع الجزائري نظام التناسف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة مكتفيا فقط بنظام الحصص، غير أنه يمكن لهذا الأخير أن يكون مرحلة أولية في سبيل الانتقال إلى مبدأ التناسف. وفي المقابل، تبنته جزئيا بعض الأنظمة المقارنة كتونس مثلا، حيث فرض فيها التناسف في انتخابات المجلس التأسيسي في أكتوبر 2001، وقد لقي هذا الإجراء نقدا من قبل البعض، واعتبروا أن تواجد النساء في القوائم الانتخابية من شأنه أن ينعكس سلبيا

¹ - أنظر المادة 5 من القانون العضوي رقم 03/12.

² - محمد الخياري، المرجع السابق، ص 68-69.

وبالفشل على نجاح الانتخابات، وطالبوا بسحب التنافس على مجموعات أخرى تعاني من التمييز، غير أن مؤيدي التنافس اعتبروا أن المسألة تتعلق بمجلس تأسيسي¹.

وفي رأينا فإن مبدأ التنافس، يؤدي إلى الاتساع المفرط في إجراء التمييز الإيجابي ويحيله من استثناء على مبدأ المساواة ينبغي إعماله في أطر ضيقة إلى أصل أو مبدأ مواز له، كما أنه من جهة ثانية، قد يربط آثار ضارة على الحياة السياسية، لأنه يركز على فلسفة كمية عددية ويهمل معياري الكفاءة والجدارة كأحد أهداف الديمقراطية التمثيلية. وعليه، نعتقد أن مسعى إعمال المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في المشاركة السياسية يجد حدّه الأقصى في إقرار نظام الحصص كإجراء تعويضي مؤقت.

ثانيا: التمييز الإيجابي كإجراء للحفاظ على المرأة في سوق الشغل

إن تطبيق المساواة الشكلية بين المرأة والرجل في مجال التشغيل من شأنه إقصاء الخصوصية البيولوجية والجسدية للمرأة كعامله وكأم، لذلك فقد حرصت التشريعات العمالية على إقرار تمييز إيجابي لصالح المرأة يوفر لها فرصا للاندماج في سوق الشغل ويزيل العقبات المهنية التي تواجهها كعامله (1) وكأم (2).

1- الإجراءات الحمائية للمرأة كعامله

عالجت المواثيق الدولية والقوانين الداخلية تنظيم شروط العمل وظروفه المتعلقة بالمرأة، على نحو يوفر لها الحماية اللازمة ويكفل لها أداء العمل في ظروف آمنة وصحية. وتتمثل هذه الإجراءات في حظر تشغيل النساء ليلا (أ) وحمايتهن من القيام ببعض الأعمال الخطرة أو الشاقة (ب).

أ- حظر تشغيل النساء ليلا

نظرا للخصوصية البيولوجية للمرأة ولطبيعتها واجباتها العائلية، حظر المشرع الجزائري العمل الليلي بالنسبة للنساء، حيث نصت المادة 29 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم على أنه: "يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية. غير أنه، يجوز لمفتش العمل المختص إقليميا أن يمنح رخصة خاصة، عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل". يظهر من هذا النص أن المشرع أرسى تمييزا إيجابيا لصالح المرأة بمقتضاه حظر تشغيلها ليلا وذلك خلافا للرجل الذي لم يعترف له بمثل هذا الحق، غير أنه أورد على هذا الأصل استثناء مؤداه جواز تشغيل المرأة ليلا إذا كان مبررا بطبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل شرط الحصول على ترخيص من مفتش العمل المختص إقليميا. وفي تحديده للعمل الليلي، اعتبر المشرع أن كل عمل ينفذ ما بين الساعة التاسعة ليلا والساعة الخامسة صباحا هو عمل ليلي².

¹ - لطفي طرشونة، المرجع السابق، ص 55.

² - أنظر المادة 27 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

ويهدف هذا الحظر إلى تفادي الأضرار التي تلحق بالمرأة العاملة نتيجة العمل الليلي ودفعها للمخاطر التي يمكن أن تتعرض لها مما يؤثر في صحتها أو يؤثر في وظيفة الأمومة لديها.

ب- حماية المرأة العاملة من الأعمال الخطرة والشاقة

أكدت مستويات العمل الدولية حرصها على توفير الحماية للمرأة العاملة من خلال حظر تشغيلها في الأعمال الخطرة أو الشاقة التي من شأنها أن تمثل خطرا ماديا أو معنويا عليها. وبدوره أكد المشرع الجزائري على هذه الحماية، حيث نص المرسوم التنفيذي رقم 05/91 المؤرخ في 19 جانفي 1991 والمتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل¹ في المادة 26 على أنه إذا تطلب الأمر أن ينقل العمال العتاد أو أشياء عاتقة وثقيلة من مكان إلى آخر دون جهاز ميكانيكي، فيجب أن تكون أقصى الحمولة للعاملات الإناث 25 كغ في المسافات القصيرة، كما تنص المادة 11 من القانون رقم 07/88 المؤرخ في 2 جويلية 1988 المتعلق بالنظافة والأمن وطب العمل² على إلزام المستخدم بالتأكد أن الأعمال التي توكل للنساء لا تقتضي مجهودا يفوق طاقتهم، وقررت المادة 38 منه عقوبة غرامة تتراوح بين 500 و1500 دج ضد كل مستخدم يخالف أحكام المادة 11 وفي حالة العود يعاقب بالحبس لمدة 3 أشهر على الأكثر وبغرامة من 2000 إلى 4000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما القانون رقم 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية³، فقد نصت المادة 16 منه قبل إلغائه بمقتضى القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: "لا يجوز استخدام النساء في أشغال خطيرة أو عديمة النظافة أو مضرة بصحتهم..."، في حين لم ينص القانون 11/90 على مثل هذا الحظر.

2- الإجراءات الحمائية للأمومة المرأة العاملة

عادة ما يشكل الحمل والولادة مصدرا لممارسات تمييزية نحو المرأة العاملة، لذلك أقرت التشريعات أحكام قانونية خاصة لحمايتها وتحقيق المساواة الفعلية بينها وبين الرجل. وهو ما ذهب إليه المشرع سواء فيما يتعلق بالموظفات العاملات في الهيئات الإدارية أو العاملات في القطاع الخاص.

بالنسبة للمرأة الموظفة، أقر لها الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁴ جملة من التدابير التمييزية لحماية أمومتها، حيث كفلت لها المادة 146 منه إمكانية الاستفادة من وضعية الإحالة على الاستيداع بقوة القانون بغرض السماح لها بتربية طفل يقل عمره عن خمس سنوات، وبانتهاء هذه الفترة يعاد إدماجها وجوبا في رتبها الأصلية ولو كانت زائدة عن العدد، كما أعطتها المادة 213 الحق في الاستفادة من عطلة الأمومة، واعتبرت المادة 204 فترة عطلة الأمومة فترة عمل تدخل في تحديد مدة العطلة السنوية.

¹ - ج.ر عدد 29.

² - ج.ر عدد 04.

³ - القانون رقم 06/82 المؤرخ في 27 فيفري 1982 يتعلق بعلاقات العمل الفردية (ج.ر عدد 9).

⁴ - ج.ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

وبالنسبة للموظفة المرضعة، فلها الحق ابتداء من انتهاء عطلة الأمومة، ولمدة سنة في التغيب ساعتين مدفوعتي الأجر كل يوم خلال الستة أشهر الأولى وساعة واحدة مدفوعة الأجر كل يوم خلال الأشهر الستة الموالية¹. أما بالنسبة للعاملات في القطاع الخاص، فقد أعطاهن المشرع كذلك حماية خاصة لأموتهن حيث نصت المادة 55 من قانون علاقات العمل على إفادة العاملات خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها من عطلة الأمومة، وكذلك الاستفادة أيضا من تسهيلات حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي للهيئة المستخدمة، كما حظر المشرع على المستخدم إنهاء عقد العمل أثناء عطلة الأمومة، وفرض فقط تعليق علاقة العمل²، كما نص على ضرورة إعادة إدراج العامل في منصب عمله أو في منصب مماثل بعد انقضاء فترة التعليق³.

إن هذه الحماية الخاصة الممنوحة للمرأة وغير المعترف بها بالنسبة للرجل، تجد أساسها في طبيعتها البيولوجية التي جعلت منها حاملا أو أما، وكذلك في وضعيتها الخاصة التي قد لا تسمح لها بالالتزام بمتطلبات عملها.

III المطلب الثالث: الرقابة على دستورية مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة

لما كان مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة استثناء على المبدأ الدستوري القاضي بضرورة المساواة بين المواطنين وحظر التمييز بينهم على أساس الجنس، فإنه يخضع لرقابة دستورية تظهر على صعيد التثبت من عدم وجود تمييز تعسفي (الفرع الأول) وكذلك التحقق من مدى توافر شروط التمييز الإيجابي لصالح المرأة (الفرع الثاني).

5 الفرع الأول: التثبت من عدم وجود تمييز تعسفي

لا يقر المجلس الدستوري بدستورية التمييز الإيجابي لصالح المرأة، إذا عاين أنه ينطوي على تمييز تعسفي. إن إلحاق وصف التعسف بقاعدة ما، يعني أن هذه القاعدة تتوقف على إرادة واضعها فقط ودون أن تخضع في سنها لاحترام قواعد أخرى موجودة قبلها، وقد حاول الفقيه Vedel إيجاد تعريف لهذا الوصف معتبرا أن "التعسفي" ينطبق على كل ما لا يمكن قبوله بعقلانية⁴. وعليه، فإن مفهوم التعسف يرتبط غالبا بمفهوم العقلانية والموضوعية.

وقد اعتبر القضاء الدستوري الفرنسي أن كل تفرقة غير منطقية ومخالفة للدستور، هي تفرقة تعسفية خاصة إذا لم تكن مرتكزة على مبرر أو سبب كاف⁵. وعليه، يعتبر المجلس الدستوري أن التمييز الذي يقع لصالح المرأة هو تمييز تعسفي إذا لم يكن يستند إلى مبرر موضوعي ومعقول، ويكون هذا المبرر كذلك عندما يكون الهدف من التمييز مشروعاً.

¹ - أنظر المادة 214 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

² - أنظر المادة 2/64 من قانون علاقات العمل.

³ - أنظر المادة 65 من قانون علاقات العمل.

⁴ - Soucranian (F-M), *le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op.cit, p128.

⁵ - هاجر الهيشري، المرجع السابق.

ولتقدير موضوعية ومعقولية التفرقة، يأخذ المجلس الدستوري في اعتباره جملة من المعطيات مثل الظروف والملايسات المحيطة بالإجراء التمييزي، والمجالات والموضوعات التي يمسها هذا التمييز¹. وقد اعتبرت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية في هذا الخصوص، أنه يمكن القبول بالاختلاف في الوضعيات التي يقرها المشرع، إذا كانت تجد تبريرها في الظروف الواقعية وإذا كانت ذات صلة بالهدف المنشود².

6 الفرع الثاني: التثبيت من شروط التمييز الإيجابي

بالإضافة إلى التحقق من عدم وجود تمييز تعسفي، يتثبت القاضي الدستوري كذلك من مدى توافر شروط التمييز الإيجابي، حيث يعاين ما إذا كان هناك اختلاف في الوضعيات يبرر مثل هذا التمييز (أولا)، وهل أن الهدف منه هو تحقيق المصلحة العامة (ثانيا).

أولاً: التحقق من وجود اختلاف في الوضعيات

لا يشكل الاختلاف في المعاملة تمييزاً في حد ذاته، فطبقاً للرأي الغالب، لا يثبت التمييز إلا حين يعامل أشخاص يوجدون في ظروف متماثلة معاملة مختلفة، وعليه يعتبر القاضي الدستوري التمييز الإيجابي مشروعاً إذا كان مبرراً بوجود اختلاف في الوضعيات، وتطبيقاً لذلك، قضى المجلس الدستوري الجزائري في رأيه رقم 05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 والمتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي³ الذي يحدد كفاءات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة للدستور بأنه: "واعتباراً أن مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور لا يتعارض مع إقرار المشرع قواعد مختلفة عندما يكون لمعيار الاختلاف علاقة مباشرة بموضوع القانون الذي يضعه، والنتائج عن حتمية دستورية، ولا يتعارض أيضاً مع إقرار المشرع قواعد مختلفة لمواطنين يوجدون في أوضاع مختلفة".

واضح تماماً من هذا الرأي، أن المجلس الدستوري قد أسس مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة على أساس الاختلاف في الوضعيات بينها وبين الرجل.

ثانياً: التحقق من وجود عنصر المصلحة العامة

بعد التثبيت من وجود اختلاف في الوضعيات يبرر إرساء التمييز الإيجابي لصالح المرأة، يتحقق القاضي الدستوري في مرحلة ثانية من مدى وجود مصلحة عامة في تطبيق التمييز الإيجابي، وتطبيقاً لذلك حكم القاضي الدستوري الألماني بأنه: "من الممكن خرق مبدأ المساواة من خلال نص قانوني خاص عندما يتم التحقق من وجود أسباب عقلانية متأنية عن طبيعة الأشياء، تأسيساً على مبدئي التناسب والإنصاف، لأنه في النهاية ما يحسم الإقرار بخرق مبدأ المساواة هو التوجهات التي ينتهجها المشرع في سبيل تحقيق العدالة، وتكون مبنية على تمييز ظاهري جدي يؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع"، وهو نفس الحل الذي تبناه المجلس الدستوري

¹ - Lochak (D), « Réflexions sur la notion de discrimination », R.D.S, n°11, novembre 1987, p 783.

² - لطفي طرشونة، المرجع السابق، ص 88.

³ - ج.ر عدد 1 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 2012.

الفرنسي عندما قرر: "أن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من أن يعامل بتشريعات مختلفة مواقع مختلفة ضمن الفئة الواحدة، شرط أن يكون التمييز في المعاملة متناسبا مع الهدف الذي رسمه القانون"¹.

ويخضع تقدير عنصر المصلحة العامة إلى السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، الذي يتعين عليه أن يبسط رقابة مشددة على المشرع في هذا الخصوص، حتى لا يقع توظيف المصلحة العامة لسن نصوص قانونية تؤسس لتمييزات غير مشروعة.

الخاتمة

نخلص من هذه الدراسة، إلى أن مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة هو إجراء استثنائي لتبرير تفعيل وترقية تمتعها بالحقوق والحريات الأساسية، وممارستها، ورغم أنه مفهوم يتسم نسبيًا بالغموض والإبهام، ويبدو ظاهريًا أنه يتصادم مع مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه في جوهره يعمل على تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل، من خلال التحول من المقاربة التقليدية لمبدأ المساواة وهي المساواة أمام القانون إلى المقاربة الحديثة وهي المساواة بالقانون.

وحتى لا يخرج هذا الإجراء من دائرة المشروعية وينحرف عن هدفه، فقد وضع له القضاء الدستوري شروطًا، بعضها يتعلق بمضمون الإجراء التمييزي وهدفه، حيث يجب أن يكون مبررا بوجود اختلاف في الأوضاع وأن يكون الهدف منه هو تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص أو المساواة الفعلية بين المرأة والرجل، وبعضها الآخر يتعلق بمدته، حيث أنه يجب أن يكون إجراء مؤقتا ينتهي أثره بمجرد تصحيح الأوضاع الداعية إليه.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة في مجالين أساسيين، أولهما يتعلق بترقية مشاركتها في المجالس المنتخبة، وثانيهما يتعلق بالإجراءات التفضيلية الحمائية الممنوحة لها في سوق العمل.

قائمة المراجع:

أولا: النصوص الرسمية

(1)-القوانين والأوامر:

- 1- القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ 12 جانفي 2012 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج.ر عدد 1 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 2012).
- 2- القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016).
- 3- القانون رقم 19/08 الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2008، (ج.ر عدد 63).
- 4- القانون رقم 07-88 المؤرخ في 2 جويلية 1988 المتعلق بالنظافة والأمن وطب العمل، (ج.ر عدد 04).
- 5- القانون رقم 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية المؤرخ في 27 فيفري 1987، (ج.ر عدد 09).

¹ - هاجر الهيشري، المرجع السابق.

- 6- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. (ج.ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006).
- (2)- المرسوم التنفيذي رقم 05/91 المؤرخ في 19 جانفي 1991 والمتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل. (ج.ر عدد 29).
- (3)- آراء المجلس الدستوري:
- 1- الرأي رقم 05 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 والمتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي. (ج.ر عدد 01 الصادرة في 14 جانفي 2012).

ثانيا: الكتب

- 1- خالد مصطفى فهبي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، -دراسة مقارنة-، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 2- عمار بن عاشور، القانون الإداري، الطبعة 3، مركز البحث والنشر الجامعي، تونس، 2006.

ثالثا: المقالات

- 1- محمد السيد الدماصي، "الحقوق الدستورية في المجال الوظيفي-حق المساواة في شغل الوظائف العامة"-، مجلة العلوم الإدارية، مصر، العدد 2، 1973.
- 2- هاجر الهيشري، "مشروعية التمييز الايجابي"، على الموقع: <http://www.htm> محمود داوود يعقوب محام وأستاذ جامعي-مشروعية التمييز الايجابي-، في 2017/02/17.
- رابعا: الرسائل والمذكرات الجامعية
- 1- محمد الخياري، (الحقوق السياسية للمرأة في بلدان المغرب العربي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009-2010.
- 2- لطفي طرشونة، (التمييز الايجابي)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سوسة، تونس، 2013.

1)-OUVRAGES:

- 1-Levade(A), « **Discrimination positive et principe d'égalité en droit français** », in Discrimination positive, pouvoir, n°111, novembre 2004.
- 2- Soucramanien (F-M), **le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel**, ed.Economica.

2)-ARTICLES :

- 1-Fardeau (M), « **concilier non discrimination et compensation, non discrimination et discrimination positive** », problèmes politiques et sociaux, n° 892, 2003.
- 2-Gargouri (M), « **légalité devant la loi à légalité par la loi, à propos de lavis du conseil constitutionnel n°34-205 concernant un projet de loi d'orientation relative à la promotion et la protection des personnes handicapés** », Etudes juridiques, n°15.
- 3- Le pourhiet (A.M), « **Discrimination positive ou in justice ?** », R.F.D.A, n°14, mai-juin 1998.
- 4-Lochak (D), « **Réflexions sur la notion de discrimination** », R.D.S, n°11, novembre 1987.
- 5- Soucramanien (F-M), « **Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires** », R.F.D.A, 13(5) septembre, octobre, 1997.