المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والختان (*)

ميشال لوفينيي (**)

المحكمة الادارية بليون، 12 جوان/حزيران 1996
رئيس المحكمة : السيد ج. ج شوفالييه (J.-J. Chevalier)
المقرر : السيد باسل (مستشار) (Besle)
مندوب الحكومة : السيد بورّاشو (Bourrachot)
الدفاع : الأستاذان فريري ولوسياني (Fréry et Luciani)
(السيدة س ..)
الاتفاقية الأوروبية – المادة 3 – المعاملات اللاإنسانية أو المهينة – الختان – الأجانب – الإبعاد – اللاشرعية.

يعدّ الختان الذي يمارس كرها على شخص مّا أو على أبنائه معاملة لاإنسانية أو مهينة حسب نصّ المادة 3 من اتفاقية حماية حقوق الانسان والحريات الأساسية.

وتعارض المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية إبعاد المدّعية عن الأراضي الفرنسية وإرجاعها إلى غينيا ـ بلد المنشإ ـ بحكم أنها ستضطرّ إلى اصطحاب ابنتيها بسبب صغر سنّهما لأنّ الختان يتهدّدهما لو عادتا إلى بلدهما.

---

* صدر هذا المقال بالمجلة الفصلية لحقوق الإنسان، 1أكتوبر/تشرين الأول 1996، ص 695–720 .
** أستاذ محاضر في القانون العام، المعهد الأوروبي لحقوق الانسان – كلية الحقوق بمونبلييه

(مقتطفات)

تقدّمت السيدة س (...) القاطنة بـ (...) بعريضة إلى المحكمة الادارية رفعها الاستاذ فريري، المحامي المعتمد لدى نقابة المحامين بليون، وسجلت القضية بكتابة المحكمة بتاريخ 11 جانفي/كانون الثاني 1996 تحت عدد 9600127.

وطلبت السيدة س ... من المحكمة :

– إلغاء القرار الصادر بتاريخ 4 جانفي/كانون الثاني 1996 عن والي مقاطعة لالوار الذي تجاوز سلطاته عندما قرّر طردها من الأراضي الفرنسية وإرجاعها إلى غينيا.

– الحكم على والي مقاطعة لالوار بتسليمها ترخيصا مؤقتا للإقامة طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 32 من الأمر المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 1945، مع غرامة تهديدية بمبلغ 800 فرنك عن كل يوم تأخير بداية من تاريخ التصريح بهذا الحكم.

– الحكم على الدولة بدفع مبلغ 6000 فرنك بعنوان المادة L. 8-1 من قانون مجلة المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية.

وقد رفعت جمعية تيباريوس كلاوديوس (Tiberius Claudius) التي يقع مقرّها الاجتماعي في 92 نهج غروز (Greuze) بفيل أوربان (Villeurbanne) (69100)، التي يتصرّف باسمها رئيسها الحالي، مذكرة إلى المحكمة الادارية للتدخل قدمها الأستاذ غاي (Gay) المحامي المعتمد لدى نقابة المحامين بليون والمسجلة بتاريخ 11 جانفي/كانون الثاني 1996.

وطلبت الجمعية في هذه الدعوى الاستجابة للطلبات المضمنة في عريضة السيدة س ...،

(...)

وإثر النظر في العريضة والقرار المطعون فيه ومذكرة التدخل التي تقدمت بها جمعية تيباريوس كلاوديوس والمذكرات والوثائق التي قدمتها الأطراف المتنازعة وبناء على النصوص التالية :

– الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية

– الأمر عدد 45 – 2658 المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 1945

– قانون المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية والقانون عدد 86 – 14 المؤرخ في 6 جانفي/كانون الثاني 1986.

– المادتان 1089 B و A1090 من القانون العام للجباية والمادة 10 من القانون عدد 77 – 1468 المؤرخ في 30 ديسمبر/كانون الأول 1977 المكمّلتان بالمادة 44 من قانون المالية لسنة 1994.

المحكمة

على إثر تدخل جمعية تيباريوس كلاوديوس؛

وحيث أن جمعية تيباريوس كلاوديوس يهمّها إبطال القرار المطعون فيه و قبول تدخّلها؛

وعلى إثر طلبات السيدة س ... الهادفة إلى إلغاء قرار والي مقاطعة لالوار الصادر بتاريخ 4 جانفي/كانون الثاني 1996.

وحيث أنه تبيّن من وثائق الملف أنّ السيدة س ... قد صدر ضدّها حكم بتاريخ 15 مارس/آذار 1995، عن محكمة الاستئناف بليون يقضي بمنعها نهائيا من الإقامة بالتراب الفرنسي وأنه لتنفيذ هذا الحكم النهائي الذي استتبع حتما طرد المحكوم عليها خارج الحدود، أصدر والي مقاطعة لالوار بقوة القانون القرار المطعون فيه بتاريخ 4 جانفي/كانون الثاني 1996وهو قرار ينص على طرد المعنية بالأمر وإرجاعها إلى غينيا البلد الذي تحمل جنسيته.

وحيث أن المادة 27 مكرر من الأمر المذكور أعلاه المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 1945 تنص على أن : «كل أجنبي حُكم عليه بالطرد أو وجب إبعاده فإنّ الطرد أو الإبعاد يتمّان :

أولا : في اتجاه البلد الذي يحمل جنسيته إلا إذا أسند له الديوان الفرنسي لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية أو اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين صفة اللاجئ أو إذا لم تتمّ الاستجابة بعد إلى طلب الحصول على اللجوء.

ثانيا : أو في اتجاه البلد الذي سلّمه وثيقة سفر لا تزال سارية المفعول.

ثالثا : أو في اتجاه بلد آخر يمكن أن يُقبل فيه بصفة قانونية. ولا يمكن إبعاد أجنبي إلى وجهة بلد إذا أثبت أن حياته أو حريته مهددتان أو إذا كان عرضة لمعاملات تخالف ما تنص عليه المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية المؤرخة في 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1950» إذ تذكر المادة 3 من هذه الاتفاقية أنه «لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات اللاإنسانية أو المهينة».

وحيث أن السيدة س ... تذرعت بأن طفلتيها س ... المولودة في (...) ود ... المولودة في (...) يتهددهما الختان في حالة رجوعهما إلى غينيا وحيث أن مثل

هذه المعاملة – وهي مخالفة لما ذكر سابقا في نص المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية – تعارض إبعادها في اتجاه بلادها الأصلية بحكم أنها ستُضطرّ إلى اصطحاب طفلتيها نظرا إلى صغر سنّهما.

وحيث أن الختان يمثل بترا لجسم المرأة يولّد آلاما شديدة وحيث أنه يخلّف في جلّ الأحيان مضاعفات من جرّاء التعفّن يمكن أن تؤدي إلى الموت وحيث أن الختان لا تبرّره أي ضرورة علاجية أو أي سبب ذي طبيعة صحية وأنه لا ينبع إلا من ممارسة طقوسية وثقافية وحيث أن إكراه شخص مّا أو أبنائه على ممارسة الختان يعدّ تبعا لذلك، معاملة لاإنسانية أو مهينة كما تنصّ عليه المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية، وحيث أنه يتبيّن من وثائق الملف أن الختان يظلّ ممارسة متفشية في غينيا وحيث أنه وإن خضعت البنات والفتيات في الأوساط الحضرية إلى عملية ختان مزيفة محافظة على الرمز الثقافي فإنه يقع على خلاف ذلك فعلا ختان عدد كبير منهن في الوسط الريفي ولا سيما بغينيا الجنوبية وفي المناطق الغابية حيث يستوطن عرق المالينكي الذي تنتمي إليه السيدة س ... فالسلطات الغينية، وإن كانت لا تنظم عمليات الختان فإنه لم يثبت توفرها على نظام قضائي لردعها أو على الأقل لحماية الأشخاص الذين يحاولون الإفلات منها رغم إرادة أوساطهم العرقية أو الاجتماعية أو العائلية.

وحيث يتبيّن أيضا من وثائق الملف أنه نظرا إلى العلاقات الحالية القائمة بين س... وزوجها وعائلة زوجها كما تشهد على ذلك رسالة لزوج س... بتاريخ 7 مارس/آذار 1996 موجهة إلى والي مقاطعة لالوار يطلب فيها منه طرد زوجته فإن السيدة س... التي تنتمي إلى عرق المالينكي وهي أصيلة جنوب غينيا لن تكون قادرة على معارضة إرادة عائلة زوجها في ختان ابنتيها.

وحيث أنه يُستنتج تبعا لما سبق، وبغض النظر عن الظروف التي تبين أن السيدة س... لم تتذرع إلاّ لاحقا بمسألة الختان الذي يتهدد ابنتيها ولم تثبت ذلك أمام اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين وتبيّن أن والي مقاطعة لالوار لم يستطع بصفة قانونية التنصيص على إبعادها في اتجاه غينيا وذلك لتنفيذ قرار منع إقامة س... بالتراب الوطني الذي استهدفت له المدّعية، وحيث يتبيّن تبعا لذلك أنه يجب إلغاء القرار المطعون فيه الصادر عن والي مقاطعة لالوار بتاريخ 4 جانفي/كانون الثاني 1996 دون الحاجة إلى براهين العريضة الأخرى. واعتمادا على طلبات السيدة س... الرامية إلى تطبيق المادتين 2–8 L.

و L 8-3. من مجلة المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية.

وحيث أن السيدة س... طلبت من المحكمة أن تجبر والي مقاطعة لالوار على تسليمها ترخيصا مؤقتا بالإقامة طبقا للفقرة الثانية من المادة 32 للأمر المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 1945 مع غرامة بمبلغ 800 فرنك عن كل يوم تأخير بداية من الحكم الحالي وإلى أن تبتّ اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين في شأن طعنها في قرار الديوان الفرنسي لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية القاضي بعدم قبول طلبها في الحصول على اللجوء.

وحيث أن اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين رفضت طلب السيدة س ... في الحصول على اللجوء وكان ذلك بقرارها الصادر بتاريخ 18 مارس/آذار 1996 اللاحق لتقديم السيدة س... عريضتها وأنه تبعا لذلك لا مجال للبتّ في الطلبات التي تم تحليلها أعلاه، واعتمادا على مذكرة طلبات السيدة س... وجمعية تيباريوس كلاوديوس الرامية إلى تطبيق المادة L 8 – 1. من مجلة المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية.

وحيث أنه وفق ما تنص عليه المادة L 8 – 1. من مجلة المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية: «يحكم القاضي في جميع الدعاوى المرفوعة لدى المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية على الطرف المطالب بمصاريف الدعوى أو في صورة عدم وجوده يتم الحكم على الطرف الذي خسر القضية بدفع مبلغ يحدّده إلى الطرف الآخر بعنوان المصاريف المعروضة غير المضمنة في مصاريف القضية. ويأخذ القاضي في الحسبان الإنصاف أو الوضعية الاقتصادية للطرف المحكوم عليه. بل يمكن أن يصرّح القاضي مباشرة، لأسباب ترجع إلى الاعتبارات نفسها، بأنه لا مجال لإصدار حكم».

وحيث أنه يمكن في مثل هذه الظروف الحكم على الدولة بدفع مبلغ 10,000 فرنك إلى السيدة س... وهو مبلغ طلبته بعنوان مصاريف أنفقتها المدعية خلال هذه القضية وغير مضمنة في مصاريف القضية.

وحيث أنه لا يحق ،على خلاف ذلك، لجمعية تيباريوس كلاوديوس، وهي ليست طرفا في القضية، أن تطالب بالحكم على الدولة بتسديد المصاريف التي اقتضاها تدخّلها :

قرّرت

المادة الأولى : اعتبار تدخّل جمعية تيباريوس كلاوديوس مقبول.

المادة 2 : يلغى القرار المؤرخ في 4 جانفي/كانون الثاني 1996 الذي

يقضي فيه والي مقاطعة لالوار بإبعاد السيدة س... عن التراب الفرنسي باتجاه غينيا.

المادة 3 : لا مجال للنظر في المطالب التي تضمنتها مذكرة السيدة س... والرامية إلى الحكم على والي مقاطعة لالوار بتسليمها ترخيصا مؤقتا للإقامة مع غرامة مالية تهديدية بمبلغ 800 فرنك عن كل يوم تأخير بداية من تاريخ التصريح بهذا الحكم.

المادة 4 : تدفع الدولة إلى السيدة س... مبلغ 10,000 فرنك بعنوان المادة L 8, -1. من مجلة المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية.

المادة 5 : طلبات جمعية تيباريوس كلاوديوس بالحكم على الدولة بدفع المصاريف المنجرة عن تدخلها وغير المضمنة في مصاريف القضية مرفوضة.

المادة 6 : سيتم الإخطار بهذا الحكم طبقا لأحكام المادة R 211 من مجلة المحاكم الادارية ومحاكم الاستئناف الادارية.

ملاحظات : المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والختان

1 ـ لسوء الحظ، فإنّ الختان هو ممارسة لا تعود إلى الماضي فحسب. فللختان الذي يستهدف بين 80 و100 مليون امرأة في العالم صور ثلاث (1) : الختان السنّي المتمثل في قطع الغدّة البظرية (وهو يمارس في الشرق الأوسط وماليزيا وأندونيسيا) والختان الكامل (خفض البظر كلّه) ويتميز بقطع البظر بأكمله والشفرين الداخليين (وهو يمارس في بعض بلدان افريقيا الغربية مثل بوركينا فاصو ومالي والسنغال وغمبيا) والختان الفرعوني الذي يتضمن إضافة إلى ما سبق الشفرين الكبيرين حيث تقع خياطة الشفرين الداخليين (أو النمغاي) الواحد فوق الآخر (وهذا النوع الأخير يمارس في افريقيا الشرقية : السودان والصومال ودجيبوتي وكينيا وأثيوبيا ومصر). وغالبا ما تتم ضروب البتر هذه دون تخدير حقيقي وإنما بمسك الطفلة عنوة من قبل أشخاص لا تكوين طبي لديهم (فهم في الأغلب من الحجّامين والقوابل التقليديات) يستخدمون أدوات بدائية (شفرات حلاقة وزجاج). وتتسبب هذه العمليات في آلام شديدة عند القيام بها ويمكن أن تؤدي إلى مضاعفات لحظة وقوعها أو فيما بعد (نزيف دموي، كزاز، ظهور جُدْرة، مضاعفات أثناء الوضع، الموت).

2 ـ وتقدم تبريرات مختلفة في محاولة لتشريع هذه الأعمال. فيقع التذرّع، في الآن نفسه، بعلل بعضها يتعلق بالصحة (المحافظة على النظافة

والطهارة والتوقي من بعض الأمراض مثل سرطان المهبل) وبعضها الآخر يتعلق بضرورة التعديل من الشهوة الجنسية (عامل عفة) ويتعلق بعضها أيضا بالتطهير (الانتقال الضروري إلى الحياة الجنسية للبالغين) بل إن بعضها يتعلل بالحاجة إلى إزالة كل ما يمكن أن يبدو من علامات الذكورة في جسد المرأة. وهي تعلات يعسر أن تحجب طبيعتها العميقة، المتمثلة في كونها ممارسة طقوسية للتمييز بين الجنسين تؤسّس لمكانة تخضع المرأة فيها للرجل وتفصح عن خوف قديم من حياة المرأة الجنسية. وتنسب أيضا إلى هذه الممارسة، بالمناسبة، أصول دينية في حين أنها ظهرت قبل ظهور الديانات الكتابية بوقت طويل. فالقرآن لم يذكرها البتة وإنما تشير إليها بعض الأحاديث الضعيفة فحسب (مثل الحديث الذي يتصل بامرأة كانت تختن بالمدينة (*) مما يثبت أن هذه الممارسة من الممارسات الجاهلية التي تمّ استيعابها أثناء عملية الأسلمة (أي ان الإسلام السني لم يأمر بها ولم يحرّمها) (3).

3 ـ وفضلا عن ذلك، يقوم استمرار هذه الممارسة شاهدا على صعوبة التوفيق بين كونية حقوق الانسان والحق في الهوية الثقافية. ففي حين تؤدي الكونية بطبيعة الحال إلى الحكم على الختان بأنه ممارسة لا تواكب العصر إن لم نقل وحشية، وعلى أية حال هي ممارسة غير مقبولة فإن الحق في الهوية الثقافية يغذي النقد الموجه إلى المركزية العرقيّة التي تزعم قياس الحقوق والحريات بمعيار التصوّرات الغربية (4). وهو ما قد يفسّر الموقف الأولي للمنظمات الدولية وبالخصوص المنظمة العالمية للصحة (5) من هذه الممارسة والصعوبات التي تعترض الكفاح لأجل إلغائها.

4 ـ وأخيرا لا ينحصر مشكل الختان في البلدان التي لاتزال تمارس فيها هذه العادة. فالبلدان الغربية معنية أيضا بسبب أهمية حركة الهجرة الآتية من هذه البلدان. فمن جهة لا يندمج جميع هؤلاء السكان المهاجرين بالضرورة في البلد الذي يستقبلهم كما أنهم لا يتخلّون عن بعض ممارساتهم القديمة التي يعتبرونها أساسية. وهو ما ينطبق مثلا على حمل زيّ يدل على انتماء ديني معين (وهو أمر أسال حبرا كثيرا) وكذلك الأمر فيما يتصل بعمليات الختان الطقوسية. ولم تسلم فرنسا بداهة من هذه الوضعية المؤلمة (6) ففي أواخر السبعينات وعلى إثر عمليات ختان أفضت إلى وفاة الضحايا ظهرت أولى القضايا الجزائية (7) ومعها ظهرت صعوبة ردع هذه الأعمال. فلقد بينت هذه الهيئات عدم النجاعة النسبية للمنع القانوني وعدم فهم العقوبات التي تسلط

على أشخاص يخشون تهميش النساء غير المختونات، ولا يعون بأنهم يشوهون أبناءهم أو يحملون غيرهم على فعل ذلك (أي إنّهم يرتكبون جرما دون نية اقتراف جرم؟). دون أن ننسى أنّ منع الختان قد يغريهم بممارسته خفية مع ما يستتبع ذلك من مخاطر يمكن التكهن بها (8). ومن جهة أخرى، عندما تفكر السلطات العمومية لأسباب مختلفة (إقامة غير شرعية أو تهديد للأمن العام أو طلب ترحيل) في إبعاد الأجنبي عن ترابها الوطني، ينبغي أن تتساءل ما إذا كان هذا المطرود سيكون في بلاده ضحية لأعمال تخالف الحقوق الأساسية للإنسان وهو ما ينطبق فعلا في صورة ممارسة الختان.

5 ـ ولهذا السبب يعدّ الحكم الصادر – في وقت اهتمّت فيه وسائل الاعلام بمأساة الختان – عن الدائرة السادسة للمحكمة الادارية بليون في قضية س... هامّا جدّا. وهذا الحكم الصادر استنادا إلى استنتاجات مندوب الحكومة بورّاشو المطابقة جاء ملغيا لقرار والي مقاطعة لالوار لأنه تجاوز سلطاته وهو قرار يقضي بإبعاد المدعية وإرجاعها إلى غينيا بما أن طفلتيها يتهددهما خطر ختانهما والختان حسب ما تنص عليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان هو «معاملة لاإنسانية أو مهينة».

6 ـ ولدت المدّعية سنة 1968 بغينيا وهي تحمل الجنسية الغينية وقد دخلت التراب الفرنسي حيث يقيم زوجها في شهر جويلية/تموز 1988 بتأشيرة. وبعد أن رفض طلبها الأول في الاعتراف لها بحق اللجوء السياسي (بحكم انتمائها إلى قبيلة المالينكي وهم من الأقلية) ألفت نفسها مضطرة إلى العودة إلى بلادها لأنها أصبحت في وضعية غير قانونية في شهر نوفمبر/تشرين الثاني 1990 صحبة ابنها المولود في سنة 1989. ثم عادت إلى فرنسا بفضل جواز سلمته لها الدولة الغينية والتحقت بزوجها بسانت إتيان في شهر جويلية/تموز 1991. وفي بداية 1994 حاول الزوجان س... الحصول على الجنسية الفرنسية لأبنائهما باعتبار أنهم من صلب أب ولد في مستعمرة فرنسية قبل حصولها على استقلالها. لكن المطلب الذي استند إلى وثيقة مزورة للحالة المدنية (تاريخ ولادة الزوج قُدّم من 1962 إلى 1957) رُفض وأصدرت المحكمة الجزائية بسانت إتيان على السيدة س... حكما بالسجن 6 أشهر وغرامة بـ 1000 فرنك (27 جانفي/كانون الثاني 1994). وفي شهر أفريل/نيسان الموالي حكم عليها مجددا إثر تقديم طلب جديد استند إلى وثائق مزورة للحصول على رخصة إقامة باعتبار أنهما أبوان فرنسيان،

وصدرت في شـأنها بطاقة منع الإقامـة بالتراب الوطني (27 أكتـوبر/ تشرين الأول 1994) ونصّت أيضـا على ترحيل المحـكوم عليهـا إلى الحدود. وأقـرّت محكمة الاستئناف بليون هذين الحكمين في 15 مارس/أذار 1995 ونفذ إجراء منع زوجهـا من الإقامـة بالتراب الوطني في 28 مـارس/أذار 1995 ولكن لم ينفذ فـيها الحكم لأنهـا تقدمت بطلب للحصـول على حق اللجوء (8 ديسمـبر/ كانون الأول 1995). وهذا الطلب الثاني رفضه مـدير الديوان الفرنسي لحماية اللاجئين ثم رفضته اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين يوم 18 مارس/أذار 1996 بعد تقديم عـريضة إلى المحكمة الادارية. وفي 4 جانفـي/كانون الثاني 1996، أخذ والي مقاطعة لالوار قرارا يـقضي بترحيلها إلى بلدها الأصلي. وفي يوم 5 رفضت مع أطفـالها الثلاثة (ابنهـا وبنتاها المولودون بفرنسـا) ركوب الطائرة وعضّت شـرطيين (وهو فعل كلفـها 7 أشـهر سـجنا إثر حكـم صدر عن الدائرة الرابعة لمحكمة الاسـتئناف بليون يوم 27 فيفـري/شباط 1996) (10). وفي يوم 11، علّق رئيس الدائرة الـسادسـة للمـحكمة الادارية بـليون قـرار الوالي الصادر في 4 جانفي/كانون الثاني ومكّنـها من حق تأجيل القرار الذي يقضي بترحيلها إلى غينيا باعتباره بلد الوجهة وذلك يوم 5 أفريل/نيسان.

7 ـ اشـتكت السـيـدة س ... أمـام القـاضي الاداري من إجـراء يقـضي بإبعادها وهو إجراء يهـدّد ابنتيها اللتين يتعيّن عليـهما العودة معهـا إلى غينيا، بخطر الوقوع ضحية لعملية ختـان. وذكرت بأنّ هذا الاجراء يُعدّ انتهاكا للمادّة 3 من اتفاقـية الأمم المتـحدة لمناهضة الـتعذيب وغـيره من ضـروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهـينة الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر/كانون الأول 1984. واستنادا إلى هذه الحجـة التي أعادت المحكمة النظر فيهـا اعتمادا على المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحـقوق الانسان حكمت لها المحكمة بإبطال القرار موضـوع الدعوى (11).

8 ـ هذه الحـجة – وهي حـجة لا عـهد لنا بـها – تطرح مـعضلتين أمـام المحكمة الإدارية بليـون : المعضلة الأولى وهي لا تمثل صعوبـة حقيقيـة تتصل بقابليّـة المادة 3 من الاتفاقية الأوروبيـة للتطبيق في حالة إجراء يقـضي بإبعاد أجنبي يدّعي أنّ أبناءه سيكونون ضحية معاملة تمنعها هذه المادة في بلد المنشإ. والمعضلة الثانية وهي مبدئيا أدقّ تضـطرّ المحكمة إلى التساؤل عن تحديد صفة ممارسة الختان بالنظر إلى المادة نفسها. إنّ الإجابة عن هذا التساؤل المزدوج لا يمثّل مفاجأة كبيرة : فإمكانية أن يتذرّع أجنبي بالمادة 3 من الاتفاقية الأوروبية

في حين لا تعترف له أية مادة أخرى من الاتفاقية بأي حقّ في ألاّ يقع إبعاده من تراب دولة طرف في هذه الاتفاقية، هي إمكانية تفترض فعلا أن يلجأ القاضي بكل بساطة إلى طريقة أصبحت شائعة في مجال حقوق الانسان وهي طريقة «الحماية بطريقة غير مباشرة» فممارسة الختان تدخل بسبب خطورة نيلها من سلامة الفرد بدنيا ومعنويا في صنف المعاملات التي يدينها النص الأوروبي. ولذا من الطبيعي أن يصل الأمر بالقاضي الفرنسي إلى التأكيد مجدّدا، في فرضية أن يُعرّض إجراء يقضي بطرد أجنبي إلى معاملة تمنعها اتفاقية 1950، صلوحية تقنيّة «الحماية بطريقة غير مباشرة» (I) وتوسيع مفهوم المعاملة اللاّإنسانية أو المهينة ليشمل الختان وذلك حسبما يفهم من منطوق المادة 3 من هذا النص (II).

أولا . استخدام منطقي لتقنية «الحماية بطريقة غير مباشرة»

9 ـ إنها تقنية مشهورة جدّا (12). وتتمثّل في توسيع حماية بعض الحقوق المتفق عليها لتشمل وضعيات غير منصوص عليها صراحة في الاتفاقية الأوروبية وذلك لفائدة أشخاص مستضعفين بصفة خاصة. فالاتفاقية الأوروبية لا تتضمّن أحكاما خاصة بظروف احتجاز الأشخاص الذين يقع حرمانهم من حرّيتهم. وتسمح لهم آلية «الحماية بطريقة غير مباشرة» بأن يتذرّعوا ببعض أحكام الاتفاقية (مثلا المادة 3) مادامت هذه الشروط لا تناقض المعيار الذي حدّدته هذه المادة. وكذلك الأمر فيما يتعلّق بالأجانب : فالاتفاقية، باستثناء البروتوكولين 4 (منع الطرد الجماعي) و 7 (الحقوق الاجرائية عند الطرد) لا تقبل حقّ الأجانب في ألاّ يتمّ إبعادهم عن أرض دولة طرف (حق عدم التسليم أو الطرد أو الترحيل خارج الحدود) ولكن إذا كان من الممكن أن يفضي هذا الإجراء بحكم انعكاساته، إلى أن يضع أحد هذه الحقوق التي تقرّها الاتفاقية أو عددا منها موضع شكّ فإنّ المعنيّين بالأمر يمكنهم أن يدّعوا انتهاكها وفي هذه الحالة سيمثّل المساس بحق غير محمي بصريح النص انتهاكا «بطريقة غير مباشرة» لحق معترف به. إنّ التقنية التي تسمح بألاّ يُستنتج وجود تعارض اختصاص نوعي للعريضة مع الاتفاقية، تأتي لتسدّ الثغرات وتولّد حقوقا فعلية مشتقة يمكن للأجانب أن يتذرّعوا بها. وهذا في الحقيقة تصورمنطقي إجمالا بما أنّ الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية تعهّدت بمقتضى المادة 11 بالاعتراف بالحقوق والحريات التي تنص عليها وذلك «لكلّ

شخص يخضع لقوانينها» وهو ما ينطبق على الأجانب الذين يقيمون بصفة قانونية أو غير قانونية على أراضيها. وتمثل المادة 3 بلا ريب وإن كانت ليست وحدها الأحكام التي يمكن استغلالها (لنا أن نفكر أيضا في المواد 2 و 8 و13) الاتجاه الأساسي للحماية «بطريقة غير مباشرة» (13).

10. إنّ مزيّة هذا التوسيع المفيد للاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ترجع أولا وقبل كلّ شيء إلى هيئات ستراسبورغ. فهذه الهيئات هي التي جعلت من تطبيق المادة 3 أمرا ممكنا بمقتضى مالها من قوة وذلك بطريقة «الإلحاق» وحددت إلى جانب «حماية مباشرة» وجود «حماية بطريقة غير مباشرة» (14) بموجب هذه المادة (أ) لكنّ السلطات الحكومية لم تبق بمعزل فالقاضي والمشرّع كما يشهد على ذلك القرار الذي نعلّق عليه في هذا المقال، حرصا على استخلاص جميع النتائج من فقه القوانين الأوروبي (ب).

أ ـ تقنية مصدرها فقه قوانين هيئات الاتفاقية الأوروبية

11. لقد أقرّت اللجنة الأوروبية لحقوق الانسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في عدّة مناسبات قابلية الاتفاقية للتطبيق «بطريقة غير مباشرة» على تدابير إبعاد الأجانب، وبدون أن تدّعي التشكيك في الأهلية المبدئية للدولة في اتخاذ تدابير إبعاد الأجانب الذين يمثلون خطرا على النظام العام أو الذين يكونون موضوع طلب تسليم أو الذين يوجدون بصفة غير شرعية على التراب الوطني فإنّ الهيئات الأوروبية حملت على أن تشير إلى السلطات الحكومية بأن سلطة كهذه لم تكن تقديرية وأن ممارستها لا يمكن أن تؤثر في الحقوق المعترف بها لكل من يخضع لنفوذها. إذا كانت نتيجة هذا الإجراء المسّ بأحد الحقوق المضمنة في الاتفاقية فإنّه يلغى سواء أكان إجراء الإبعاد فعليا أم مفترضا. ولقد كان مثل هذا الاجتهاد مثيرا للانتباه بصفة خاصة فيما يتعلق بالإجراءات التي من شأنها أن تعرّض للخطر حق الأسرة في احترام حياتها الخاصة وهو حق تحميه المادة 8 (قضيّة مستقيم ضد بلجيكا، فيفري/شباط 1991، وقضيّة بلجودي ضد فرنسا، 26 مارس/أذار 1992 وقضيّة نصري ضد فرنسا 13 جويلية/تموز 1995). بل إن بعض المؤلفين تساءلوا ما إذا لم يكن هذا الاجتهاد ينص على المنع فعليا لطرد «المهاجرين من الجيل الثاني» (15). بيد أنّ هذا الاجتهاد برز أيضا فيما يخصّ المادة 3 فالدولة المتعاقدة يتعين عليها أن تسهر على ألا تبعد الأجنبي إلى بلد تدعو أسباب جدية

إلى الاعتقاد في أنه سيخضع فيه إلى التعذيب أو إلى معاملة لاإنسانية أو مهينة. إن الحكم الصادر في قضيّة سورينغ الذي تم التصريح به بالاجماع من قبل المحكمة العامة يوم 17 جويلية/تموز 1989 يعبّر بصفة قاطعة عن ذلك (16). ونجد وجهة نظر مشابهة في قضايا الطرد (قضيّة كروز فاراس ضد السويد، 20 مارس/أذار 1991 طرد إلى الشيلي) أو منع من اجتياز الحدود (قضيّة فيلفاراجاه ضد المملكة المتحدة، 30 أكتوبر/تشرين الأول 1991، منع تاموليين من اجتياز الحدود وإعادتهم إلى سري لانكا).

12. تدعو إذن المادة 3 الدولة إلى أن تتجاوز مجرد الالتزام بعدم التدخل وإلى فرض «نوع من الالتزام بسلوك» (17) (في قضية سورينغ تستشهد المحكمة بـ «التزام ضمني بعدم التسليم» الفقرة 88) عندما يتمّ توقع اقتراف مثل هذه الأعمال على أراضي دولة ليست مرتبطة بالاتفاقية. وبالفعل إن الدولة المتعاقدة هي «المتهمة غير المباشرة بالانتهاك» لأنها هي التي «تجعل ذلك الانتهاك ممكن الوقوع بإبعادها للأجنبي، حتى إن قامت الدولة به بمقتضى اتفاقية تسليم» (18). وفي هذه الحالة لا يتعلّق الأمر بتحميل المسؤولية للدولة غير المتعاقدة في الاتفاقية الأوروبية بل بمحاسبة الدولة التي يجب عليها أن تطبقها لأنها قامت بعمل نتج عنه مباشرة تعريض شخص إلى معاملات سيئة ممنوعة» (سورينغ، الفقرة 91).

13. ويستتبع هذا الحكم أيضا أن الالتزام يشمل الانتهاكات المحتملة التي تقترفها أطراف أخرى فباسم قوة نفاذ الحقوق التي تعترف بها الاتفاقية تطبّق هذه الاتفاقية حينئذ على العلاقات الفردية المشتركة («أثر أفقي») (19) فإذا كانت المعاملات المعنية متأتية من أعمال تقترفها مجموعات مستقلّة وكانت السلطات العمومية عاجزة عن حماية الضحايا أو لا تريد أن تحميهم فإنّ على الدولة أن تتحمّل المسؤولية.

14. ويفضي مثل هذا التفكير بهيئات الاتفاقية الأوروبية إلى فحص الأجهزة القانونية والممارسات التي نجدها في الدول الأخرى. ولكن رغم مبدإ السلطة النسبية للمعاهدات فلا شيء يبدو غير عادي عندما نأخذ في الحسبان كونية الحظر الذي تنص عليه المادة 3 وهي كونية «داخلية» (بما أنّ أحكامه تنطبق على الدول الأطراف) و «خارجية» (بما أن أحكامه تصلح "معيارا" إجباريا في تقييم المعاملات التي يتحملها طالبو اللجوء في بلدان غير أطراف») (20). يمكن طبعا أن نعيب على اللجنة وعلى محكمة ستراسبورغ تغليبهما

ضمن هذه الفرضية تصوّرهما للأعمال التي تمنعها المادة 3 على تصور البلدان غير الأطراف.

15. ومع ذلك فـإنّ هذه المتطلّبـات واضحـة فعـدم إبعـاد الأجنبي الذي يتهدّده خـطر التعرض إلى أعمـال مثل هذه في البلد الذي يُطرد إليه تتحـكم فيه «روح معاهدة هي الاتفاقية الأوروبية التي لـيست معاهدة عادية بل هي معاهدة تضمن ضمـانا جماعيـا حقوق الانسان» (سورينـغ الفقرتان 87 – 88) وهي معاهدة تنشـئ "التزامـات موضوعية" (قضيّـة إيرلندا ضدّ المملكة المتحدة 18 جـانفي/كـانون الثانـي 1978، الفقـرة 239) بالنسـبـة إلى الدول الأطراف. «والمعيار المتضمّن في المادة 3 التي تتعاظم قوّتها بتعاظم التزام العديد من الدول الأعـضاء في المجلس الأوروبـي في نطاق الاتفاقـيـة الأوروبية لمـنع التعـذيب والعقوبة أو المعاملة اللاإنسانية أو المهـينة (26 نوفمبر/تشرين الثاني 1987) يمثل فضلا عن ذلك معيارا عرفيا. وفيما يتعلّق بمنع التعذيب فإن له قيمة معيار لقانون عـرفي وهو معيار ينص على كـفالة مطلقة ينبـغي أن يستفيـد منها كل إنسان مهـما كان أصله ومهـما كان موطن عـيشه» (21). ويتعلّق المعـيار مثل جميع الحقوق التي تهدف إلى ضمان سلامة الكائن البشري الجسدية والمعنوية بحق مـقدّس ينبـغي بقطع النظر عن القـيم التي تشـترك فـيهـا الدول المرتبطة بالاتفاقيـة «أن يعتبر خاصية لا يجـوز التصرف فيها للشـخص البشري وهي مؤسسـة على قيم مشتركة بين جميع المـوروثات الثقافية والأنظمة الاجتماعية» (22).

ب - تقنية يكرّسها القانون الداخلي

16. إنّ آلية «الحـماية بطريقة غيـر مباشـرة» في مجال حمـاية الأجانب ليست مـجهولة على الصعـيد الوطني وتبعـا لذلك لا يجهلها القـانون الفرنسي (23). وفي النتائج التي استخلصـها مـندوب الحكومة في القضية المدروسة في هذا المقال، يحـيل عليها المندوب بـالإشارة – بخصوص إبـعاد الأجنبي إلى بلد حيث تمارس المعاملة اللاّإنسانية أو المهينة – إلى وجود «تكييف قانوني بطريقة غير مباشرة» «مصدره فقـه قانون المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان» و «فقه قانون مجلس الدولة».

17. إنّ أصل استـخدام هذه الآلية يرجع إلى القـانون الروماني. وتتّفق مخـتلف أنواع الفـقه الأوروبي مع الفـقـه الفرنسي اتـفاقا صـريحـا وإن كان

بإمكان القاضي الإداري أن يعتمد، فضلا عن المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية، على حجج أخرى (اتفاقيات التسليم واتفاقية جنيف بتاريخ 28 جويلية/تموز 1951 المتعلّقة باللاّجئين – المبادئ العامة للقانون، النظام العام الفرنسي) (24).

18. ويمارس القاضي الإداري الفرنسي على أساس تبريرات يتقدّم بها المعنيون بالأمر، مراقبة عادية على القرار المحدّد للبلد الذي يرسل إليه الأجنبي المبعد عن التراب الوطني (25). فمنذ الحكم بمبدإ قانوني في قضيّة "وجدي" (26) (présid. sect. cont. 17 déc. 1990, Leb., p. 362) أبطل مجلس الدولة القرار الذي يحدّد البلد الذي يقصده المطرود عندما يكون المعني قادرا على إثبات وجود ظروف خاصة من شأنها أن تعوق قانونيا إبعاده (خطر مّا يتهدّد حياته أو حريته أو إمكانية التعرّض إلى معاملة تخالف ما تنص عليه المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان). إنّ قرارات الإلغاء الأساسية التي اتخذت تتعلّق بمعارضة المدّعي للنظام السياسي القائم في بلده الأصلي الذي سيعاد إليه.

(Présid. sect. cont.;préfet du Val-d'Oise c. Yilmaz, T. Leb; p. 927; présid. sect. cont; 8 avril 1984, préfet des Yvelines c. Bahri, n 147-249, T; Leb; p. 948; présid. sect. cont; 14 juin 1994, Mohammad Reza Zamani Rostamabadi, n 155-032)

19. وجاء القانون عدد 93 – 1207 المؤرخ في 24 أوت/أب 1993 ليكرس المبادئ التوجيهية لهذا الاجتهاد. فإثر صدور هذا النص نجد في الفقرة الثانية من المادة 27 مكرر من الأمر الصادر في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 1945 المتعلّق بدخول الأجانب إلى فرنسا وإقامتهم فيما نصه «لا يمكن طرد أجنبي إلى بلد آخر إذا أثبت أن حياته أو حريته فيها مهدّدة أو أثبت أنه سيكون فيها عرضة إلى معاملات مخالفة لأحكام المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية الصادرة بتاريخ 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1950».

20. ويدلّ هذا الحكم الذي يوافق الموقف الذي اتخذته هيئات ستراسبورغ على أن القاضي الإداري يملك الأداة التي تمكنه من مراقبة القرارات بشأن طرد الأجانب عندما يكون من شأنها أن تفضي إلى تعرّض المطرود إلى معاملة لاإنسانية أو مهينة في البلد الذي سيطرد إليه. لكن يبقى أن نثبت في هذه الحالة – والإثبات هو المشكلة الكبرى في هذه الباب – أن المعاملة المعنيّة تستجيب لمثل ذلك الوصف.

ثانيا. توسّع لا نقاش فيه لمفهوم «المعاملات اللاإنسانية أو المهينة»

21. ميّز مندوب الحكومة فيما توصل إليه من نتائج بين مسألتين : هل يمكن التعامل مع ممارسة عملية الختان باعتبارها فعلا تمنعه المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية ؟ هل كانت بنتا السيدة س ... مهددتين بالتعرّض إلى مثل هذه المعاملة حال وصولهما إلى هذا البلد ؟ وهما المسألتان اللتان نظرت فيهما أيضا المحكمة الإدارية بليون فقادها إلى البتّ في نوع الخطر الذي يتهدد البنتين (أ) وحقيقة هذا الخطر (ب).

أ - نوع الخطر الذي يتهدّد الأجنبي المُبعَد

22. لم يعترض والي مقاطعة لالوار على وصف المعاملة بأنها لاإنسانية أو مهينة. ومن جهة أخرى كان بإمكان القاضي الاعتماد على فتوى اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين التي اعتبرت سابقا أن ممارسة الختان «تعذيب» (اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين، 17 جويلية/تموز 1991، الآنسة أميناتا ديوب، عريضة عدد 078. 164). وهي عناصر لا يمكن إلاّ أن تيسّر مهمّة مندوب الحكومة في إثباته ما للمعاملة التي احتجت بها المدعية من طابع مهين في مرحلة أولى ومن طابع لاإنساني في مرحلة ثانية. فهل تمثل ممارسة الختان معاملة مهينة ؟ لا ريب في ذلك من وجهة نظر مندوب الحكومة وإن تمّ التذرع «بتبريرات تستند إلى العرف أو الثقافة أو الدين» وهي تبريرات تصحب هذه الممارسة و «لا يقصد من ورائها إهانة الشخص وإنما القصد إدماجه» ولمّا كانت هذه الممارسات «تكشف عن تفاوت متأصل بين الذكور والإناث فيما يتصل بطقوس البتر المفروضة على الفرد» فإنها تدلّ على السعي إلى «خلق وضعية دونية» بسبب «طبيعة الخفض الذي يفرض على المرأة ومداه». وإضافة إلى هذا فإن بتر الأعضاء التناسلية للأنثى «بسبب الظروف التي يتمّ فيها» (فتيات صغيرات جدا من حيث السنّ، عدم التخدير الفعلي، شدّة الآلام، إمكانية الوفاة الناجمة عن النزيف الدموي، مضاعفات عديدة بسبب التعفن) يدرج ضمن صنف المعاملات اللاّإنسانية. ويقصي السيد بورّاشو في الأثناء بوضوح حجّتين تقدمان أحيانا لإضفاء المشروعية على عملية الختان : بادئ ذي بدء الحجة الواهية التي تزعم أن لهذه الممارسة صفة علاجية تمكّن من تجنب هذه الآلام («تعدّ مثل هذه الممارسات على وجه الخصوص لاإنسانية في حدّ ذاتها باعتبار أنها تمثل خفضا لا تبرّره أسباب علاجية» وباعتبار أنها «تؤدي إلى

تغيير عميق في جسد الانسان كما تفضي إلى تغيير الشخصية») وأما الحجة الثانية فهي التذرّع المعهود استنادا إلى ضرورة الطقوس في عملية التكييف الاجتماعي للفرد، وهو تبرير مردود حسب نص المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية «كما أوّلتها المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان التي لم تقبل أيّ تبرير» وهذا التحليل تبنته إجمالا المحكمة. فهي تعتبر، مستخدمة صيغا تؤثر الحديث عن الطابع اللاإنساني لهذا الصنيع موضوع القضية، أن مثل «هذا البتر لجسد المرأة هو بتر يتسبّب في آلام حادّة» ولا يقوم على «أية ضرورة علاجية أو أي سبب آخر صحّي». ولا يصدر إلاّ «عن ممارسة طقوسية وثقافية» «تسلّط على المرأة كرها أو على أبنائها، وتمثل معاملة لاإنسانية أو مهينة» على معنى المادة 3 من اتفاقية 1950.

23. إن الاستنتاجات المذكورة آنفا وكذلك الحكم الذي أكدها ينسجمان مع جوهر فقه القوانين الأوروبي المتعلّق بالمادة 3 (27). فقد طوّرت اللجنة الأوروبية لحقوق الانسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان فقها ديناميكيا تمكّن وهو ينحو إلى توسيع مجال الحماية، أن يجعله بمنأى عن المفارقة التاريخية التي قد يفرضها عليه السياق الخاص لسنة 1950 (إحالة على فظاعات النازيين) وبما أن هذا الحكم لا يتضمّن تعدادا للممارسات التي يشملها المنع (وهي ثغرة محمودة تجنب نسيان ممارسات مّا) فإنه («لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات اللاإنسانية أو المهينة») يستدعي من هيئات ستراسبورغ بطبيعة الحال أن تقوم بعمل تأويلي هامّ. وحتى تدخل المعاملة السيئة المدانة تحت طائلة المادة 3 فيجب أن تبلغ «درجة دنيا من الخطورة» يكون تقديرها «بالأساس نسبيا ... ويكون رهين مجموع المعطيات المتوفرة في القضية» (إيرلندا ضد المملكة المتحدة، 18 جانفي/ كانون الثاني 1978. الفقرة 162، تيرر. 25 أفريل/ نيسان 1978، الفقرتان 29و30، سورينغ، 7 جويلية/ تموز 1989، الفقرة 100) ويبرز مقياسان من هذه الصياغة : مقياس درجة الخطورة ومقياس التقدير النسبي.

24. يتعلّق المقياس الأول بحدّة الآلام أو الاهانة التي تتحمّلها المرأة ويمكّن من التمييز بين ثلاث درجات ضمن المادة 3 : فالتعذيب يستهدف «المعاملات اللاإنسانية المتعمّدة التي تتسبّب في آلام حادّة خطرة جدا» (إيرلندا ضد المملكة المتحدة ، الفقرة167) أما المعاملة اللاإنسانية فهي المعاملة التي تنجرّ عنها مباشرة آلام نفسية أو جسدية بالغة الحدّة (تيرر، الفقرة 29)

ويمكن تعريف المعاملة المهينة بأنها المعاملة «التي تحطّ من قيمة الفرد أمام الآخرين على نحو فاضح أو التي تدفعه إلى التصرّف كرها أو بمخالفة ضميره» وتحطّ من قيمة الفرد أمام نفسه» (تيرر، الفقرتان 29و32).

25. ويمكّن المقياس الثاني من «تقييم خطورة الأعمال التي وقع تجريمها وإثر القيام بتحليل لكل حالة على حدة يتم تصنيف هذا الفعل أو ذاك في أحد الأصناف الثلاثة المضمنة في المادة 3 لأنه تمّ في هذه الحالة تجاوز الحد الأقصى لخطورة ذلك الفعل» (28). ويفضي إلى فتوى تشمل «محدّدات داخلية» (كيفية التنفيذ، سياقه، طرقه، آثار المعاملة، أو العقوبة ومدتها، جنس الضحية وحالتها الصحية بدنيا ونفسيا، وسنّها) و «محدّدات خارجية» (السياق الاجتماعي والسياسي للقضية) (29). وهذه المحددات الخارجية التي تستند إلى الأخذ في الحسبان ضرورة الدفاع عن المجتمع الديمقراطي (30) تدخل بصفة مفارقة في تحديد درجة الخطورة الباعثة على تطبيق المادة 3 مبدأ النسبية وهو مبدأ يرتبط في الأصل ببند النظام العام الذي يصاحب الاعتراف بالحقوق الشرطية للاتفاقية الأوروبية و الشرط الاستثنائي الذي تنص عليه المادة 15. فقرار سورينغ بيّن أن للقاضي الأوروبي صلاحيات التثبت ما إذا تمّ الحفاظ على نوع من التوازن بين المصالح الموجودة وهي مصلحة الفرد والمصلحة العامة (الفقرة 110). ويبدو أن تطبيق مبدإ النسبية هذا الذي نقده فريديريك سودر بشدّة (31) قد تخلّت عنه (32) محكمة ستراسبورغ. وإن المحافظة على هذا المبدإ تشكك بلا ريب في الطابع الإطلاقي لمنع التعذيب والمعاملات اللاإنسانية أو المهينة في حين أن الأعمال التي تخالف المحظور في المادة 3 لا يمكن بأية حال من الأحوال أن يوجد لها تبرير «مهما كانت تصرفات الفرد» (الفقرة 163) وهو ما أشارت إليه المحكمة في قضيّة إيرلندا ضدّ المملكة المتحدة.

26. وبموجب هذه المقاييس تمّ ضبط معاملات لاإنسانية أو مهينة في خمس قضايا : إيرلندا ضدّ المملكة المتحدة (طرق الاستنطاق التي توخّتها القوات المسلّحة البريطانية بأولستار) وتيرر (Tyrer) ضدّ المملكة المتحدة (عقوبة قضائية بالجلد في جزيرة مان (Man)) وسورينغ ضدّ المملكة المتحدة (طابع الاعتقال في «ممرّ الموت» بولاية فرجينيا) وطوماسي ضدّ فرنسا (27 أوت/أب 1992، تعنيف بوليسي أثناء وضع تحت المراقبة إثر عمليات إرهابية) وريبتش Ribitsch ضدّ النمسا (4 ديسمبر/كانون الأول 1995 تعنيف أثناء وضع

تحت المراقبة) ولم تعتبر هذه المقاييس معاملات لاإنسانية أو مهينة في ثماني قضايا أخرى هي : (كامبل وكوزنس ضد المملكة المتحدة، 25 فيفري/شباط 1982، العقوبة الجسدية في المدارس الاسكتلندية وواريك ضد المملكة المتحدة العقاب الجسدي الممارس في المدرسة، قرار لجنة الوزراء، DH (89) 5، 2 مارس/أذار 1989 وكروز فاراس وآخرون ضدّ السويد، 20 مارس/أذار 1991، إمكانية التعرّض إلى الاضطهاد السياسي في صورة ترحيله إلى الشيلي : وفيلفاراجاه وآخرون ضد المملكة المتحدة، 30 أكتوبر/تشرين الأول 1991، إمكانية التعرّض لمعاملات قاسية في حالة إجلاء التاموليين نحو سري لانكا، وهيرزغفالري ضدّ النمسا، 24 سبتمبر/أيلول 1992، معاملة محتجزين مختلين عقليا في مستشفى للأمراض النفسية، كوستيلو روبارتس ضدّ المملكة المتحدة، 25 مارس/آذار 1993، عقوبة جسدية في مدرسة خاصة. وكلاس ضدّ ألمانيا، 22 سبتمبر/أيلول 1993، اعتداء الشرطة بالضرب إثر إيقاف بسبب قيادة السيارة في حالة سكر، ولوباز أسترا ضدّ إسبانيا، 9 ديسمبر/كانون الأول 1994، محل سكنى يقع قرب محطة معطبة معدّة لتطهير بقايا الصباغة).

27. هل يمكّن مثل هذا الفقه المحكمة الإدارية بليون أن تعتبر، كما فعلت ذلك، أن ممارسة الختان هي «معاملة لاإنسانية أو مهينة؟» لا ريب في الردّ على هذا التساؤل بالإيجاب وبالفعل فإن هيئات الاتفاقية الأوروبية وجدت نفسها أمام وضعيات مختلفة جدّا فوسّعت تبعا لذلك من مجال الحماية التي تنصّ عليها المادة 3 «ليشمل قطاعات من الحياة الاجتماعية لا صلة لها البتة بأي نشاط قمعي» (33). ودون أن تكون قرارات هذه الهيئات وبالخصوص المتعلّقة منها بالعقوبات الجسدية (34) والمعاملات أو التجارب (35) في المجال الطبي، مرضية تماما وخاصة فيما يتصل بقابلية المادة 3 للتطبيق على ظروف عيش مخالفة للكرامة البشرية (36) فإن هذه القرارات تقدم جميع العناصر الضرورية لإضفاء مثل هذه الصفة على الختان. وفعلا إذا كان من الممكن أن نقبل أن عقوبة جسدية تتمثل في ضرب مدير مدرسة، في ظل غياب شهود عيان، بكعب حذائه طفلا يبلغ سبع سنوات على ردفيه لا تبلغ درجة من الخطورة بحيث تنطبق عليها المادة 3 (كوستلو روبارتس ضدّ المملكة المتحدة مذكور آنفا، الفقرة 32) فإن الأمر لا يستقيم فيما يتعلّق بممارسة الختان التي تتجاوز درجة الآلام فيها أو الإهانة الحدّ الأدنى المطلوب. وتؤدي إلى هذا

الاستنتاج جميع المقاييس التي تستخدمها عادة اللجنة الأوروبية لحقوق الانسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان مثل سنّ الضحية والإحساس بالرعب الذي ينشأ عن توقّع عملية الختان والآثار الجسدية والمعنوية للعملية وانعدام تبريرات علاجيّة (37) أو تربوية (38). وإضافة إلى كلّ هذا فإن الأخذ في الحسبان الإجماع على الختان في البلدان التي تمارس فيها هذه العملية لا يجعلها أكثر مقبولية. نقول ذلك ونحن نفكّر في هذا السياق في النسج على منوال الاجتهاد المتعلّق بالمادة 63، الفقرة 3 (وبصيغة أدقّ بقرار تيرر) وهو تقريب مغر خصوصا وأن الحكم قد حرّر وفي الذهن خلفية المناطق المستعمرة (39). لقد بتّت المحكمة في قضية تيرر (40) اعتمادا على وقائع جدّت في منطقة تابعة قضائيا لدولة مدّعى عليها وهو مالا ينطبق على حالة الختان الممارس في دولة ليست طرفا في الاتفاقية الأوروبية. بيد أنه يجوز القول إن الرأي الذي قادها إلى استبعاد حجة الحكومة البريطانية من هذه القضية قد تمكّنها من رفض كلّ ادّعاء يقرّ بشرعية الختان اعتمادا على أن هذه العملية تعتبر تقليدا متفشيا ومقبولا في البلد الذي سيطرد الأجنبي إليه.

ب - حقيقة الخطر الذي يتهدّد الأجنبي المبعد

28. إن مندوب الحكومة يذكّر بذلك في كلّ مناسبة. فإعمال المادة 3 من الاتفاقية ليس ممكنا إلاّ إذا «توفّرت مبرّرات جدية» تدفع للاعتقاد بأن المدّعي يتهدّده «خطر فعلي» يتمثل في تعرّضه لمعاملة تحجّرها المادة 3 (سورينغ، مذكور سابقا، الفقرتان 82 و91). فعلى المعني إذن أن يقيم الدليل على وجود مثل ذلك الخطر. ولن يقع حينئذ إثبات حالة الانتهاك مالم يقدّم دليل إثبات قاطع (كروز فاراس وآخرون ضد السويد، مذكور سابقا، الفقرة 84) أو إذا لم يثبت أن الأخطار تتعلق بالفرد وحده ويكتفي بالتذرّع بوضعية عدم استقرار عامة (فيلفاراجاه وآخرون ضد المملكة المتحدة، مذكور سابقا، الفقرة 111) (41).

29. إن ندرة الأحكام التي يلغي فيها مجلس الدولة القرارات الصادرة عن ولاية المقاطعات التي تحدّد البلد الذي سيرحّل إليه الأجنبي تشهد بالعناية التي ينبغي أن تحظى بها هذه البرهنة. إلاّ أن هذه البرهنة لم تكن عسيرة جدا في هذا الموضوع. فالسيد بورّاشو، الذي اقتفت المحكمة أثره اقتفاء تاما، توصّل إليها متوخّيا مسارا ينقسم إلى مرحلتين. فهو من جهة يحلّل (بصرامة) موقف السلطات الغينية تجاه مشكلة الختان. فمن وجهة نظره يتميز موقف غينيا

بالتعارض بين الالتزامات الدولية التي تدين (تماما كما تدين المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية) التعذيب والمعاملات اللاّإنسانية أو المهينة (42) وهي التزامات تدعو غينيا إلى اتخاذ التدابير اللازمة لوضع حدّ لكلّ أشكال التمييز ضدّ المرأة (43) والدفاع عن سلامة الأطفال الجسدية (44) وبين غياب تجريم جزائي لا يعدو أن يكون «تسامحا» إزاء ممارسة الختان. ويمكن – كما يعترف بذلك السيد بورّاشو – أن نلاحظ فعلا وجود «عملية ختان وهمية للمحافظة على الرمز الثقافي» في هذا البلد بيد أن هذه الممارسة (خدش بسيط لإسالة بعض القطرات من الدم أو محاكاة عملية الختان) التي تحافظ على الطقوس دون أن تؤدّي إلى خفض العضو تقتصر على الأوساط الحضرية «ولا تستفيد منها إلا الشرائح الغنية من المجتمع». في حين أن الوضع مختلف في الوسط الريفي وبالخصوص في غينيا الجنوبية حيث تقيم المجموعة العرقية مالينكي التي تنتمي إليها المدعية. ومن جهة أخرى يلاحظ السيد بورّاشو أن «خطر» التعرّض إلى عملية ختان بغينيا من وجهة نظر إحصائية «خطر تدعمه» فيما يتعلّق بالمعنية بالأمر وببنتيها ثلاثة عوامل : «عامل جغرافي» (انتماء السيدة س ... وبنتيها إلى وسط ريفي من جنوب غينيا) و «عامل عرقي» (الانتماء إلى المجموعة العرقية مالينكي التي تقيم في تلك الربوع وتتفشى فيها هذه الممارسة) و «عامل عائلي» (علاقة المدعية بعائلة زوجها وبزوجها نفسه الذي أرسل إلى الوالي مكتوبا «يطلب فيه طرد (كذا!) زوجته»). وهذه العناصر نجدها مرة أخرى في ملاحظتين أبدتهما المحكمة : فالسلطات الغينية «لئن كانت لا تنظم عمليات الختان فإنها لم تتسلّح بنظام قانوني لردعها أو على الأقلّ لحماية الأشخاص الذين يحاولون الافلات منها رغم إرادة الوسط العرقي والاجتماعي والعائلي الذي يعيشون فيه» و «السيدة س ... التي تنتمي إلى المجموعة العرقية مالينكي وهي أصيلة منطقة جنوب غينيا لن تكون قادرة على معارضة إرادة عائلة زوجها في ختان ابنتيها».

خاتمة

30. يمثل الختان فعلا معاملة لاإنسانية ومهينة. وللحكم الذي علقنا عليه مزيّة التذكير بهذا الأمر. فهذه الممارسة تصطدم مباشرة بهذا الحق «الذي يسم المجتمع الديمقراطي» و «يتجلّى في مدونة القانون الأوروبي في مجال حقوق الانسان» (45). فما تحظره المادة 3 يكرس – كما أشارت إلى ذلك محكمة

ستراسبورغ – «إحدى القيم الأساسية للمجتمعات الديمقراطية التي تؤلف المجلس الأوروبي» (سورينغ، الفقرة 88) ولا غرابة في ذلك إذا علمنا أن مدار الأمر هنا على «الحكم الوحيد من الاتفاقية الذي يمسّ مباشرة أسس الوضع البشري والحضارة ...» (46).

31. إن محكمة ليون بإقرارها لمثل هذا الوصف تنخرط لحسن الحظ في فقه قوانين الهيئات القضائية العليا الفرنسية الدستورية (47) والإدارية (48) التي أكدت رسميا في السنوات الأخيرة على الطابع الأساسي لمبدإ الكرامة البشرية. فهو يحمي بذلك «ما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم» (الإعلان العالمي لحقوق الانسان، 10 ديسمبر/كانون الأول 1948، الديباجة، الاعتبار الأول) المولدة لجميع حقوق الانسان (49).

32. تبقى طبعا تحفظات الأنثروبولوجيين التي تدافع عن اختلاف الثقافات وتحذّر من مخاطر النزعة المركزية الغربية (50). ولكن ألا ننسى حينئذ أن «الحقوق الأساسية للمرأة وللبنت هي حقوق لا يجوز التصرف فيها وهي حقوق لا تقبل التجزئة ولا يمكن فصلها عن الحقوق الكونية للفرد» (51). ألا يغيب عن أذهاننا أيضا، كما يعلمنا القديس بولس بحكمة في «الرسالة إلى مؤمني روما» من أن الختان الحقيقي هو «ما كان ختانا للقلب» (52) ؟.

(تعريب : سيف الدين دغفوس)

الهوامش

(1) M. Erlich. Les mutilations sexuelles, PUF, 1991 : M. Erlich. La femme blessée, L'Harmattan, 1986; S.V. Musumeci et al, " Les mutilations sexuelles et les droits de l'homme".in le médecin et les droits de l'homme. Actes du colloque de Santa Margherita Ligure, 27 - 28 mars 1982, Conseil de l'Europe. 1985

(2) S.A. ALDEEB ABU - SAHLIEH, Les Musulmans face aux droits de l'homme : religion, droit et politique; étude et documents, Bochum, Winkler.1994, pp, 74 - 75

(3) R. ALILI. Qu'est - ce que l'Islam ?. Paris, La Découverte, 1996, p 114. : وانظر أيضا :
S.A. ALDEEB ABU - SAHLIEH. op. cit, pp. 73 - 86 ; G. CONAC et A. AMOR (dir), Islam et droits de l'homme. Economica, 1994

(4) انظر في هذا الصدد الموقف المذهل للعالم الشهير المتخصص في الاثنونفسانية توبي ناتان (Tobie Nathan) الذي يعتبر أن الختان يمثل طقسا مساريا ضروريا ويطعن كل نقد للختان من الخارج (أي وجهة النظر الغربية) : «إن الختان عبارة عن آلية للتوقي العقلي، إنها مكسب اجتماعي خارق للعادة يتعين على المجتمع الفرنسي أن يعجل بتغيير نظرته له» (Tobie. Nathan, sorcier des banlieus ", Science et Nature n 52, fév 1995, pp, 79 - 80) انظر أيضا: C. DAVID, " Les Langues sorcières de Tobie Nathan", Le Nouvel Observateur, 8 - 14 juin 1994, pp. 102 - 103.

(5) بطلب من المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة الذي دعا الجمعية العامة للصحة الثانية عشرة بتاريخ 10 جويلية / تموز 1958 «إلى القيام بدراسة حول استمرار التقاليد المتمثلة في إخضاع الفتيات إلى عمليات ذات طابع طقوسي وحول التدابير المتخذة أو المزمع اتخاذها لمنع هذه الممارسات» فردّت الجمعية بأن «العمليات ذات الطابع الطقوسي المعنية ناجمة عن تصورات اجتماعية وثقافية ليست المنظمة العالمية للصحة مؤهلة لدراستها» (الجلسة العامة 11 بتاريخ 28 ماي/أيار 1959، القرار 12/53). وإثر ذلك تطور موقفها فأدانت هذه الممارسات ووضعت برامج عمل ترمي إلى مكافحة الختان (مثلا بواسطة اللجنة الإقليمية الأفريقية التابعة للمنظمة العالمية للصحة). وتجدر الإشارة هنا إلى العمل الذي تقوم به اليونيسيف واللجنة الأفريقية المشتركة حول الممارسات التقليدية التي تتمتّع بصفة هيئة استشارية لدى الأمم المتحدة.

(6) «يقدر عدد الأشخاص المعنيين بهذه الممارسات بأكثر من 20,000 إمرأة و 7000 بنت بفرنسا وهن في الأغلبية أصيلات بلدان تقع جنوب الصحراء الكبرى» (C. AUBIX et H. GISSEROT. " Les femmes en France : 1985 - 1995 ", Rapport établi par la France en vue de la 4ème Conférence mondiale sur les femmes, La Doc. fr, coll. des Rapports officiels, 1994, p. (46)
وانظر أيضا : Les mutilations du sexe des femmes aujourd'hui en France, Ed. Tierce, 1994 ; I. GILETTE - FRENOY, L'excision et sa présence en France, Paris, Ed. G. A. M. S. 1992

(7) انظر مثلا Cass, crim, 22 avril 1986, Bull. crim, 1986, I. n 136 (aff. Traoré)

(8) M. PEYROT. " La mort de Mantessa ou l'excision en procès " Le Monde. 29 - 30 mai 1988 ; F. AUBENAS, " L'excision paralyse la balance judiciaire ". Libération. 6 mars 1991 ; M. PEYROT, " L'excision, crime coutumier". Le Monde. 8 mars 1991 et " Ethnologie comparée à la Cour d'assises ", Le Monde, 9 mars 1991 : E. CANESTRIER, " La coutume Soninke au procès de l'excision ". La Croix, 9 mars 1991 : N, LEIRO - WITZ, " Honte à toi Aminata " , Le Nouvel Observateur, 14 - 20 mars 1991: C. CHOMBEAU. " Le long combat des femmes contre l'excision". Le Monde, 16 juin 1993.
إن تلكّؤ القضاء الجزائي الذي «يتردد بين الردع والتوقي عن طريق إعلام المجموعات المعنية» أشار إليه مندوب الحكومة بورّاشو في استنتاجاته المتعلّقة بالقضية المدروسة هنا. إن القانون الجزائي الجديد (المادة 222 من 8 إلى 10) يعاقب بصرامة ممارسة جريمة التعنيف الإرادي المؤدي إلى بتر عضو من أعضاء قاصر (العقوبة القصوى تصل إلى 15 سنة سجنا ويمكن أن ترفع إلى 20 سنة إذا اقترف هذا الجرم أحد الأسلاف الشرعيين أو الطبيعيين أو بالتبني أو أي شخص له نفوذ على القاصر. وإذا أدت هذه الجريمة إلى وفاة القاصر فإن العقوبة القصوى يمكن أن تبلغ 30 سنة).

(9) غداة التصريح بهذا الحكم، كان على مجلس الهجرة الأمريكي أن يصرح بقرار لفائدة منح اللجوء إلى امرأة شابة من توغو يتهددها خطر الختان وقد فرت من بلدها في شتاء 1994. وبما أنها طلبت اللجوء فقد كان عليها أن تثبت أنها كانت مهددة فعلا بالاضطهاد بسبب انتمائها العرقي أو دينها أو جنسيتها أو آرائها السياسية. وبهذا القرار تقبل السلطة الأمريكية وصف الختان بأنه "اضطهاد" معتبرة أن «للنساء وسائل انتصاف قليلة ويمكن أن يتعرّضن إلى تهديدات ضد حريتهن أو إلى أعمال عنف جسدي أو إلى الاقصاء الاجتماعي عندما يرفضن الخضوع إلى هذه الممارسة التقليدية أو يحاولن حماية بناتهن» («صحيفة لومند» 18 جوان/حزيران 1996). وإثر شهر، أي يوم 17 جويلية /تموز صدر بمصر قرار يمنع الختان في جميع المستشفيات والمستوصفات العمومية ويحجّر على الأطباء أو الممرضين «ممارسة هذه العادة السيئة التي هي ليست عادة إسلامية ولا مصرية» («صحيفة لومند» 21 – 22 جويلية / تموز 1996).

(10) يلاحظ هذا القضاء بصرامة أنها منذ 1988 : «بالغت في اللجوء إلى أكثر الحيل تنوّعا للبقاء – دون حق ودون رخصة – في الأراضي الوطنية» وهو سلوك يحدث «إخلالا شديدا بالنظام العام باعتبار أن من شأنه أن يشكك في مصداقية قرارات العدالة وتنفيذها» و «العدالة لا يمكن أن تجد مبررا لذلك في التقاليد الغينية التي تذرّعت بها للمرة الأولى إثر سبع سنوات من الإقامة اللاشرعية.

(11) كما يذكّر بذلك مندوب الحكومة بورّاشو، لا يُعطي هذا القرار مع ذلك الحق في الإقامة إلى المعنية فقرار القاضي الذي ينص على منعها من الإقامة في الأراضي الوطنية يظلّ نافذا ويمكن للوالي أن يتخذ تدبيرا

جديدا لإبعادها إلى وجهة جديدة. وهذا العنصر يفسّر رفض مطلب المدّعية الرامي إلى الحكم التهديدي على الوالي بتسليمها ترخيصا مؤقتا للإقامة خصوصا أن اللجنة المهتمة بطعون اللاجئين رفضت نهائيا – في وقت لاحق لتقديم الدعوى – مطلبها الثاني في اللجوء.

(12) G. COHEN- JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, Economica/ P. U. A. M., 1989, pp, 84 - 85 et 304 et s. ; F. SUDRE, Droit international et européen des droits de l'homme, P. U. F. , 2 179-185 éd., 1995,

(13) F. SUDRE, " Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 ", Rer, gén, dr, int, pub, 1990, p. 109.

(14) F. SUDRE, " Commentaire de l'article 3 " in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article. E. DECAUX. P. H. IMPERT. L. E. PETTITI (éd), Economica, 1995, pp, 163 et s.).

وللمؤلف نفسه هذا الإثبات «كشف القاضي الأوروبي «الحقوق المستمدّة من الاتفاقية التي لا تضمنها كما هي ولكنها تتمتع بحماية الاتفاقية لها بطريقة غير مباشرة وذلك استنادا إلى حق آخر مضمون» (" Extradition et peine de mort ... " ; op, cit, pp, 108 - 111)

(15) J. Y. CARLIER, "Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés?", Rev, trim, dr, h, 1993, pp, 449 - 466 ; O. DE SCHUTTER, " La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigrée ", Revue du droit des étrangers, 1995, ,pp, 267 - 268 : M. LEVINET, " Eloignement forcé des étrangers " in F. SUDRE et al, Institut de droit européen des droits de l'homme de Montpellier (IDEDH), Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995, R. U. D. H. , 1996, pp, 19 - 20.

(16) «لا تكرس الاتفاقية في حدّ ذاتها الحق في عدم التسليم، بيد أنه إذا ألحقت تبعات قرار تسليم الضرر بممارسة حق تضمنه الاتفاقية فيمكنه الاستناد إلى التزامات دولة متعاقدة مالم يتعلق الأمر بانعكاسات على مدى بعيد» (الفقرة 85). حول هذه القضية انظر " W. GANSILOF VAN DER MEERSCH, L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme, l'affaire Soering", Rev, trim, dr, h, 1990, p 5 ; H. LABAYLE. " Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : Réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme ", J. C. P. , 1990, I, 3452 ; F. SUDRE, " Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 ", R.G.D.I.P., 1990, pp, 103 - 121.

(17) F. SUDRE. " Commentaire de l'article 3, op, cit, p. 156

(18) H. LABAYLE, " L'éloignement des étrangers " in Le juge administratif et la CEDH, Actes du colloque de Montpellier, 14 - 15 décembre 1990, R. U. D. H. 1991, p, 312.

(19) F. SUDRE, Droit international et européen des droits de l'homme. انظر ; " Commentaire de l'article 3 " op. cit. p. 173. 134 $éd, 1995, !P.U.F., 2

(20) J. CALLEWAERT ; " L'article 3 de la Convention européenne une norme relativement absolue ou absolument relative? " in Liber Amicorum Marc André Eissen, Bruylant - L. G. D. J. , 1996, pp, 23 - 25. ويضيف هذا المؤلف قائلا : «إن القيمة الكونية لا ترجع فحسب إلى ما تنص عليه المادة 3 ولكن أيضا إلى المعايير التطبيقية التي ضبطتها المحكمة الأوروبية» (ص، 24 – 25).

(21) J. CALLEWAERT. " L'article 3 ...", op, cit, p. 15.

(22) F. SUDRE, " Commentaire de l'article 3", op. cit, p. 155.

(23) لقد كان موقف مجلس الدولة حول قابلية المادة 8 للتطبيق في مجال إبعاد الأجانب في البداية سلبيا (25 juillet, 1980, Touami Ben Abdeslem, Rec, p, 820 et note PACTEAU au J. C. P. , 1981, 19, 613) والتراجع ظهر مع قرار بلجودي المؤرخ في 18 جانفي/كانون الثاني 1991 (Rec, p. 18) وتأكّد مع قرارات الجمعية المؤرخ في 19 أفريل/نيسان 1991 Belgacem et Dame Babas (concl. ABRAHAM, R. F. D. A. 1991, p 497 et R. U. D. H. , 1991, p p, 242 - 251 ; H. RUIZ - FARRI, Rev, adm, 1991, p, 239)

انظر العرض التأليفي حول المسألة في : " H. LABAYLE. " L'éloignement des étrangers in Le juge administratif et la CEDH. op, cit, p. 310 - 311 ; " Le droit de mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigence européenne ", R. F. D. A. , 1993, 511 ; " Le droit de l'étranger de mener une vie familiale normale " in le droit français et la CEDH (1974 - 1992), Actes du Colloque de Montpellier, février 1993, Ed. Engel, 1994, 111 - 142.

(24) انظر H. LABAYLE. " L'éloignement des étrangers " op. cit. pp. 312 - 314.

وهكذا يعتبر مجلس الدولة أن المبادئ العامة لقانون التسليم تمنع التسليم إلى بلد لا تحترم فيه «الحقوق الأساسية للذات البشرية» (Ass. 26 juin 1984, Lujambio Galdeano, Rec., p. 308).

(25) مجلس الدولة Ass., 6 novembre 1987, Buayi. Leb, p, 348 et R. F. D. A. 1988. p. 88 avec les concl. VIGOUROUX (en matière d'expulsion) ; présid. sect. cont. , 8 avril 1984, préfet des Yvelines c. Bahri, n T. Leb., p. 948 249, – 147 (في مجال الطرد خارج الحدود). حول طبيعة المراقبة المفروضة من القاضي الإداري على القرارات الصادرة عن الولاية التي تنصّ على الطرد خارج الحدود وحول القرارات التي تضبط البلدان التي سيوجه لها الأجنبي المطرود : " R. D'HAEM. Le contrôle du juge administratif et le contentieux de la reconduite à la frontière. Bilan de jurisprudence ", Les Petites Affiches, 17 novembre 1995, n 138. p. 9.

(26) انظر أيضا: présid. sect. cont., 6 octobre 1992, Yildiz. n 133 – 840!

(27) ولنفس المؤلف F. SUDRE. " Commentaire de l'article 3 ". op. cit., pp. 155 - 175 " La notion de ' peines et traitements inhumains ou dégradants ' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme " Rev. gén. dr. int. publ. 1984. pp. 825 - 889.

(28) F. SUDRE. " Commentaire de l'article 3 ". op. cit., p. 159

(29) Ibid., pp. 159 - 161.

(30) مثلا، التزام الدول الديمقراطية بمكافحة الإرهاب (Rapp. Com., 16 déc. 1982. Kröcher et Möller, req, 8463/ 78, D. et R., 34, p. 25)

(31) عند هذا المؤلف «هي تشوّه الحماية المنصوص عليها في المادة 3 التي تغدو نسبية بعد أن كانت مطلقة في حين أنه لا يمكن أن يوجد مبدئيا هدف شرعي للتدخل في الحق في عدم التعرض إلى التعذيب وإلى المعاملات اللاإنسانية أو المهينة»

(" Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989", R.G.D.I.P. , 1990, pp, 119 - 120).

ويقدّم ج كالوارت تحليلا مماثلا .. (op. cit. pp, 32 - 33)

(32) قضية توماسي ضدّ فرنسا (27 أوت/آب 1992، معاملات لإنسانية ومهينة ناتجة عن تعنيف بوليسي أثناء حبس مؤقت إثر عمليات إرهابية بكورسيكا) انظر(F. SUDRE. " L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 août 1992. Tomasi. c. France, mauvais traitements et délai raisonnable ". Rev. de sc. crim. et de dr. pén. comp. janvier - mars 1993, pp. 35 - 37) .

وتشير المحكمة في هذا القرار إلى «أن مقتضيات التحقيق والصعوبات التي لا ينكرها أحد في مكافحة الإجرام وبالخصوص في مجال الإرهاب لا يمكن أن تفضي إلى الحدّ من حماية السلامة الجسدية للفرد» (الفقرة 115). ويؤكد القاضي الأوروبي الطابع المطلق لضمان حماية السلامة الجسدية للفرد المحروم من حريته في الفقرة 38 من قرار (ربتش ضد النمسا، 4 ديسمبر/ كانون الأول 1995) «فبالنسبة إلى شخص محروم من حريته، كل استخدام للقوة البدنية لا مسوغ حتميا للجوء إليه مادام سلوك الشخص المعني لا يدعو إليه، يعدّ مسّا بالكرامة البشرية ويمثل، مبدئيا، انتهاكا للحق الذي تكفله المادة 3» (F. SUDRE, in : F. SUDRE et al, I.D.E.D.H. " Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995", R.U.D.H. 1996, pp. 9 - 10)

وعلى خلاف ذلك يبدو بوضوح أن المادة 3 أكثر تضييقا عندما يتعلّق الأمر بتعنيف إثر إيقاف (كلاس ضد ألمانيا، 22 سبتمبر/ أيلول 1993، تعنيف بوليسي أثناء إيقاف من أجل قيادة السيارة في حالة سكر).

(33) F. SUDRE, " Commentaire de l'article 3", op., cit., p. 164.

(34) في قضية لوبيز أوسترا ضدّ إسبانيا، رفضت المحكمة فكرة أن يمثل العيش قرب محطة تطهير معطبة لنفايات الصباغة تنبعث منها روائح كريهة معاملة مهينة («لا ريب في أن الظروف التي عاشت فيها المدعية

وعائلتها مدة بضع سنوات كانت صعبة جدا ولكنها لا تمثل معاملة مهينة على معنى المادة 3» الفقرة 60). ولم تر اللجنة كذلك في العيش في ظروف بائسة ناتجة عن فقر مدقع «معاملة مهينة» .c (Déc. Van Volsem Belgique, 9 mai 1990, R.U.D.H , 1990, pp. 384 - 385 et note F. SUDRE. pp. 349 - 353)

(35) فقه الحقوق والقوانين الأوروبي في مجال العقوبات الجسدية (تيرر، الفقرة 38) يمكن أن يستعمل في صورة اتخاذ إجراء يقضي بالإبعاد إلى بلد يجيز العقوبات البدنية (إيران والسودان وسنغفورة...). واعتبرت اللجنة الفرعية لحقوق الإنسان بالأمم المتحدة أن المنع المنصوص عليه في المادة 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يستهدف مثل هذه العقوبات (CDH, Obs.. gén. n 20 ! (44) du 3 avril 1992, A/47/40. p. 190).

(36) اعترفت اللجنة بأن «العلاج الطبي لأهداف تجريبية الذي يخضع إليه مريض دون موافقته يمكن أن يعدّ، في بعض الظروف، مخالفا للمادة 3»

(X. c. Danemark, 2 mars 1983, 9974 / 82, D.R., 32, p. 282).

انظر حول هذا الموضوع : C. BYK, " Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme" in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, E. DECAUX, P.H.IMBERT, LE PETTITI (éd), Economica, 1995, p . 107.

(37) في قضية هرزغفلري Herczegflry ضد النمسا (تم تقييد المدعية بالأغلال والسيور في سرير طيلة عدّة أسابيع) ولم تر المحكمة في ذلك انتهاكا مستندة إلى «التشخيصات الطبية التي تم القيام بها» وتضيف موضحة أن إجراء يخضع إلى «ضرورة علاجية» لا يمكن عدّه عموما إجراء لاإنسانيا أو مهينا (24 سبتمبر / أيلول 1992، الفقرة 82).

(38) ي. ضد المملكة المتحدة (29 أكتوبر / تشرين الأول 1992). انتهت هذه القضية بتسوية ودية ولكن اللجنة اعتبرت في تقريرها المؤرخ في 8 أكتوبر / تشرين الأول 1991 أن ضرب مراهق في 15 من عمره على ردفيه أربع ضربات بالعصا يمثل «معاملة وعقوبة مهينتين، نظرا لخطورة الإهانة والآلام وانعدام تبرير بيداغوجي». (الفقرة 44).

(39) M. WOOD, " Commentaire de l'article 63" in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, E. DECAUX. P.H. IMBERT. L.E. PETTITI (éd) Economica, 1995, pp. 915 - 921.

وقد تم التذرع مؤخرا بالمادة 63، الفقرة 3 دون جدوى في قضية بيارمون ضد فرنسا.

(27 avril 1995. M. LEVINET. in F. SUDRE et al., I.D.E.D.H., " Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995", R.U.D.H., 1996. pp. 22 - 23.

(40) أُدين القرار الذي اتخذته محكمة الأحداث في جزيرة مان بعقاب المعني بالأمر ضربا بمخصرة. وبما أن جزيرة مان هي إقليم تقوم المملكة المتحدة بتمثيله في مستوى العلاقات الدولية فإن الحكومة البريطانية استنادا إلى المادة 63، الفقرة 3، طالبت بتطبيق المادة 3 مع الأخذ بعين الاعتبار المتطلّبات المحلية وبالخصوص اعتبار أن المعاملة المعترض عليها لم تكن لتصدم سكان الجزيرة. ولكن لا يكفي التذرّع بهذا الحكم من أحكام الاتفاقية للتملّص من وجوب احترامها. فالقاضي الأوروبي يصرّ على «الحجة القاطعة والبيّنة لضرورة مّا» ويضيف أنه «لا يمكن اعتبار أن القناعات والرأي العام المحلي لا يقومان في حدّ ذاتهما حجة» (الفقرة 38). وتوضح المحكمة أيضا بأنه «حتى وإن كانت المحافظة على الأمن في جزيرة مان لا تكون ممكنة إلاّ إذا تمّ اللجوء إلى العقوبات الجزائية البدنية فإن ذلك لا يجعل استعمالها منسجما مع الاتفاقية» (الفقرة 38). ويتجه قرار كامبل وكوسنس في نفس المعنى : «تمثل العقوبات البدنية تقليدا في المدارس الاسكتلندية ويبدو أن أغلبية كبيرة من الأولياء تساندها ... وهذا في حدّ ذاته لا يحلّ المشكلة التي ينبغي أن تبتّ فيها المحكمة : فالتهديد بإجراء مّا لا يخرج عن صنف «المهينة» على معنى المادة 3 بالاعتبار وحده المتمثل في أن الأمر يتعلق بإجراء كرسه استخدام قديم أو أكثر من ذلك يحظى عموما بالموافقة ...» (مذكور سابقا، الفقرة 29).

(41) اعتبرت اللجنة أن المدّعين لن يكونوا في وضعية «أسوأ من وضعية معظم أعضاء الجماعة التاميلية» (الفقرة 111).

(42) المادة 5 من الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب الصادر في 26 جوان / حزيران 1981 وقد صدقت عليه غينيا في جانفي / كانون الثاني 1990. انظر في هذا الصدد الصيغة المفزعة لسيدغنون أبيل أبيثي Sédégnon Abel Apithy : «بيد أنه يمكن التساؤل عن ملائمة الممارسات التقليدية مثل خفض البظر والختان والتعقيم الرائجة في بعض المناطق بأفريقيا، للحق في السلامة الجسدية ومنع العقوبات والممارسات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي يكرّسها الميثاق (" L'impact du système de protection européen sur la

promotion des droits de l'homme en Afrique" in C. GREWE (dir). Questions sur le droit européen, Actes du colloque de Caen, 23 février 1996, Presses Universitaires de Caen, 1996, p. 218).

(43) صدقت غينيا أيضا في شهر مارس/آذار 1993 على اتفاقية الأمم المتحدة حول القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر/كانون الأول 1979. وتوضح المادة 5 من هذا النص الذي انضمت إليه إلى حدود 1 جانفي/كانون الثاني 1996، 151 دولة بأن «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي : (أ) تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوّق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة ؛ (ب) كفالة أن تتضمّن التربية الأسرية تفهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم، على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات».

(44) غينيا مرتبطة أيضا (منذ شهر مارس/آذار 1993) بالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل (185 تصديقا إلى 1 جانفي/كانون الثاني 1996) التي تنص في المادة 24 الفقرة 3 على أن الدول الأطراف «تتخذ (...) جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضرّ بصحة الأطفال». والتقارير التي يجب أن تعدّها الدول حول تطبيق الاتفاقية تنظر فيها لجنة حقوق الطفل التي تطلب من مبعوثي هذه الدول أن يبرزوا الجهود المبذولة بغية القضاء على ممارسة الختان انظر مثلا

(3) ! séance, Genève, 27 janvier 1993, !sess., compte - rendu analytique de la 71 CRC / C / SR. 71. 2 févr. 1993، تقرير أولي للسودان يشير إلى السياسات التي تتبعها السلطات العمومية بدعم من منظمات نسائية للقضاء قضاء مبرما على الممارسات التقليدية المضرّة بصحة الأطفال (الفقرة 3) وبالخصوص ختان البنات ويمكن أن نذكر أيضا الأحكام ذات الصلة الواردة في الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل ورفاهه (أديس أبابا، جويلية/تموز 1990، لم يدخل بعد حيز التنفيذ) الذي يقوم دليلا على إرادة الدول في هذه القارة لمكافحة هذه الممارسات : «كل تقليد أو عادة أو ممارسة ثقافية أو دينية لا تنسجم مع الحقوق والواجبات والالتزامات المنصوص عليها في هذا الميثاق يجب ثني العزم عنها على قدر عدم الانسجام ذاك» (المادة 1، الفقرة 3) : «تتخذ الدول الأطراف في هذا الميثاق جميع التدابير الملائمة لإلغاء التقاليد والممارسات السلبية الثقافية منها والاجتماعية التي تضرّ برفاه الطفل وكرامته ونموّه ونضجه العادي ...» (المادة 21). وتكمن الأهمية الكبرى لهذا النص في إحالته في الديباجة على «إعلان حقوق الطفل الإفريقي ورفاهه» الذي اعتمده المؤتمر السادس عشر العادي لرؤساء الدول والحكومات التابع لمنظمة الوحدة الأفريقية (منروفيا، 17 – 20 جويلية/تموز 1979 (AHG / ST. 4 (XVI) rev. I) الذي يتعرّض بشكل صريح إلى مسألة الختان : «ينبغي على الدول الأعضاء أن تقوم بدرس دقيق لعناصر الموروث الثقافي والممارسات المضرّة بنموّ الطفل ونضجه مثل زواج الأطفال وختان الفتيات وينبغي أن تتخذ جميع التدابير الضرورية لوضع حدّ لهذه الممارسات». وانظر أيضا Alain Didier OLINGA, " La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant. Essai de présentation", Rec. Penart, 1996 (I), pp. 53 - 68.

(45) F. SUDRE, " Droits intangibles et / ou droits fondamentaux : y - a - t- il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme" in Liber Amicorum Marc - André Eissen, Bruylant L.G.D.J., 1995, pp. 386 - 387 et 397. وانظر أيضا : P. MEYER - BISCH (dir), Le noyau intangible des droits de l'homme, Ed. universitaires, Fibourg, 1991. ; J.F. FLAUSS, " Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution et de l'ordre européen", Les Petites Affiches, 30 avril 1993, n 52, p. 10 ; F. SUDRE, " Quel noyau intangible des droits de l'homme ?", in D. MAUGENEST et P.G. POUGOUE (dir), Droit de l'homme en Afrique Centrale, Colloque de Yaoundé (9 - 11 novembre 1994), U.C.A.C. Khartala, 1996, pp. 267 - 275. ; F. SUDRE, " Existe - t-il un ordre public européen ?" in P. TAVERNIER (dir), Quelle europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une " union plus étroite " (35 ans de jurisprudence : 1959 - 1994), Actes du colloque du C.R.E.D.H.O., Rouen 11 - 12 mai 1995, Bruylant, 1996, pp. 39 - 80.

(46) J. CALLEWAERT, op, cit. , p. 14.

(47) في قرار المجلس الدستوري بتاريخ 27 جويلية/تموز 1994 المتعلّق بالقوانين المحددة لأخلاقيات مهنة الطب، يستخلص هذا المجلس، انطلاقا من نص تشابه روحه ما ورد في المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية (ديباجة دستور 27 أكتوبر/تشرين الأول 1946)، مبدأ ذا قيمة دستورية لـ«حماية الكرامة البشرية للفرد ضدّ

جميع أشكال الرقّ والإهانة» (344 D.C., Rec., p. 100, consid. 2 343 94, !n /). فهو يبرز مبدأ «يصعب التنبّؤ بجميع تطبيقاته» (F. LUCHAIRE., " Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation ". R.D.P. 1994, p. 1651. – ويشير المؤلف إلى أحد ما يستتبعه القرار ألا وهو لا دستورية أي قانون يشرع لممارسة الختان) انظر أيضا : D. ROUSSEAU. " Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993 - 1994" , R.D.P., 1995, pp. 54 - 58 : L. FAVOREU, Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er juillet - 30 septembre 1994) ", Rev. fr. dr. cons., 20 - 1994, pp. 799 - 809.

(48) مجلس الدولة، جلسة 27 أكتوبر/تشرين الأول 1995، بلدية مورسان – سور – أورج Morsang - sur-orge، مدينة أكس أون بروفونس Aix-en-Provence («المكوّنات القضائية لمفهوم النظام العام. الشرطة والكرامة البشرية (C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur -orge : Ville d'Aix-en-provence) (deux arrêts)" , R.D.P., 1996 - 2. 536 - 568. notes M. GROS et J. Ch. FROMENT) et cette Revue, p. 673, note de Nathalie DEFFAINS). ويؤكد القراران صلوحية القرارين البلديين القاضيين بمنع مسابقة في هاتين البلديتين «في التراشق بالأقزام» كانت شركة فان برودكسيون (Fun Production) تعتزم تنظيمها في الملاهي الواقعة في المناطق التابعة لها : «إن احترام الكرامة البشرية مكوّن من مكوّنات النظام العام ... والسلطة التي تتولّى مهامّ الشرطة البلدية يمكنها، حتى في ظل غياب ظروف محلية مخصوصة، منع نشاط ترفيهي ينتهك احترام الكرامة البشرية» (الاعتبار الثاني) ؛ «بحكم موضوعه نفسه، ينتهك هذا النشاط الترفيهي الكرامة البشرية للفرد» (الاعتبار الثالث). وكما أشار إلى ذلك أحد المعلّقين، مع هذين القرارين ينجم عن «احترام الكرامة البشرية للفرد» حماية الأقزام من أنفسهم ذاتها وحمايتهم من أن يغريهم استغلال عاهتهم بما يمسّ من كرامتهم» (M. GROS, p. 546) وفضلا عن ذلك قضى منشور صادر عن وزارة الداخلية (27 نوفمبر/تشرين الثاني 1991) على الولاة بأن يشيروا على رؤساء البلديات بمنع تنظيم «بطولات في التراشق بالأقزام»، بسبب «المسّ غير المسموح به من الكرامة البشرية» استنادا إلى المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان (J.F. FLAUSS, note sous T.A Versailles, 25 février 1992, Société Fun Productions, M.W... c. Commune de Morsang-sur-Orge, R.F.D.A., 1992, pp, 1026 et s).

(49) يذكر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بتاريخ 16 ديسمبر/كانون الأول 1966 صراحة بأن جميع الحقوق المتضمنة فيه «تنبثق من كرامة الانسان الأصيلة فيه» (الديباجة، الاعتبار الثاني).

(50) J.DUBOIS, " Les impensables de la judiciarisation de l'excision " in L'immigration face aux lois de la République, E. RUDE - ANTOINE (dir), Khartala, 1992, pp. 156 - 163. ويتعرض مندوب الحكومة بورّاشو إلى هذا الجانب في آخر المطاف : «لا وجود في موقفنا في نهاية الأمر لأي نزعة مسيحية أو لأية ديانة لحقوق الانسان تفرض على أية دولة أجنبية. فلن تفعلوا شيئا سوى تطبيق قاعدة من قواعد القانون الدولي من اتفاقية وقعت عليها فرنسا على متقاض يخضع إلى اختصاص قضائكم ويطالب رغم أنه من الرعايا الأجانب، بضمان حقوق يجوز له المطالبة بها بحكم مجرد وجوده على الأراضي الفرنسية».

(51) المؤتمر العالمي حول حقوق الانسان، إعلان وبرنامج عمل فيينا، 25 جوان/حزيران 1993 ($R.U.D.H., 1994, pp. 227 - 240, I 18). ويلح النص إضافة إلى ذلك على «القضاء على التناقضات التي يمكن أن توجد بين حقوق المرأة والآثار المضرة لبعض الممارسات التقليدية أو العادات والتعصب الثقافي والتطرف الديني» ($II. B. 3, 38) و «تدعو بإلحاح الدول إلى إلغاء القوانين والتراتيب المعمول بها والقضاء على التقاليد والممارسات التمييزية والمضرة بالفتيات» ($II. B. 4, 49).

(52) يتناول القديس بولس في 2، 28 – 29 موضوع ختان القلب (الختان الذي يقوم شاهدا على التغيير الباطني ويشهد على الإيمان بالله) وهو موضوع مذكور بعد في العهد القديم (; Dt 10, 16 ; 30,6 et Jr 4,4 9,25) : « فليس بيهودي من كان يهوديا في الظاهر ولا بختان ماكان ظاهرا في اللحم. وإنما اليهودي هو من كان يهوديا في الباطن والختان هو ماكان ختانا للقلب بالروح لا بالحرف».

(*) 166 – 167 باب ما جاء في الختان : حدثنا سليمان بن عبد الرحمان [الدمشقي] وعبد الوهاب بن عبد الرحيم الأشجعي، قالا : حدثنا مروان حدثنا محمد بن حسان، قال عبد الوهاب : الكوفي، عن عبد الملك بن عمر عن أم عطية الأنصارية أن امرأة كانت تختن بالمدينة فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : «لا تنهكي فإنّ ذلك أحظى للمرأة وأحبّ إلى البعل»

قال أبو داود : روي عن عبيد الله بن عمرو عن عبد الملك بمعناه وإسناده

قال أبو داود : ليس هو بالقوي [وقد روي مرسلا قال أبو داود : ومحمد بن حسان مجهول، وهذا الحديث ضعيف]. موسوعة السنة : الكتب الستة وشروحها، 7 : سنن أبي داود – الطبعة الثانية، دار الدعوة – دار سحنون 1992، الجزء الخامس – ص 421.