

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص



مدى تساوي المراكز القانونية بين الزوجين

– القانون الجزائري والمواثيق الدولية –

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (ل.م.د) في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إشراف الدكتور: موسى مرمون

إعداد الطالب: عماد حميدة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د عبد الحفيظ طاشور	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1	رئيسا
د. موسى مرمون	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1	مشرفا ومقررا
أ.د مسعود عز الدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة زيان عاشور- الجلفة	عضوا مناقشا
د. كريمة محروق	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1	عضوا مناقشا
د. سعاد خوجة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة 1	عضوا مناقشا
د. مسعود هلال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة زيان عاشور- الجلفة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا
اَكْتَسَبُوا^ط وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اَكْتَسَبْنَ^ج وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ^ق إِنَّ اللَّهَ
كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا }

سورة النساء، الآية 32

إهداء

أهدي هذا العمل إلى والدي العزيزان.

- وإلى كل عائلتي.

- وإلى جميع المسلمين.

شكر و عرفان

بعد حمد الله وشكره على نعمه وفضله وإحسانه

وعلى إعادته وتوفيقه لي لإتمام هذا العمل.

أتقدم في هذا المقام الضيق بأصدق عبارات الشكر الجزيل للأستاذ الفاضل الدكتور

مرمون موسى لملازمته لي في هذه الفترة البحثية المكثفة، وعلى جميل أخلاقه

وحسن إشرافه على هذه الأطروحة وعلى التوجيهات التي قدمها لي في إنجازها.

سائل الله عز وجل أن يبارك فيه ويجزيه خير الجزاء، ويديه ذخراً لطلبته.

كما أتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة الذين قبلوا مناقشة هذه

الأطروحة وتكبد عناء مراجعتها؛ فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

مقدمة

مقدمة:

يشكل مبدأ المساواة وعدم التمييز الركيزتين الأساسيتين التي بُني عليها صرح القانون الدولي الحديث لحقوق الإنسان، لا سيما المساواة بين الرجل والمرأة التي تم الدعوة إليها تحت غطاء حقوق المرأة وحظر التمييز ضدها منذ إنشاء الأمم المتحدة سنة 1945؛ المبدئان المتأصلان بداية من ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وهو ما تم التأكيد عليه في المواثيق الدولية اللاحقة لهما، ليعد حق المساواة حقا أساسيا من حقوق المرأة، والذي لطالما أثار الكثير من الجدل والنقاش، نظرا للاختلاف الكبير حول مفهومه ونطاق تطبيقه في القوانين الداخلية للدول على النحو المبين في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمرأة، والذي يرجع إلى تنوع المجتمع البشري والاختلافات المفاهيمية والثقافية السائدة في كل مجتمع، خلافا لما عليه الأمر على مستوى الهيئات الدولية ومجتمعات الدول الغربية، حيث لا تثير المسألة الكثير من الجدل مثلما هو حاصل في المجتمعات غير الغربية لاسيما المجتمعات الإسلامية، ومدى إمكانية تبني وتطبيق المساواة التماثلية بين الجنسين في الأنظمة القانونية لتلك الدول، من بينها النظام القانوني الجزائري.

ويمكن القول بأن الجدل والتصادم بين النظام القيمي للمجتمعات وأحكام القانون الدولي يزداد اتساعا كلما تعلق الأمر بوضع المرأة داخل الأسرة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وتنظيم العلاقات بين الزوجين، التي تتبثق مجمل أحكامها عن الشريعة الإسلامية، نظرا لمكانة الشريعة الإسلامية في أنظمتنا التشريعية التي تحمل بعض المسائل المنطوية على تفرقة بين الجنسين سبق وأن قُننت في قانون الأسرة الجزائري وحتى القوانين الأخرى.

فبعد أن كانت مسائل المساواة بين الرجل والمرأة التي تندرج ضمن حقوق الإنسان، من المسائل الداخلية للدول تنظمها حسب معطيات خصوصيتها الاجتماعية والثقافية، لاسيما المساواة التي تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية والعلاقات الأسرية؛ أضحت مع تطور القانون الدولي لحقوق الإنسان من المبادئ المتصفة بالعالمية التي يقصد بها وجوب تطبيق حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق الدولية في كافة المجتمعات بغض النظر عن اختلافها الاجتماعي والديني والثقافي ودون مراعاة لخصوصية الأنظمة التشريعية الداخلية وخصوصيتها الثقافية.

فقد تضمنت مختلف الصكوك الدولية عدة بنود خاصة بنظام الأسرة وبحق المرأة في المساواة بالرجل باعتبارهما العنصرين الأساسيين المكونين لهذا النظام، حتى أصبح للمرأة نصيب كبير من الاتفاقيات الدولية

الخاصة بحقها في المساواة وضمان حقوقها، علاوة على ما تضمنته اتفاقيات حقوق الإنسان بصفة عامة، مع ملاحظة أن المنظومة القانونية الدولية بدأت بالتطرق إلى مسائل تعتبر من خصوصيات نظم قانونية أخرى تحت غطاء ما يسمى بعالمية حقوق الإنسان المذكور آنفاً، مما أدى بتجاوز مفهوم هذه الحقوق مفاهيم مبدأ السيادة الوطنية تحت حجة الكرامة الإنسانية، فمن المعلوم أن الدول تسعى في سن ووضع تشريعاتها وتنظيم حياة مواطنيها مراعية في ذلك الخصوصية الاجتماعية والاعتبارات الثقافية والأيدولوجية السائدة فيها دون تدخل من أي جهة أو منظومة قانونية أجنبية عنها.

حتى صارت الدول وقوانينها تُقيم على أساس معاملة المرأة من حيث مدى مساواتها بالرجل، خاصة في المسائل التي تدرج ضمن العلاقات الأسرية المنظمة في الجزائر في قانون الأسرة وقوانين أخرى تتقاطع مع نظام الأسرة نفسه.

ويمكن القول بأن حق المرأة في المساواة بالرجل من بين أكثر المسائل التي لاقت اهتمام النظام الدولي لحقوق الإنسان؛ الحق الذي يطرح إشكالات حول نظرة النظام القانون الدولي ونظرة الدول الإسلامية إليه، نتيجة طغيان المفاهيم والقيم الغربية على القانون الدولي في مجال حقوق المرأة والإنسان عموماً، إضافة إلى محاولة تعميم هذه القيم على الأنظمة القانونية وتشريعات الدول الإسلامية، بما فيها التشريع الجزائري، التي أضحت مرمى سهام المنظمات الدولية ولجان حقوق الإنسان، لإقرارها تمايزاً بين مراكز الرجل والمرأة طبقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية، دون الخوض في أسباب ودوافع الاختلاف في المعاملة بين الرجل والمرأة.

وهذا على الرغم من رسوخ قيم حقوق الإنسان في النظام الاجتماعي والأخلاقي للمجتمع الجزائري حتى قبل نشوء القانون الدولي نفسه، وحتى مع مبادرة الجزائر بالانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تُعنى بحقوق الإنسان، ووفائها بالتزاماتها الدولية بما يتوافق مع خصوصيتها القانونية والثقافية، ودعم وتحسين مركز المرأة داخل الأسرة وحمايتها على كافة الأصعدة في شتى القوانين، سواء في قانون الأسرة أو على المستوى القوانين الأخرى ذات الصلة كقانون الجنسية والقانون الجنائي، مع الإبقاء على التحفظات التي تحفظ الخصوصية القانونية للجزائر، استناداً على مخالفتها الشريعة الإسلامية وإعطاء الأولوية للشريعة الإسلامية متى تعارضت مع أحكام المواثيق الدولية، الأمر الذي يُستتنبط من ذكر أسباب التحفظات وكذا بعض الردود الرسمية للجزائر على توصيات اللجان الخاصة بمتابعة تطبيق تلك الاتفاقيات الدولية.

إلا أنه وفقا لنظرة هذه الأخيرة؛ فإن أي معاملة تتطوي على التفرقة بين الرجل والمرأة بسبب جنسها، يعتبر خرقا للمبادئ التي أقرتها المواثيق الدولية، التي سبقت وأن انضمت الجزائر إلى العديد منها، ونجد على رأسها العهدين الدوليين واتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة التي سعت إلى إرساء أساس قانوني لحق المرأة في المساواة بوصفه قاعدة عالمية تنبع من حقيقة أن المساواة بين الجنسين متصل بالكرامة الإنسانية وواحد من الحقوق والمثل المشتركة بين البشر، التي تتجاوز حدود القوانين الوطنية والدينية والعرفية، وتتجاوز الانقسام التقليدي بين أدوار الرجل والمرأة داخل مجال الأسرة وخارجه، والتأكيد على تبني المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة في الزواج وأثناءه وعند انحلاله، والمساواة في قوانين الجنسية وأمام القانون الجنائي ونبذ أي عنف يطال المرأة على المستوى الأسري وعلى المستوى العام؛ وهو ما أثر بدوره على توازن نظام الأسرة في الجزائر من خلال التعديلات التي حملتها القوانين الجزائرية في بعض أحكامها في إطار تحديث المنظومة التشريعية بما يتوافق مع مبادئ المساواة المقررة في المواثيق الدولية، الأمر الذي يهدد بتحول المفهوم الطبيعي والفطري للأسرة ووظيفتها في التنشئة والتربية، وإحداث شرخ اجتماعي وضرر بالأسرة الجزائرية يصعب جبره، بدافع المساواة المطلقة بين الجنسين، وهذا دون إنكار تحسن المركز القانوني للمرأة ووضعها داخل الأسرة الجزائرية ونبذ التمييز غير المقبول عنها في بعض الأحكام التي حملتها التعديلات المختلفة على القوانين ذات الصلة.

- إشكالية الدراسة:

مع انضمام الجزائر لمختلف النصوص الاتفاقية الدولية التي تنص على ضرورة تطبيق المساواة المطلقة بين الجنسين، وأمام الاختلاف في الآراء بشأن المفاهيم المتعلقة بالمساواة في تلك النصوص والآثار المترتبة عنها مع النظرة الوطنية إليها، تطرح أمامنا إشكالية رئيسية، تنبثق منها عدة إشكاليات وتساؤلات جزئية أو فرعية.

فأما الإشكالية الرئيسية؛ فنكمن في إلى أي مدى وصل تأثير النصوص الاتفاقية الدولية على المنظومة القانونية الجزائرية في تحقيق المساواة التماثلية بين مراكز الزوجين في ظل الاختلافات والخصوصيات القانونية والثقافية؟

أما الإشكاليات الفرعية فهي تنبثق من الإشكالية الرئيسية، كالاتي:

- ما مدى إمكانية تقييد حق المرأة في المساواة بالرجل في المجالات المتعارضة مع الخصوصية الثقافية للجزائر طبقا للقانون الدولي؟ وهل أن الحق في الخصوصية الثقافية نفسه، هو حق ثابت ومحمي

في المواثيق الدولية أو على الأقل حق واجب الاحترام؟ وإلى أي مدى يمكن أن تحدد الخصوصيات الثقافية تطبيقا متميزا لحق المرأة في المساواة بالرجل؟

- ما المنهج الذي سلكه المشرع الجزائري في التوفيق بين أحكام الاتفاقيات الدولية المتعارضة مع خصوصية الأسرة والتشريع الداخلي؟ وكيف يمكن التوفيق والموازنة بين المطالب المتمثلة في المحافظة على الخصوصية الثقافية للمجتمع وحق المرأة في المساواة الكاملة بالرجل في قانون الأسرة؟

- وهل أن التعديلات التي حملها قانون الأسرة جاءت لتكريس المساواة بين الجنسين ودعم مركز المرأة بما يوافق خصوصية قانون الأسرة، أم أنها جاءت محاكية للمنظومة القانونية الدولية وما تحمله من قيم غريبة عن الأسرة الجزائرية ومقوماتها، مما يؤدي إلى هشاشتها؟ وهل أن جميع أحكام المواثيق الدولية بشأن المساواة بين الرجل والمرأة في العلاقات الأسرية متعارضة مع مقومات الأسرة والمجتمع الجزائري المسلم؟

- وإذا كان أثر الالتزام بالاتفاقيات الدولية - خاصة اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة- على تعديل قانون الأسرة وقانون العقوبات وقانون الجنسية، قد قرر المشرع من خلاله تعزيز المساواة بين الجنسين، فهل ساهمت هذه التعديلات في دعم مركز المرأة وتقوية نظام الأسرة، أم أنها ساهمت في هشاشة الأسرة وتفككها؟

- أهمية الدراسة وأهدافها

تجد الدراسة أهميتها في أهمية الأسرة نفسها، باعتبارها اللبنة الأساسية والعنصر المكون للمجتمع، كما أن قضايا الأسرة تعد من أهم القضايا حيوية وارتباطا بالأسس والثوابت الاجتماعية الدينية والأخلاقية وما تحظى به من اهتمام بالغ من طرف التشريعات لا سيما المشرع الجزائري الذي أحاطها بسياج قانوني يحفظ استقرارها، وكذا أهمية دراسة مبدأ المساواة بين الجنسين الذي أصبح حيزا هاما في الدراسات القانونية والتشريع نفسه، وما للقواعد المنظمة للمراكز القانونية للزوجين من أهمية تتجاوز كونها روابط قانونية شخصية إلى كونها نواة للمجتمع وما لها من تأثير على حقوق أفرادها، بالإضافة لما توليه الأنظمة القانونية الحديثة من اهتمام بالغ يظهر في السير نحو تبني هذا المبدأ وتكريسه في القوانين الداخلية، بحيث أن جل التشريعات تسعى لتؤسس لمبادئ المساواة بين الجنسين على جميع الأصعدة. علاوة على أهمية هذا

المبدأ وما يتعلق به في القانون الدولي لحقوق الإنسان من تضارب في المفاهيم حول تفسيره (الذي أصبح حقا ملازما للمرأة) بين منهج النصوص الدولية ونصوص القوانين الداخلية.

ودون إنكار لأهمية مركز المرأة داخل نظام الأسرة، وما تعرضت إليه من تمييز في بعض القوانين من جهة وما تتعرض إليه الأسرة من هجمات شرسة في ظل العولمة، واعتبار لجان الاتفاقيات الدولية وحتى تيار الفكر الحدائي أن قانون الأسرة ينتهك حقوق المرأة نظرا لتمسكه بمبادئ الشريعة الإسلامية، مع جعل مسألة المساواة بين مركز المرأة والرجل في العلاقات الزوجية والأسرية، مشدودة بين التقليد والتجديد في كل ما يخص القواعد القانونية المنظمة لها، وهو ما أثار ولا يزال يثار الجدل بشأنها.

كما تجد الدراسة أهميتها من خلال ما نسعى إليه من الوقوف على الأحكام المجسدة للمساواة بين المراكز القانونية للزوجين في القانون الجزائري سواء في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية أو القوانين ذات الصلة بما فيها قانون الجنسية الجزائري والقانون الجنائي، وأحكام الموائيق والاتفاقيات الدولية التي تطعن في أحكام القانون الوطني على أساس أنه يميز بين المركز القانوني للرجل والمرأة في العلاقات ذات الطابع الأسري كالمسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما، بسبب تأثر أحكام هذه الاتفاقيات بالأيديولوجية الغربية التي لا تتسجم في العديد من أحكامها مع خصوصية الأسرة الجزائرية وقيمها، وذلك عن طريق تبين مدى انعكاس التزام الجزائر بمجمل النصوص الدولية على المركز القانوني للزوجين من النواحي السلبية والإيجابية.

لذلك، تعد من بين أهم الغايات المنشودة من الدراسة الذود عن الشريعة الإسلامية التي أثرت حولها الشبهات، وتقديم الحجج التي تدفع النظرة العدائية للإسلام والتصدي لها، وذلك بإبراز مزايا ومبررات المعاملة المختلفة بين الرجل والمرأة، ودفع المنظور السلبي حول أحكام الأسرة وأحوال المرأة داخل نظام الأسرة عموما الذي يلغي إمكانية إعمال حقوق المرأة في إطار نظام إسلامي، الذي صار يصوره البعض الداعين إلى الحداثة، وهي الفئة التي تعمل على الالتزام بأحكام الموائيق الدولية وقلوبها مطمئنة لها دون أن تهفو نفوسهم إلى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومناصرة قضاياها بكلمة واحدة، بل العكس من ذلك بالعمل على تجاوزها وتطويرها للأحكام الدولية ومبادئ الحركات النسوية؛ مما يوحي بأن المشرع ينبغي أن يعيد تفسير أحكام الشريعة الإسلامية للتناسب وتتوافق مع الموائيق الدولية، أو يوحي الأمر بأن على مجتمعنا الاختيار بين حقوق المرأة مثلما هو مقرر في الإسلام أو حقوقها في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وكأن الأمر يشكل تعارضا مطلقا بين حقوق المرأة وفقا لنظرة المساواة المطلقة ووفقا لنظرة التمايز العادل بين أدوار

الرجل والمرأة داخل الأسرة التي ما انفكت اللجان الدولية تعتبرها بُهتاناً على أنها تبرير لانتهاك حق المرأة في المساواة.

هذا، ودون التفريط في البحث لأجل التصدي لمختلف الأحكام القانونية التي تشكل حيفا ضد المرأة في التمييز ضدها، والتي لا تعد جزءاً من الشريعة الإسلامية، بل فقط نظرة دونية لمركز المرأة بررته الأعراف أو نظرة المجتمع لها، أو الاستخدام الخاطئ لأحكام الشريعة الإسلامية.

بالإضافة إلى الوصول إلى حلول قانونية للفصل في التعارض بين حق المرأة في المساواة بالرجل في نطاق الأحوال الشخصية والحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية عن طريق تطبيق مناهج قانونية توازن بين الحقين، وكذا إثبات شرعية تقييد حق المرأة في المساواة في العديد من المسائل الداخلة في العلاقات الأسرية لأجل إزاحة الشبهات عن الأحكام التي تعتبرها المنظومة الدولية تمييزية ضد المرأة وانتهاكاً لكرامتها، بحيث تكون تلك المعالجة القانونية مقترحة بديلاً للسلطات المختصة بالرد على توصيات لجان حقوق الإنسان كلجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، ورد اتهاماتها الموجهة للنظام القانوني الجزائري -والتي هي بالأساس اتهامات موجهة للشريعة الإسلامية- على أنه يخرق الالتزامات الدولية وينتهك كرامة المرأة وحقوقها في المساواة، خاصة مع اعتبار اللجان الخاصة بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات من تحفظات الجزائر وتبريراتها لا تستند في نظرها لمبررات شرعية، سوى أنها تنتهك المواضيع التي وضعت من أجلها تلك الاتفاقيات فيما يتعلق بحقوق المرأة في المساواة، لنخلص إلى استنباط المبررات القانونية التي يُستند عليها لتبرير أحكام التمايز بين مركزي الزوجين، أو بصفة أدق مبررات معاملة المرأة بطريقة غير مساوية للرجل في بعض الأحكام القانونية المنظمة للعلاقة الزوجية والأسرية.

- المنهج المتبع

نستند في هذه الدراسة إلى عدة مناهج مختلفة، تجد شيوعاً عند الباحثين في الدراسات القانونية بصفة عامة:

المنهج الاستقرائي، وذلك عن طريق البحث في أحكام نصوص المواثيق الدولية والنصوص القانونية الوطنية في مختلف الحقب الزمنية بصورة معمقة، وكذا استقراء الأقوال الفقهية من مصادرها المعتمدة.

المنهج التحليلي، عن طريق تحليل مضمون الاتفاقيات الدولية وتقارير وتوصيات لجانها وتوصيات أبرز المؤتمرات الدولية المتعلقة بالمسائل التي تدخل ضمن نطاق الدراسة، ومناقشتها وإبراز مساوئها

ونقائصها. إضافة إلى تحليل موقف القانون الدولي من الحق في الخصوصية الثقافية بشكل عام والإسلامية بشكل خاص، وكذا تحليل موقف المشرع الجزائري ومدى تأثره بالالتزامات تجاه المواثيق الدولية، وتقارير الجزائر الدورية المرفوعة للجان الدولية، علاوة على تحليل بعض الآراء الفقهية القانونية مع القاء نظرة تحليلية على بعض من آراء الفقه الإسلامي التقليدي بالدرجة الأولى والتجديدي بالدرجة الثانية، ومناقشة الأحكام الدولية وآراء الفكر الحداثي في الجوانب التي تدعو لتجاوز الخصوصية الثقافية الإسلامية والوقوف على مدى صحتها من عدة نواحي.

المنهج المقارن، باعتماد مقارنة بين أحكام المساواة بين الزوجين في نصوص القانون الدولي ونصوص القانون الجزائري الحالية والسابقة، وذلك لأجل الوقوف على أوجه التطابق والاختلاف بين منهج النظامين ورصد التأثيرات الدولية على القانون الداخلي، مع ذكر مقارنة لما عليه الحال في بعض قوانين العربية لاسيما التي تبنت نهج المساواة، علاوة على المقارنة بين مدارس الفقه الإسلامي في المسائل ذات الصلة، لاسيما من أجل معرفة ما أخذ به المشرع الجزائري في هذه المسائل.

- الدراسات السابقة

وقفنا من خلال بحثنا على الدراسات السابقة التي تُعنى بموضوع الأطروحة بصفة عامة، حيث جاءت مرتكزة للحديث عن بعض مسائل المساواة بين الزوجين في القانون الجزائري والمواثيق الدولية، أو حقوق المرأة في المساواة بالرجل في العلاقات الزوجية والأسرية في المواثيق الدولية، غير أنه يلاحظ بأن هذه الدراسات الخاصة بالقانون الجزائري والدولي تتعرض للنقد للأحكام المخالفة للشريعة الإسلامية وخصوصية الأسرة الجزائرية وقواعدها القانونية المنظمة لها، دون ربطها أو الإشارة من بعيد أو من قريب لمسألة الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية من جهة، ودون محاولة تقديم معالجة قانونية للفصل في المسائل المتعارضة بين حق المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية أو مثلما عرف في هذه الدراسة بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية التي يستند إليها القانون الجزائري.

لذلك صار من غير المناسب أن نسير في بحثنا بالاقتصار على نفس الخطى التي سارت إليها الدراسات العربية السابقة، بل سيتجاوز نطاق بحثنا في البحث عن الآليات القانونية التي تضع حدا لكل تعارض واتهام لمن كان يرجو العدالة للمرأة حقا لا تغليب أحكام المواثيق الدولية، أو بعبارة أخرى فرض المنظومة القيمية الغربية على منهج التشريع الوطني.

ومن الدراسات السابقة المرتبطة بموضوع دراستنا، والتي جاءت ضمن متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه:

- أطروحة دكتوراه للباحث عيساوي عبد النور الموسومة بـ: حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، للموسم الجامعي 2015/2014.

- أطروحة دكتوراه للباحث بن عومر محمد الصالح تحت عنوان المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، للموسم الجامعي 2016/2015.

كما تتصل دراستنا من ناحية البحث عن التقنيات أو الآليات القانونية التي تكفل تعايش حق المرأة في المساواة داخل الأسرة ضمن سياق النظام الإسلامي، مع دراسات غربية؛ أولها كتاب "Eva Brems" بعنوان "Human rights: universality and diversity" أو "حقوق الإنسان: العالمية والتنوع"، الصادر سنة 2001، والذي يعد في الأصل أطروحة دكتوراه من جامعة « لوفن ببلجيكا The University of Leuven »، حيث قدمت الدراسة تحليلاً لخطابات حقوق الإنسان في ظل السياق الخاص بالدول غير الغربية أبرزها دول العالم الإسلامي - لا سيما المساواة بين الجنسين داخل الأسرة - التي ترفض الخطاب الذي يهيمن عليه الغرب والتطبيق الموحد لمبادئ حقوق الإنسان والمساواة بين الجنسين، وبدلاً من تفسير هذه التهديدات على أنها تهديدات للعالمية؛ بحثت الدراسة كيفية ومدى إمكانية استيعاب المبررات المقدمة من هذه الدول، وذلك بهدف تعزيز عالمية حقوق الإنسان، وطرحنا الدراسة مقترح تطوير نظرية أطلقت عليها "العالمية الشاملة"، باقتراح تقنيات تسمح بالتنوع الثقافي في تفسير وتطبيق معايير حقوق الإنسان، من بينها مبدأ الهامش التقديري في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولكن دون تطبيقه فعلياً.

كما تطرقت دراسة لمسعود بدرين "Mashood Baderine" بعنوان "Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law"، أو "الدول الإسلامية الحديثة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان" وهي أطروحة دكتوراه من كلية القانون بجامعة نوتنغهام المملكة المتحدة، لسنة 2001، واقترحنا تبني مبدأ أو منهج الهامش التقديري، الذي اعترفت به وطورته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لأجل توفير المرونة اللازمة لتجنب التعارض بين القانون الإسلامي - أو الشريعة الإسلامية - والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وذلك بعد دراسة المسائل المتعارضة مع الشريعة

الإسلامية وقوانين الدول الإسلامية والتطرق إلى تعديلات قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان الإسلامية كتونس والسودان وتركيا وباكستان والتي تبني بعضها المساواة بين الرجل والمرأة داخل الأسرة.

ومثل الدراسة التي سبقتها- المشار إليها أعلاه- لا تقدم هذه الدراسة كيفية تطبيق الهامش التقديري على أي من تلك الاختلافات.

كما أنه بعد تسجيلنا لدراستنا وجدنا أن دراسة عربية حديثة - ووحيدة- تطرقت إلى مسألة التعارض بين حق المرأة في المساواة والخصوصية الثقافية للدول الإسلامية وقوانينها، وهي أطروحة دكتوراه للباحث عياد علي شعبان دربال بعنوان "حق المرأة في المساواة بالرجل بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة في إطار الخصوصية الثقافية للدول الإسلامية" من كلية الحقوق جامعة القاهرة، للسنة الجامعية 2017، حيث طبقت هذه الدراسة الهامش التقديري على بعض المسائل المتعارضة- التي تم دراستها والتي اقتصر على تعدد الزوجات، الميراث، والمساواة في اللجوء إلى الطلاق- بين القانونين المصري والليبي وحق المرأة في المساواة في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

أما الاختلاف بين نطاق بحثنا وهذه الدراسات الأخيرة، فيكمن في أن أطروحتنا تشمل نطاقا أوسع بحكم التخصص، حيث سنتناول كل المسائل المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في العلاقات الزوجية وداخل نظام الأسرة، والبحث وجمع شتات متفرقة من القواعد القانونية المنظمة لها، لتكون الدراسة شاملة للمساواة في العلاقات الأسرية في جل القوانين "الجزائرية" المتقاطعة مع نظام الأسرة والأحكام المنظمة لها في المواثيق الدولية أو القانون الدولي لحقوق الإنسان بعبارة أخرى، فضلا على أن نطاق اعتماد وتطبيق التقنيات القانونية التي تسمح بتطبيق مبادئ المساواة في العلاقات الأسرية في ظل التنوع الثقافي سيكون أشمل من جهة، ومن جهة أخرى سيكون بين النظام القانوني الجزائري والنظام القانوني الدولي، ليكون نطاق دراستنا متميز ومتفرد من حيث تفصيلاته وتركيبه.

مثلما أن دراستنا ستعمل على سد النقص الحاصل من حيث دراسة أحكام المساواة في نطاق الأسرة في المواثيق الدولية، إذ أن الدراسات ذات الصلة بهذا المجال الأخير تكتفي بالتطرق إلى نصوص الاتفاقيات والتوصيات الدولية وتقارير الدول محل الدراسة في أحسن الأحوال.

كما وأنه وفقا للإشكالية المطروحة والتساؤلات الفرعية؛ قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصول مضمنة في بابين إثنين، بحيث احتوى الباب الأول المعنون ب: المساواة بين الزوجين بين خصوصية قواعد قانون الأسرة والقواعد القانونية الدولية؛ على ثلاثة فصول، في حين احتوى الباب الثاني المعنون ب: المساواة بين

الزوجين في ظل خصوصية القوانين الخاصة والقواعد القانونية الدولية؛ على فصلين اثنين، وذلك على النحو التالي:

الباب الأول: المساواة بين الزوجين بين خصوصية قواعد قانون الأسرة والقواعد القانونية الدولية

الفصل الأول: المساواة بين الجنسين في مؤسسة الزواج

الفصل الثاني: نطاق التمايز والتساوي بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية

الفصل الثالث: تقييد حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة على أساس الحق في الخصوصية الثقافية

الباب الثاني: المساواة بين الزوجين في ظل خصوصية القوانين الخاصة والقواعد القانونية الدولية

الفصل الأول: المساواة بين الزوجين في رابطة الجنسية

الفصل الثاني: المساواة الجنائية بين الزوجين

الباب الأول

المساواة بين الزوجين بين

خصوصية قواعد قانون الأسرة

والقواعد القانونية الدولية

يعد قانون الأسرة الجزائري القانون الذي ينظم العلاقات الأسرية بمختلف ما تحويه من أنظمة أبرزها الأنظمة الرئيسية التي يبني عليها نظام الأسرة، وتنظم المراكز القانونية لكل من الزوجين من بدايتها إلى غاية انتهائها وما يترتب عنها من آثار، ونقصد هنا نظامي الزواج والطلاق.

فبعد مرور مدة زمنية من استحداث المشرع الجزائري لقانون الأسرة وإصداره أول مرة سنة 1984، والذي نظم مركزي الزوجين بطريقة تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وثقافة المجتمع الجزائري، عن طريق تنظيم المركز القانوني للزوجين والعلاقات بينهما على نحو من التفاضل والتميز العادل تبعا للحقوق والواجبات التي تفرضها هذه العلاقة، ودون إهدار التكافؤ والمساواة في المسائل التي لا تتطلب مثل هذا التمايز؛ تم تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 لمقاصد تحقيق مساواة أكبر وتكافؤ بين الزوجين، نظرا لما ألقته التأثيرات الدولية وحتى بعض التأثيرات الداخلية التي ترى ضرورة الإنهاء الكامل للتمايز بين الزوجين في العلاقات الأسرية، عن طريق التركيز على إلغاء الحقوق الممنوحة للرجل وإنهاء بعض ما تعتبره تمييزا ضد المرأة.

ورغم كل التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة الجزائري وما حمله من تمكين للمرأة داخل الأسرة، إلا أن كل ذلك لم يرقى إلى تطلعات المنظومة القانونية الدولية لحقوق الإنسان والمرأة، التي تنص على ضرورة تغيير القوانين والسياسات والمواقف التي تؤدي إلى التمييز ضد المرأة، خاصة بعد تحويل مضمون أحكام المساواة بين الجنسين إلى اتفاقية ملزمة تعنى بحقوق المرأة أي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، التي ترى مع غيرها من النصوص الاتفاقية الدولية بضرورة إلغاء كل المعتقدات والمفاهيم النمطية لأدوار الرجل والمرأة في المجتمع، وإعادة ترتيب العلاقات بينهما والآثار المترتبة عن تلك المفاهيم بما فيها من أحكام دينية وثقافية، هذه الأخيرة التي تدخل ضمن الحق في الخصوصية الثقافية، وهو ما أدى بتضارب بين الأحكام القانونية الدولية وأحكام قانون الأسرة وحتى قوانين الأسرة في الدول الإسلامية.

وعلى ضوء ذلك، سينصب مضمون بحثنا في هذا الباب على أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بما تنص عليه المواثيق الدولية وقرارات المؤتمرات الدولية، لرصد التأثيرات التي حملتها على قانون الأسرة الجزائري، ورصد التعارض الحاصل بين الأحكام المنظمة للعلاقات بين الزوجين في القانون الداخلي المبني في الأساس على أحكام الشريعة الإسلامية ومنه الخصوصية الثقافية، لا سيما الخصوصية المستمدة من الدين، ومحاولة عرض مناهج قانونية للفصل في هذا التعارض الحاصل بين

الحق في الخصوصية الثقافية التي تعد قيودا محدودة على حق المرأة في المساواة، طالما أن هذه الخصوصية لا يمكن تجاوزها أو إلغائها من التشريع الوطني، وذلك من خلال الفصول التالية:

الفصل الأول: المساواة بين الجنسين في مؤسسة الزواج

الفصل الثاني: نطاق التمايز والتساوي بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية

الفصل الثالث: تقييد حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة على أساس الحق في

الخصوصية الثقافية

الفصل الأول

المساواة بين الجنسين في مؤسسة الزواج

ارتضى المشرع الجزائري أن يكون الزواج العلاقة القانونية الوحيدة التي يُبنى عليها نظام الأسرة في الجزائر وفقا لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، وبكل ما يحمله من سمات تميزه من حيث المشروعية عن ضروب العلاقات الأخرى التي تجمع بين الرجل والمرأة، وعلى ذلك سنتناول في هذا الفصل بالدراسة والتحليل والمقارنة كل أحكام الزواج وما يرتبه من حقوق ومسؤوليات تجاه الزوجين، ورصد مواطن التأثير بأحكام المواثيق الدولية التي كان لها أثر عميق في إعادة تنظيم مؤسسة الزواج في قانون الأسرة الذي عمد المشرع من خلاله إلى إلغاء بعض أشكال التمايز بين الزوجين وإنهاء بعض القيود الواردة على مركز وحرية المرأة، والتضييق من نطاق بعض أشكال التمايز الأخرى خدمة لمبدأ المساواة، فضلا عن رصد مواطن التعارض والاختلاف، وهو ما يثير البحث في مسألتين رئيسيتين، من خلال بحثين؛ خصصنا الأول للبحث في نطاق المساواة بين الجنسين وقت انعقاد الزواج وعند نشأته، والثاني للبحث في المساواة في الحقوق والمسؤوليات أثناء سريان الزواج، التي تعد أثرا مترتبا عن انعقاده.

المبحث الأول

نطاق المساواة بين الجنسين في انعقاد الزواج

بعد ما شهدته الأحكام المنظمة لانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 من تجاذب وجدال بين أنصار التقليد والتجديد على قلتهم؛ حمل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بخصوص انعقاد الزواج وعند نشأته أحكاما تركز التكافؤ والمساواة، تجسدت في التثبيط والتضييق من امتيازات كانت ممنوحة للرجل وإلغاء قيود على حرية المرأة في إبرام زواجها مثلها مثل الرجل، ودون تفضيل أحدهما على الآخر في حرية الدخول في نظام الزواج، مثلما هو منصوص عليه في المواثيق الدولية وتوصيات لجانها، مع بعض الاستثناءات التي رأى المشرع أن إهدارها سيكون فيه ضربا كبيرا لنظام الأسرة القائم على أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

تجليات المساواة في الخطبة

تعد الخطبة مرحلة أولية تسبق الانعقاد الفعلي للزواج، ويرجع انتشار الخطبة وضرورتها إلى أهمية عقد الزواج وقديسيته، فهي الآلية التي تمكن المقبلين على الزواج من كلا الجنسين في التعرف على الآخر وطباعه ضمن الحدود الشرعية المنظمة لها¹، لينعقد الزواج على أسس متينة دون الجهل بصفات كل طرف للآخر. فهل أن التنظيم القانوني للخطبة والآثار المادية والمعنوية المترتبة عنها في قانون الأسرة الجزائري في حالة عدم تمامها بزواج، يكرس المساواة بين المقبلين من الجنسين على الزواج؟ لاسيما بالنظر إلى أحكام المواثيق الدولية التي تلزم أحكامها المبنية على احترام إرادة المرأة في حرية اختيار الطرف الآخر مثلها مثل الرجل، وحرية الدخول في الخطبة والعدول عنها، والمساواة في الآثار المترتبة في حال العدول عنها؟

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للخطبة ومدى موائمتها لمبادئ المساواة

سنتناول من خلال هذا الفرع الطبيعة القانونية للخطبة في قانون الأسرة الجزائري الذي اعتبرها صراحة وعدا بالزواج، مع محاولة تقييم هذا التكيف من المشرع للخطبة واستنباط أصله الفقهي، من خلال المصطلح الذي استعمله ضمن المادة الخامسة وهو "الوعد بالزواج"، وتقييم مدى موائمة هذا التكيف لمبدأ المساواة بين الجنسين.

أولاً: تكيف الخطبة في الفقه الإسلامي

خلافاً لما هو عليه الأمر في الفقه القانوني وبعض القوانين المقارنة من اختلاف حول تكيف الخطبة والزاميتها، لم يحدث في الفقه الإسلامي خلافاً كبير حول طبيعة الخطبة، فمتى تم التوافق على الخطبة؛ فلا تعدو أن تكون أكثر من وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته، ولا يترتب عليها أي حكم من أحكام الزواج²،

¹ لتحقيق وضمان هذا التعارف جاء في السنة النبوية الشريفة ما يدعو إلى النظر إلى المخطوبة، "فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "كنت عند النبي (صلى الله عليه وسلم) فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنظرت إليها؟"، قال: لا، قال: "فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً" / الحافظ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب النكاح، "باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها" حديث رقم 1424، دار الكتب العلمية، بيروت، ط6، 1439هـ/2018م، ص 529.

² بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ط2، 1961، ص 38.

وليس لهذا الوعد قوة الالتزام عند جمهور الفقهاء¹، فإذا ما قبل كل طرف بصاحبه بعد التحقق من صفاته وميوله إليه، فإن الزواج سينعقد، أما إذا اتضح لأحد طرفي الخطبة أو كليهما بأن الزواج لن يحقق النجاح ولن يثمر عن الانسجام والسعادة بينهما، فإن هذا الالتزام ليس له أي قوة ملزمة لكلا الطرفين من الناحية الشرعية²، خلافاً للمشهور عند المالكية في التفريق بين حالة الدخول وقبلها، فهي تؤثر حسبهم "في العقد قبل الدخول لا بعده"، فإذا رفع الأمر للقاضي قبل الدخول فسخ الزواج، ولا يجوز له فسخه بعد الدخول لتأكد العقد بالدخول، وتقاديا لما يرتبه الفسخ من أضرار³.

كما يُسقط بعض الفقهاء صفة الوعد عن الخطبة، واعتبارها مجرد طلب للزواج لا وعدا من الخاطب بالزواج ولا تواعدا بين الخاطب والمخطوبة أو وليها، وقبول هذا الطلب لا يعني بالضرورة تقديم وعد بتزويج الخاطب بل مجرد ترشيحه زوجا في المستقبل مع الرغبة في التعرف عليه، والتأكد من مدى استجابة مطالب الفتاة أو أهلها، ثم يتم تقرير مدى رضاهم قبل إتمام الزواج أو الغائه، وبالتالي فلا وعد هنا ولا مواعدة⁴.

ثانياً: الخطبة في نظر القانون

لم يتفق الفقه القانوني والقضائي على الطبيعة القانونية للخطبة، وظهر على ذلك اتجاهين متضادين، حيث اعتبر الأول بأن الخطبة عقد ملزم يجب الوفاء به مستقبلاً، واعتبرها الآخر مجرد وعد لا يلزم الوفاء به ولا يجبر أي طرف عليه.

1- النظرية العقدية للخطبة

ظهرت هذه النظرية في الفقه الفرنسي بعد صدور القانون المدني في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، بحيث تعتبر الخطبة وفقاً للأحكام العامة في القانون المدني الفرنسي عقداً يرتب التزاماً بعمل ويوجب التعويض في حال ما لم يتم الوفاء به، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في أحكامه القديمة نتيجة لسكوت

¹ خالد عبد الفتاح محمد، المطول في شرح قوانين الاحوال الشخصية، الجزء الأول-الزواج، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2010، ص 33.

² عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته: دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الكتاب الأول: الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2005، ص 43.

³ خليل الميس، دراسات وأبحاث المفتي الشيخ خليل الميس، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1437هـ/2016م، ص 182.

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، القاهرة، دون طبعة، 1976، ص6.

المشرع الفرنسي عن تنظيم الخطبة وتفريدها بأحكام خاصة¹، غير أن أخذ القضاء بهذه النظرية لم يدم طويلاً، فقد تم العدول عن هذه النظرية وهجرها من قبل محكمة النقض الفرنسية بداية من سنة 1838².
 ويعاب على الأخذ بهذه النظرية تعارضها التام مع حرية الاختيار، خاصة حرية المرأة في الزواج باعتبار أن الرجل غالباً ما يكون هو المبادر بالخطبة، كما أن هذا الاتجاه قد يجبر أحد الطرفين للانصياع جبراً ليعقد زواجا غير راغب فيه.

2- الخطبة وعد بالزواج

ذهبت أغلب التشريعات العربية تبعاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي إلى اعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها. فطالما أنه لا وجود لعقد صريح فلا إلزام ولا التزام³.
 وقد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الخطبة من خلال المادتين 5 و6، واعتبرها بصريح الفقرة الأولى من المادة 5 مجرد وعد بالزواج ولا ترتقي لمرتبة العقد.

ولمصطلح الوعد دلالاته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، حيث نص المشرع الجزائري على أحكام الوعد بالعقد بصفة عامة من خلال المواد 71 و72 من القانون المدني، ونصت المادة 72 منه في هذا الصدد على أنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتقاعد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"، وعليه، فإن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد⁴، وبعد أن أكد قانون الأسرة على هذا المبدأ العام لاعتباره الخطبة مجرد وعد _ إلا أنه _ أورد استثناءً على هذه القاعدة بإقرار جواز العدول عنها.

إلا أنه يلاحظ على أن تكييف الخطبة على أنها "وعد" يفيد بأن هذا الوعد موجه من طرف إلى طرف آخر، وهو غالباً ما يكون في هذه الحالة الرجل باعتباره المبادر وفقاً للفترة والعادة بالزواج، ودون أن تكون

¹ توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، العدد 3، السنة 11، 1964، ص 14/13.

² المرجع نفسه، ص 25/24.

³ صالح محمد سعيد محمد سعد، العدول عن الخطبة بين الآثار والأضرار في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الشرعية واللغة العربي، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن المجلد 2، العدد 2، 2017، ص 302.

⁴ الرشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج: دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، أشغال الندوة الدولية: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحصيلة والمعوقات - مجموعة البحث في القانون والأسرة - كلية الحقوق بوجدة - المغرب، 2008، 77.

هذه المسألة من المسلمات في الشريعة الإسلامية، إذ لا يوجد في الشريعة ما يمنع خطبة المرأة للرجل¹. فالزواج بني في المجتمعات على عادات الفطرة، والذكر هو من يطلب الأنثى وهو من يخطبها، وهي غالباً لا تفعل، وعلى هذه العادات بنيت القوانين وجرى القانون على ما جرى به العرف²، ومفهوم الخطبة في المجتمع الجزائري عبارة عن اتفاق يسبق الفاتحة، ويقع غالباً بين والدي الخطيبين وأوليائهما، وغالباً ما يتم التواعد في غياب الخطيبين ودون حضورهما مجلس المواعدة³.

وعليه، فإن تكييف الخطبة على أنها وعد يكرس الغلبة للرجل، وهذا ما يشكل في الاتفاقيات الدولية لا سيما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة؛ تمييزاً ضد المرأة وقد يعوق هذا العرف الاجتماعي حسبها من قدرة المرأة في الاختيار، فقد شددت المواثيق الدولية منذ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ضرورة احترام حرية المرأة ورضاها الكامل في الزواج مثلما هو منصوص عليه الفقرة الثانية من المادة 16، كما أن وعد الرجل لأهل الفتاة قد يساهم في زواج غير البالغات والمحظور بموجب الاتفاقيات الدولية، لاسيما المادة 6 من إعلان حظر التمييز ضد المرأة لسنة 1967، مثلما نصت اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها الخامسة على أن الدول الأطراف ملزمة باتخاذ جميع التدابير المناسبة لتحقيق تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة، فالأعراف الاجتماعية التي نظمت حياة الناس لقرون ترفضها الاتفاقية وإن كانت تقتضيها الفطرة والدين والأخلاق، إضافة إلى أن التنصيص على مثل هذه المصطلحات في

¹ جاءت عبارة "عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح" إحدى عناوين أبواب صحيح البخاري، وروى في هذا الباب "حدثنا علي بن عبد الله حدثنا مرحوم بن عبد العزيز بن مهرا ن قال سمعت ثابتاً البناني قال كنت عند أنس وعنده ابنة له قال أنس جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها قالت يا رسول الله ألك بي حاجة فقالت بنت أنس ما أقل حياءها وسواتها قال هي خير منك رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها"، وروى أيضاً "أن امرأة عرضت نفسها على النبي صلى الله عليه وسلم فقال له رجل يا رسول الله زوجنيها فقال ما عندك قال ما عندي شيء قال اذهب فالتمس ولو خاتماً..."، يقول بن حجر أن في الحديثين "جواز عرض المرأة نفسها على الرجل وتعريفه رغبتها فيه وأن لا غضاضة عليها في ذلك..." /أنظر في ذلك عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج6، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1413هـ/1993م، ص55/ أحمد بن علي الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المجلد 9، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1438هـ/2017م، كتاب النكاح، ص150.

² عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2013، ص89.

³ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1 2007، ص36-40.

القانون- ونقصد هنا مصطلح الوعد بالزواج-، قد يخرق حق المرأة في المساواة بالرجل في حرية اختيار الزواج ورضاها الكامل فيه والمنصوص عليه في الفقرة 1 البند ب من المادة 16 من الاتفاقية¹، لذا فحق الخطبة والوعد بالزواج يجب ألا يكون مقصورا على الرجل وحده دون المرأة، دون إنكار صفة الوعد والمواعدة عنها لقوله تعالى (وَلَكِنْ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا)²، فالراجح من معنى الآية أن مواعدة السر هنا "بالأ يأخذ عليها عهدا وميثاقا أن تحبس نفسها عليه، ولا تتكح غيره"³.

وتبعا لذلك عدل المشرع المغربي عن اعتبار الخطبة وعد بالزواج إلى اعتبارها تواعد بين الرجل والمرأة عليه، فخلافًا لما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية، وتحقيقًا للمساواة بين الجنسين نصت المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية على أن "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، وهذا ما يفيد استبعاد لأي طرف آخر كولي المرأة أو أهلها ليحل محلها في المواعدة بالزواج.

هذا ما يعد إقرارا صريحا بالمساواة بين الطرفين الذين يعد كل منهما الآخر، ويعلق الأستاذ محمد الشافعي وهو أحد شراح مدونة الأسرة المغربية على ذلك، ويعتبر "أنه بهذه الصيغة الجديدة، يكون الرجل خاطبا ومخطوبا في نفس الوقت، والمرأة خاطبة ومخطوبة في نفس الوقت أيضا على قدم المساواة، بمعنى أن مدونة الأسرة ارتقت بالخطبة إلى مستوى تواعد صادر عن رجل وامرأة واتفاق بين طرفين متساويين"⁴.

الفرع الثاني

إقرار المساواة في آثار العدول عن الخطبة

قد تنتهي الخطبة بالغاية الأساسية التي شرعت من أجلها، إذ ليس بالضرورة أن تنتهي بالزواج، فجواز العدول عن الخطبة حق مكفول بالتساوي لكل من الخاطبين، وغالبا ما يصاحب هذه الفترة وفقا لما جرت به الأعراف والعادات تقديم الهدايا للمخطوبة بغية التودد والتقرب إليها، بيد أنه مع تطور المجتمع وبروز وسائل الاتصال الحديثة وما صاحبه من انفتاح على الطرف الآخر؛ أضحي تقديم الهدايا متبادلا

¹ تنص الفقرة 1- والبند ب من نفس الفقرة من المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية... لاسيما في الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل

² سورة البقرة، الآية 235.

³ محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري: المسمى جامع البيان في تفسير القرآن، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، ط6، 1435هـ/2014م، ص 538.

⁴ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة 3، 2004، ص 23.

بين الطرفين ولم يعد تقديمها مقتصرًا على الرجل وحده، مثلما قد يصاحب العدول عن مشروع الزواج أضرارًا تلحق بأحد الطرفين، فهل أن المشرع كفل حق المطالبة لكلا الطرفين في استرجاع هدايا الخطبة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة ودون تفريق في المعاملة؟

أولاً: إقرار المساواة بين الجنسين في استرجاع هدايا الخطبة

تجدر الإشارة في البداية إلى مصير الصداق المعجل في حالة العدول عن الخطبة، فالصداق يعد وفقاً للمادة 9 والمادة 14 مكرر وما يليها من قانون الأسرة؛ شرطاً من شروط صحة الزواج، ولا حق للمرأة فيه إذا ما تم الانعقاد الفعلي للزواج، وكانت المرأة قد استلمته كله أو بعضه على سبيل التعجيل، وهذا ما أُجمع عليه في الفقه الإسلامي.

ولم يتعرض قانون الأسرة إلى الصداق المقدم للمخطوبة أثناء فترة الخطبة لا صراحة ولا ضمناً¹، ومادام الزواج لم يتم فلا حق للمخطوبة في الاحتفاظ به، تطبيقاً لمبدأ عدم الاثراء بل سبب مشروع، وهذا ما أكدته المحكمة العليا²، أما الهدايا المقدمة أثناء الخطبة فلا علاقة لها بشروط عقد الزواج ولا بأركانها. ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج، فإذا لم تتم عملية انعقاد الزواج فعلاً بسبب فسخ الخطبة أو وفاة المخطوبة، فللخاطب أن يسترد المهر أو أي جزء منه يقتضيه العرف³.

أما بالنسبة للهدايا المقدمة أثناء الخطبة؛ فبعد أن ساوى قانون الأسرة 84-11 قبل تعديله بين الخطيبين في حق استرداد الهدايا في حالة العدول؛ تضمنت المادة 5 فقرة 3 و4 حكماً تمييزياً يمس بالتساوي التام بين الخطيبين، حين نصت على أنه " لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك "، وعليه، فالمشرع بعد أن أخذ بالمذهب المالكي في مسألة استرداد هدايا الخطبة باعتباره أكثر الآراء الفقهية عدالة، إلا أنه خالفه في الحكم المتعلق بعدم رد مالم يستهلك فقط بالنسبة للمرأة إذا كان العدول منها، أي أن المشرع ميز بين الرجل والمرأة في هذه المسألة، فعلى فرض أن العدول يكون من المخطوبة وكانت الهدايا مما استهلك فلا يلزمها القانون بردها،

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، ط3 معدلة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص18.

² أنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول- أحكام الزواج-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010، ص96.

³ فتوى صادرة عن دار الإفتاء المصرية بتاريخ 21 يناير/جانفي 1970 في الطلب رقم 1970/31، ذكرها محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الأول، دار محمود، القاهرة، ط 21، 2018، ص 50.

بعكس الرجل إذا كان العدول منه، فللمرأة الحق في أن تطالب باسترجاع ما لم يستهلك من الهدايا وقيمة ما استهلك منها أو رد مثلها، وهو ما يستفاد من نص المادة.

غير أن المشرع قد عدل عن هذا الموقف بعد تعديل قانون الاسرة، وأدرج مساواة تامة بين الخطيبين ونصت المادة 5 (فقرة 4 و5) على أنه "لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه ان كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، وهذا التفصيل من المشرع (وهو قول المالكية)، يتفق مع العقل والمنطق والعمل به يحقق العدالة بين الخطيبين ويحقق مصالحهما، لأن في عدول الخاطب عن الخطبة إيذاء وإيلاام للطرف الآخر، فليس من العدالة أن يُجمع على الخاطب ألمين، ألم الفراق ورد الهدايا وضياع أمواله دون مقابل¹.

وخلاصة القول، أن المشرع أقر بالمساواة التامة بين الخطيبين في حق استرجاع هدايا الخطبة للطرف المعدول عنه، ملغياً بذلك أي شكل من أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، ومراعياً الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية الجديدة للمرأة، ونشير هنا إلى أنه إذا كانت الاتفاقيات الدولية لم تتطرق إلى هذه المسائل والنص على ضرورة التساوي بعينها، غير أنها تتفق مع مبدأي المساواة وعدم التمييز في القانون، كما أن هذا الحكم ساير الواقع المعاصر الذي يعيشه المجتمع حالياً من حيث أن تبادل الهدايا يكون من طرف الرجل كما يكون من طرف المرأة خاصة مع اشتغالها واستقلال ذمتها المالية، ويتصدى القانون بذلك أيضاً لأي عرف اجتماعي يحمل أحكاماً تميز بين الرجل والمرأة، قد يحرم أحد الخطيبين من استرجاع هداياه خاصة المرأة.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع قد أقر بأحقية استرجاع الهدايا من غير أن يفرق بين ما إذا كان العدول اضطرارياً كأن يحمل أحد الطرفين الآخر على العدول بسبب وضعه شروطاً تعجيزية سواء كان هذا الفعل متعمداً لأجل أن يُنفر الشخص الآخر منه أو لم يكن متعمداً، أو كأن يكون السبب هو اكتشاف أحدهما عيباً أو مرضاً في الطرف الآخر².

¹ عبد العزيز محمد عزام، المقاصد الشرعية في تشريع الزواج، دون ناشر، القاهرة، ط1، 1991، ص31.

² محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط2، شهاب، الجزائر، الجزء الأول، 1994، ص65 / عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص18.

ثانياً: المساواة في التعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة

يعد الضرر السبب الرئيسي الأساسي بين جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد والجماعات، والحصول التقاضي بشأنه على مستوى العدالة¹، إلا أن مسألة التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة تندرج ضمن المسائل المستجدة على مستوى الفقه والقضاء، فهذه المسألة لم تشر أمام القضاء إلا بعد استقرار القوانين الوضعية في الدول الإسلامية²، وتبعاً لذلك نصت المادة 5 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري على جواز التعويض دون تمييز، فيجوز الحكم بالتعويض "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين".

1- أساس التعويض عن العدول عن الخطبة

طالما أن الخطبة لا ترتقي لمرتبة العقد في كل الأحوال، لذا فإن العدول عنها في أي مرحلة من مراحلها يعد حقا مكفولا بموجب القانون، وعلى الرغم من أن عدول الخاطب ليس سوى ممارسة لحق من حقوقه، إلا أنه إذا صاحب هذا العدول ضرر بالطرف الآخر جاز الحكم له بالتعويض، ومن هذه الفكرة نشب خلاف حول الأساس القانوني للحكم بالتعويض.

أ- مدى جواز الحكم بالتعويض

لم تثر مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة في عصر الفقهاء القدامى، نظراً لاتسام مسائل الزواج في عصرهم بالبساطة وتمسكهم بالحدود الشرعية للخطبة تبعاً لقوة الوازع الديني لدى الأفراد في المجتمع، وعدم الاطالة في الخطبة لأسباب كالتعارف والاتصال بالوسائل الحديثة التي وجدت في عصرنا. لذلك، قد يصاحب العدول عن الخطبة في عصرنا أضراراً تلحق بالطرف المعدول عنه، وهي أضرار غالباً ما تكون مادية تتصل بنفقات التحضير للزواج أو ترك المخطوبة عملها بإجبار من الخاطب للتفرغ للزواج، وقد تكون الأضرار معنوية كالإساءة للسمعة والشرف، خاصة إذا طالمت مدة الخطبة وصاحبها أفعال محرمة، أو يتقدم معها سن المرأة مما يفوت عليها فرص الزواج.

1 عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، القاهرة ط1، 2002/2001، ص5.

2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1403هـ/1983م، ص 88.

كما قد يتضرر الخاطب معنويا إذا عدلت المخطوبة عن الخطبة، فتتأثر سمعته، ويشك الناس في سلوكه، مما يجعلهم يتحرون عن سبب الذي دعا المخطوبة لتركه¹.

كل هذه الأفعال لم يجمع الفقه الإسلامي المعاصر على أنها تُوجب التعويض إذا سببت ضررا بالخطيب المتروك، وانقسمت مواقفهم بين مؤيد ومعارض للتعويض.

- فأما القول الأول²، فيرى عدم التعويض مطلقا، على أساس أن التعويض يخالف طبيعة الخطبة، فالعدول أمر مباح والخطب لم يستعمل سوى حقه في الرجوع، ومن استعمل حق فلا شيء عليه، تبعا لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، ولو أن الخاطب قام بفعل أو قول يرتب عقابا شرعيا كالقذف مثلا، ولحق بسببه ضررا للغير، فإن ذلك سيرتب المسؤولية الجنائية، ومن يدعي حصول ضرر بسبب العدول، فقد كان يعلم مسبقا بطبيعة الخطبة وجواز العدول عنها، فكان يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس، أما الادعاء بالضرر المعنوي أو الأدبي جراء العدول فلا تعويض فيه لأن الأمور المعنوية لا تعوض بالمال في الفقه الإسلامي، وهذا ما أفتى به الشيخ بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقا³.

- أما القول الثاني، فيرى جواز التعويض إذا لحق بالطرف الآخر ضرر مادي أو معنوي⁴، استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)، وفي هذا يقول الشيخ محمد أبو زهرة معلقا على دليل قول هذا الرأي، أن "الضرر يزال وطريق ازالته التعويض، وليس التعويض لأنه استعمل حقا، لكن لأنه استعمله في وقت ينزل الضرر فيه بغيره"⁵، كما اعتبر أصحاب هذا الرأي العدول عن الخطبة دون مبرر شرعي من قبيل التعسف في استعمال الحق، وإساءة استخدام الحق يوجب التعويض⁶.

- في حين فرق أصحاب القول الثالث في ماهية التعويض، حيث يرى الشيخ أبو زهرة أن التعويض يكون في حالة الضرر المادي الذي ينشأ وللخاطب دخل فيه، واستبعد التعويض عن الضرر الأدبي الذي يمس

1 جانم جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، 2008، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ص 123.

2 عبد الكريم زيدان، ج 6، مرجع سابق، ص 76-78 / عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، ط 1، 1997، ص 76-78.

3 محمد سالم أبو عاصي، فتاوي الشيخ بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقا، الجزء الأول، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، 1434هـ / 2013م، ص 404.

4 صالح محمد سعيد محمد سعد، مرجع سابق، ص 329.

5 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ط 3، ص 36.

6 المرجع نفسه، ص 36.

بالسمعة لأن مرده الاستغواء والاستهواء الجنسي وما شابه ذلك من أفعال لا محل لها في الفقه الإسلامي¹، وعلى الرغم من ذلك؛ فإننا نميل إلى القول بالتعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن الاستهواء الجنسي، طالما أنه سيحقق نوعاً من الجزر في إتيان الأفعال المحرمة، كما أنه غالباً ما تتأثر معنويات وأدبياً من هذه الأفعال المرأة وحدها بالرغم من مشاركة الرجل ودوره في هذه الأفعال، لطبيعة الفساد الاجتماعي الذي غالباً ما يحاسب المرأة عنها دون أن يحاسب الرجل، في حين تقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية والعدالة أن كلا الطرفين مسؤولان عن هذه الأفعال أمام الله عز وجل دون تمييز وعلى قدم المساواة.

ب- أساس التعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة في القانون الجزائري

حسم المشرع الجزائري الأمر وأقر صراحة بجواز التعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة، وهذا من خلال صريح الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة، إلا أن التساؤل هنا يثار حول الأساس القانوني الذي اعتمده المشرع للإقرار بالتعويض.

وبما أن الخطبة وفقاً لأحكام قانون الأسرة ليست سوى مجرد وعد؛ يجعلنا نستبعد فكرة التعويض على أساس المسؤولية العقدية²، لذلك اتجه الفقه للقول بأن التعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، والمنصوص عليها في المادة 124 المعدلة من القانون المدني³، وحسب هذه المادة فإن قيام أركان المسؤولية التقصيرية وهي الخطأ، الضرر والعلاقة السببية بينهما، يوجب التعويض للطرف المضرور؛ وعليه، فالعدول

1 محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، دون سنة نشر، ص67.

2 أنظر نظرية العقدية للخطبة في فرنسا من خلال الصفحة 16-17/ إضافة إلى هجر النظرية من الفقه والقضاء الفرنسي، يضيف الأستاذ توفيق حسن فرج "يتضح أن الأحكام التي استند عليها البعض في هذا لا تقطع في أن أساس المسؤولية هو العقد، بل العكس من ذلك نجدتها واضحة في أن الأساس هو الظروف التي تحيط بالعدول عن الخطبة وليس العدول في ذاته"/ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 38.

- ظهرت نظرية بطلان الوعد بالزواج في فرنسا كمقابل للنظرية العقدية التي جعلت من الخطبة عقداً ملزماً يتم تنفيذه عينا أو عن طريق التعويض حالة العدول عنه بالإرادة المنفردة ذلك أنه لا إكراه في هذا العقد على التنفيذ العيني لارتباط المسألة بحرية الزواج الذي يظل مبدئياً متأسلاً لا يجوز المساس به ومن ثم تجريد الوعد بالزواج من كل قوة إلزامية استناداً إلى حرية الزواج، ومن شأن التهديد بالتعويض في حال العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة أو حتى في حال وجود شرط جزائي يقضي بالتعويض عن العدول عن الخطبة أن يشكل تهديداً غير مباشر للخطيبين لما سيتحمله من مغارم مادية نتيجة العدول عن الخطبة/ذكر ذلك إدريس الفاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة، مجلة الحقوق، العدد 16-17، المغرب، 2014، ص 36 نقلها عن:

- Alain Bénabent, Droit civil, la famille, 6 e édition 1994, litec, P 43.

³ تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

المقترن بخطأ يرتب اخلاصا بالتزام قانوني، ولطبيعة الخطبة باعتبارها مجرد وعد بحيث لا ترتب أية التزام، فإن الخاطب أو المخطوبة يكون قد استخدم فقط حقه في حالة العدول. لذا فالمرشع الجزائري اعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيري يوجب التعويض، لأن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري¹، ويعتبر العدول عن الخطبة بناء على ذلك خطأ موجبا للتعويض حسب الحالات المنصوص عليها في 41 الملغاة والتي أدرج المرشع مضمونها في المادة 124 مكرر من القانون المدني، إذا كان العدول عن الخطبة قد وقع "بقصد الاضرار بالغير"، أو إذا كان "يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير"، أو "إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وزيادة على تلك الحالات؛ يُتصور ارتكاب الخاطب لحالات أخرى، كأن يكون سبب العدول عدم تمكين الخاطب أو المخطوبة من الاتيان بأفعال غير مشروعة مع الطرف الآخر. لذلك يرى الأستاذ العربي بلحاج "أن الحالات الثلاث المشار إليها ليست واردة على سبيل الحصر، بل هي مجرد عرض لأهم حالات التعسف تهيئ للقاضي ضوابط الاسترشاد بها"².

المطلب الثاني

المساواة في السن الأدنى للزواج

يعد الزواج من الحقوق الأساسية للإنسان شريطة اكتمال أركانه وشروطه التي من بينها شرط وصول الفرد سناً معينة، لذلك شهدت مسألة تحديد السن الأدنى للزواج منعاً لزوج الأطفال اهتماماً كبيراً من طرف النظام القانوني الدولي. فمن المسلم به على نطاق واسع في القانون الدولي أن زواج الأطفال يعد من الممارسات الاجتماعية والثقافية الضارة المنتهكة لحقوق الإنسان، خاصة الفتيات، إذ يعوق الفتاة في نظرها من حصولها على حقوقها، والحصول على حياة خالية من العنف والاكراه³، لذا عقدت بشأنه الفعاليات وابرمت الاتفاقيات كاتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، وفي هذا الصدد اهتم المرشع الجزائري بأهلية الزواج، وتم التنصيص على السن القانوني الأدنى للزواج في القانون الجزائري حتى قيل صدور قانون الأسرة سنة 1984، ولا شك أن تحديد سن أدنى للزواج ليس فقط ذلك الرقم العمري

¹ العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقاه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص30.

² العربي بلحاج أبحاث ومذكرات في القانون والفقاه الإسلامي، مرجع سابق، ص 28.

³ Maswikwa Belinda, Linda Richter, Jay Kaufman, and Arijit Nandi, Minimum marriage age laws and the prevalence of child marriage and adolescent birth: evidence from sub-Saharan Africa, International Perspectives on Sexual and Reproductive Health, vol 41, n° 2, 2015, p 58.

الذي يشترطه القانون بالتساوي بين المقبلين على الزواج، فما هي الأبعاد الأخرى المرتبطة بتحديد سن الزواج، وما هي المصالح التي تسعى الاتفاقيات الدولية لتحقيقها بالزام الدول بهذا الشرط؟
وتبعاً لذلك، سنتناول مسألة تحديد السن الأدنى في الزواج من خلال المواثيق الدولية في الفرع الأول، ثم نستعرض بعدها موقف المشرع الجزائري من تحديد السن الأدنى للزواج من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول

تحقيق التساوي في سن الزواج ومكافحة الزواج المبكر من خلال المواثيق الدولية

تصاعدت وتيرة التشدد تدريجياً في معارضة الزواج المبكر في الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية، والدعوة إلى ضرورة تقييد الزواج بسن دنيا تمكن المقبلين على الزواج خاصة المرأة من اتخاذ قرار الزواج بكل حرية ودون إكراه، وهو ما تبناه قانون الأسرة الجزائري كغيره من التشريعات الوضعية.

أولاً: التطور التشريعي الدولي في تحديد سن الزواج

اعتبرت الجهات الفاعلة على المستوى الدولي من زواج الأطفال مشكلة على المستوى الاجتماعي والقانوني بدءاً من مؤتمر لاهاي سنة 1904، ولم تتضمن الصكوك الدولية الأولى التي اعتمدها المجتمع الدولي حظراً صريحاً لزواج الأطفال، فالعديد منها نص على حق المرأة والرجل في الزواج، مما يدل أن هذه الصكوك كانت تعتبر أن الزواج علاقة قانونية بين البالغين الكبار¹، فالمادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصت على أن للمرأة والرجل مدى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة، كما تضمنت المادة 1/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على حكم مماثل حين نصت على أنه يكون للرجل والمرأة ابتداءً من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة، وهذا ما نجده أيضاً فالاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان².

كما يلاحظ أن المصطلح المستخدم دائماً هو الرجل والمرأة، وفي الصياغة الإنجليزية "men and women" أي الرجال والنساء وليس الذكور والإناث، وهذا ما يعني ضمناً بأن القائمين بالصياغة يعترفون بمنع زواج الأطفال³، وتتجه إرادتهم من خلال هذه الصياغة إلى عدم الاعتراف بزواج الأطفال أمام القانون.

¹ Gaffney Rhys Ruth, International Law and Child Marriage, In: Niamh Reilly (eds), International Human Rights of Women, Springer, Singapore, 2019, p 350.

² كالمادة 12 من الاتفاقية الأوروبية، والمادة 33 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

³ Gaffney-Rhys R, International Law and Child Marriage, p350.

ولقد تم تناول قضية السن القانوني للزواج بنصوص صريحة في المواثيق الدولية أول مرة من خلال اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لسنة 1964¹، والتي دعت الدول الأطراف صراحة إلى اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ما لم تقرر السلطة المختصة الاعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما²، وكانت أول دعوة لتحديد سن معينة بسن 15 سنة، وهذا من خلال توصية الأمم المتحدة بشأن الحد الأدنى لسن الزواج، الصادرة بقرار عن الجمعية العامة 3018 (د-30)، سنة 1965³، ثم جاء التنصيص على ضرورة تحديد سن أدنى للزواج في النصوص اللاحقة، حيث نصت الفقرة 3 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة على حظر زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات غير البالغات، وطالبت الدول باتخاذ التدابير الفعالة المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية، لتحديد حد أدنى لسن الزواج.

إن تحديد سن أدنى للزواج في منظور النصوص الدولية، يجد مقصده في القضاء على التمييز ضد المرأة ودعمًا لمبدأ الرضا بالزواج وحرية الاختيار، فالزواج في سن مبكرة من العوامل التي تمنع المرأة من اتخاذ قرار بالزواج دون إكراه، وسن الزواج ينبغي أن يمكن الفرد -خاصة المرأة- من اتخاذ قرار مستنير وبدون إكراه من الولي أو الوصي الذي يمنع المرأة من كامل حريتها في الاختيار⁴، وهذا لا يكون إلا ببلوغ سن تكون فيه المرأة على قدر كبير من التمييز.

وفي هذا الصدد ترى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تفسيرها للمادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁵، أنها لا تحدد صراحة سنًا معينة للزواج لا للرجل ولا للمرأة؛ ولكن ينبغي أن يكون هذا السن كافيًا لتمكين كل من الزوجين المقبلين من أن يعرب بحرية عن رضاه الشخصي الكامل بالصورة

¹ Kim Minzee, Wesley Longhofer, Elizabeth Heger Boyle, and Hollie Nyseth Brehm. "When Do Laws Matter? National Minimum-Age-of-Marriage Laws, Child Rights, and Adolescent Fertility, 1989–2007." Law & society review 47, no. 3, 2013, page 591.

² المادة 2 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، تم عرض الاتفاقية للتوقيع والتصديق خلال قرار الجمعية العامة رقم 763 ألف (د-17) في 7 نوفمبر 1962 ودخلت في حيّز التنفيذ 9 ديسمبر 1964.

³ نص المبدأ الثاني من التوصية على "اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج على ألا تقل عن خمسة عشر عامًا، ولا يجوز التزوج قانونًا لمن لم يبلغها".

⁴ لجنة حقوق الإنسان، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثامنة والستون (2000) التعليق العام رقم 28 المادة 3 (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء)، الفقرة 19، وثيقة الأمم المتحدة (A/55/40 (Vol. I)، المرفق السادس- باء، ص 188.

⁵ اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية الدورة التاسعة والثلاثون (1990) التعليق العام رقم 19 المادة 23 (الأسرة) الفقرة 4، وثيقة الأمم المتحدة (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)، ص 202.

والشروط المنصوص عليها في القانون، فجل الاتفاقيات الدولية لم تنص على سن معينة للزواج، أو بيان للسن الخاص بالبلوغ لاختلافه من بلد لآخر، تاركة بذلك تنظيمه التشريعي للقوانين الداخلية وتقرير العقوبات اللازمة عند حدوث زواج الأطفال دون سن مناسبة، ما لم تقرر السلطة المختصة الاعفاء من شرط السن القانوني للزواج لأسباب جدية تحمل مصلحة للمقبلين على الزواج¹، غير أن المادة 16 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث حظرت بشكل قطعي خطوبة وزواج الأطفال، وشددت على عدم الاعتراف به بإقرار انعدام أي أثر قانوني لهذا الزواج، مع اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

يلزم هذا الحكم السابق الدول الأطراف بالقضاء نهائياً على زواج الأطفال، وحمائتهم عن طريق اشتراط حد أدنى لسن الزواج، ولقد ناقش الفريق العامل رقم 3 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة فيما إن كان هذا المنع ينطبق على الفتيات الإناث فقط دون الذكور باعتبار الفتاة الحلقة الأضعف في هذا الزواج أم الأمر يجب أن ينطبق على كليهما، وفي الأخير اعتمدت صياغة عامة من خلال المادة 2/16، بإدراج مصطلح الطفل²، وهو ما يكفل المساواة وعدم التمييز بين الجنسين.

وتثير على ذلك صياغة المادة التساؤل حول مدلول الطفل، فمصطلح الطفل مصطلح فضفاض في الأنظمة القانونية، ويختلف من دولة إلى أخرى، كما أن سن الرشد أو تعريف الطفل غير موحد كذلك في القانون الدولي، حتى أن اتفاقية حقوق الطفل 1989 عرفت الطفل بأنه "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"، أي أن الطفل قد يبلغ سن الرشد قبل سن الثامنة عشر إذا ما نص قانونه الوطني على ذلك.

إن مسألة تحديد سن الزواج ترتبط غالباً بسن البلوغ الذي يختلف من دولة لأخرى، ومن بيئة لبيئة، إذ تؤثر فيه الظروف المناخية وطبيعة الأجناس، فالولد والبنت يصلان مبكراً إلى سن البلوغ في المناطق الحارة، عكس المناطق المعتدلة والمناطق الباردة مثلما هو عليه الوضع في أوروبا ودول الشمال، الذي يتأخر فيها سن البلوغ بالنسبة للذكور والإناث³.

¹ خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 68.

² Marsha Freeman, Beate Rudolf, and Christine Chinkin, eds. The UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women: A commentary, Oxford University Press, 2012, p 437

³ منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة: دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2010، ص 227.

ولقد لاحظت لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة تزايد الطابع الاستغلالي للزواج المبكر وبأنه أكثر انتشاراً لدى فئة الإناث، بحيث يتم تزويج الفتيات في بعض المجتمعات مقابل ديون العائلة أو للتعويض عن خطأ ارتكب ضد عائلة رجل ربما يكون فارق السن بينهما كبير، وقد جاء في توصية لها بأن يكون سن 18 هو السن الأدنى للزواج، لكل من الرجل والمرأة على حد سواء¹.

وتبعت المؤتمرات الدولية الاتفاقيات في حث الدول على تحديد سن الزواج، فقد حث تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية المنعقد بالقاهرة سنة 1994 الحكومات على " أن تتوخى الدقة في إنفاذ القوانين التي تكفل عدم الدخول في الزواج إلا بإرادة حرة، وبالموافقة التامة من قبل الزوجين المقبلين عليه"، وبالإضافة إلى ذلك ينبغي على الحكومات أن تتوخى الدقة في إنفاذ القوانين المتعلقة بالسن الشرعي الأدنى لقبول الزواج، والسن الأدنى عند الزواج، وأن تزيد السن الأدنى عند الزواج حيث اقتضى الأمر، وعلى الحكومات والمنظمات غير الحكومية توليد الدعم الاجتماعي اللازم، لإنفاذ القوانين المتعلقة بالسن الأدنى الشرعي عند الزواج، لا سيما بإتاحة بدائل تغني عن الزواج المبكر، من قبيل توفير فرص التعليم والعمل².

ثانياً: الدعاوى الخفية وراء تحديد سن الزواج في المواثيق والمؤتمرات الدولية

إن أهداف تحديد سن الزواج ومحاربة الزواج المبكر بدأت تأخذ منحنا آخر برز خصوصاً من خلال المؤتمرات الدولية، وذلك بالدعوة إلى التحرر الجنسي والاعتراف بالحقوق الجنسية للمراهقين وإزالة العقبات الاجتماعية المبنية على الدين والأعراف التي تعوق في نظرها حق المرأة في الوصول إلى حقوقها الجنسية، وهو ما يعني حظر الزواج المبكر الذي يعد الإطار الشرعي للعلاقة الجنسية، وفتح الطريق أمام "الجنس المبكر" وحمايته بموجب القانون.

ففي مقابل التشدد في رفع سن الزواج والدعوة لتجريم الزواج المبكر، يتم فتح الباب على مصراعيه أمام الممارسات الجنسية غير الشرعية وعدم تجريمها، فقد حثت على سبيل المثال اللجنة المعنية بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة في تقرير مقدم من دولة تركيا بإعادة النظر في تجريم العلاقات الجنسية الرضائية بين الشباب المتزاوجة أعمارهم بين 15 و18 سنة، وفي موقف آخر أكثر تناقضاً مع الفطرة؛ تتهم اللجان الدولية الزواج الشرعي بأنه السبب وراء إصابة الفتيات بمرض الايدز، حيث اعتبرت من خلال البند

¹ تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 13، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية: الدورة التاسعة والأربعون، الملحق رقم 38، A/49/28، الأمم المتحدة، نيويورك، 1994، الوثيقة الفقرة 36، ص9.

² تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية - القاهرة 1994، منشورات الأمم المتحدة، الفصل الرابع - باء - الفقرة 4/21، ص24، وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.171/13/Rev.1

62 من تقرير لجنة شعبة الارتقاء بالمرأة عن اجتماع لجنة الخبراء بعنوان "القضاء على أشكال التمييز والعنف ضد الطفلة" بأن زواج الصغيرة يعبر بها من مرحلة لا تمارس فيها علاقات جنسية إلى مرحلة تمارس فيها علاقات جنسية غير محمية مع شريك يفوقها سناً أي أكبر منها، الأمر الذي يعرضها لاحتمالات أكبر أمام الإصابة بمرض الإيدز، وأن نسبة إصابة الفتيات المتزوجات تفوق نسبة الفتيات اللاتي يمارسن الجنس مع شركاء من نفس أعمارهن دون علاقة زواج¹.

لذا فإن من الواضح بأن القول والاعتراف بحرية تلبية المراهقين والمراهقات لميولهم الجنسي ما هو إلا انعكاس للوضع الذي تعيشه المجتمعات الغربية من انتشار للزنا والعلاقات غير الشرعية، وانتشار الإباحية وتيسر وسائلها، وهدم الأسس السليمة لنظام الزواج وبناء الأسرة. كما أن هذه الدعوات تسعى لأجل خفض معدل الزواج الشرعي².

كما ظهر مصطلح الصحة الإنجابية³، الذي بدأ يأخذ حيزاً أكبر من الاهتمام بعد مؤتمر السكان والتنمية الذي عقد بالقاهرة سنة 1994، والتي تم تعريفها في المؤتمر على أنها "حالة من رفاه كامل بديناً وذهنياً واجتماعياً في جميع الأمور المتعلقة بالجهاز التناسلي ووظائفه وعملياته، وتشمل كذلك سبل توافر تحسين العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة بما فيها من جمالية وحميمية وخصوصية"⁴، وهو ما تم تأكيده في المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة بكين 1995، حيث تعني الصحة الإنجابية حسب إعلان ومنهاج

¹ ذكر في: كاميليا حلمي محمد، أهم المصطلحات الواردة في أبرز الاتفاقيات والمواثيق الدولية للمرأة والطفل وخطورتها على الأسرة، بحث مقدم المؤتمر العلمي الدولي - الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي والجامعة الأردنية ووزارة التنمية الاجتماعية، عمان، 2013، ص 6.

² كيتا وسى عمر وتكر الحاج موسى، مصطلحات الجندر، الصحة الإنجابية، الحقوق الإنجابية، حقوق الشركاء، والجنس الآمن: مفهومها وآثارها على مقصد حفظ النسل، "مجلة مجمع: جامعة المدينة العالمية ع7، 2013، ص 26.

³ كان موضوع الحقوق الانجابية والصحة الإنجابية أكثر موضوعات البرنامج جدلاً، ولقد تُحفظ على النصوص الواردة بخصوصه في الفصل السابع من مشروع البرنامج، وأعترض عليها من الفاتيكان وهيئات وشخصيات دينية إسلامية، فكانت نصوص هذا الفصل الأكثر استهدافاً من غيرها من أجل تعديلها فكان أهم وأول هذه التعديلات في تغيير عنوان الفصل من "الحقوق التناسلية والصحة الجنسية والتناسلية وتنظيم الأسرة إلى "الحقوق الإنجابية والصحة الإنجابية"/ أنظر في ذلك: أحمد حسن إبراهيم، المؤتمر الدولي للسكان والتنمية - القاهرة : 5 - 13 سبتمبر 1994، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد 2، ع2، معهد التخطيط القومي، ديسمبر، ص 290.

⁴ نهى القاطرجي، دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشرعية والقانون نتحت عنوان: الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية والمواثيق الدولية 1436هـ / 2015م، ص 22.

بكين " قدرة الناس على التمتع بحياة جنسية مرضية ومأمونة، وقدرتهم على الإنجاب، وحریتهم في تقرير الإنجاب وموعده وتواتره"¹.

وعقدت الأمم المتحدة في سنة 2002 أول مؤتمر خاص للأطفال والشباب بنيويورك، بهدف التوصل لخطة لتحسين سجل العالم من ناحية أوضاع الأطفال، الذي توج بوثيقة عالم جدير بالأطفال، والتي دعت في بنودها إلى إباحة الإجهاض للفتيات من خلال مصطلح خدمات الصحة الإنجابية وتعزيز وحماية حق المراهقين في التربية الجنسية والانجابية والحصول على المعلومات والخدمات الخاصة، بهما تقاديا للحمل المبكر والامراض المنقولة بسبب الاتصال الجنسي².

ووردت في تقرير مؤتمر القاهرة في الفصل 7/ ه تحت عنوان "المراهقون" فكرة التصدي لقضايا المراهقين المتصلة بالصحة الإنجابية والجنسية، بما في ذلك الحمل المرغوب فيه والإجهاض غير المأمون والأمراض المنقولة...من خلال تشجيع السلوك الانجابي والجنسي المسؤول والسليم صحيا، بما في ذلك الامتناع الجنسي الطوعي وتوفير الخدمات الملائمة المناسبة لتلك الفئات العمرية على وجه التحديد"³.

كل هذه الأمور تقودنا إلى استنتاج أنه إذا كانت محاربة الزواج المبكر وتقييد الزواج بسن معينة في بادئ الأمر كان بهدف حماية الأسرة ومنه المجتمع، إلا أن الحرية والفوضى الجنسية التي أصبحت تنادي بها الاتفاقيات الدولية، أضحت تساهم في العزوف عن الزواج وهو ما يهدد نظام الأسرة في حد ذاته، فمن بين الأغراض التي شرع الزواج لأجلها هي كفالة حق الاستمتاع الجنسي، وحفاظا على المرأة وكرامتها من أن تكون لعبة يتداولها الرجال، وتقادي اختلاط الأنساب وتحقيق استقرار الأسرة والمجتمع.

¹ تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة ببيجين 1995، اعلان ومنهاج عمل بيجين، جيم المرأة والصحة، البند 94، وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.177/20/Rev.، ص 42-43.

² أنظر في ذلك: مرام بنت منصور بنت حمزة زاهد، مفهوم الصحة الإنجابية في المواثيق الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية كلية الشريعة بالرياض، الدراسات العليا، قسم الثقافة الإسلامية، ص 19.

³ تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية - القاهرة 1994، مرجع سابق، 44/7، ص 48-49.

الفرع الثاني

تكريس التساوي في أهلية الزواج في قانون الأسرة

قيد المشرع الجزائري الزواج بسن يفترض فيها أن يكون الشخص أهلا للدخول في أسمی العقود وأكثرها أهمية في حياة الإنسان، والقدرة على تحمل الالتزامات التي يفرضها، وعمد في المقابل إلى الخروج عن هذه القاعدة بالترخيص لمن لم تكتمل عنده أهلية الزواج بالترخيص به للحاجة والضرورة.

ولم تضع الشريعة الإسلامية حدا لسن الزواج، انما رُبط حد التكليف بالأوامر والواجبات الدينية بالبلوغ، الذي يظهر في أي سن¹، لذلك أجمع الفقهاء قديما على عدم تحديد سن معينة تكتمل معها أهلية الزواج سواء للذكر أو للأنثى، في حين ذهب فريق إلى القول بعدم جواز العقد على غير البالغة²، ومن المعاصرين من أسس تحديد سن الزواج وبعد البلوغ على قاعدة تقييد ولي الأمر للمباح لمصلحة الأسرة والمرأة ولعدم تحقيق الزواج المبكر ضمان الوفاء بالواجبات الأسرية³.

¹ عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج1، مكتبة وهبة، القاهرة، ط2، 1427هـ/2006م، ص402-403.
² يستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى في الآية الرابعة من سورة الطلاق { وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ } وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا }، أي أن الله تعالى "جعل للائى لم يحضن عدة ثلاث أشهر، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من طلاق في نكاح أو فسح، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق، ولا إذن لها فيعتبر"/ ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخري ومعه الشرح الكبير على متن المقنع، ج 8، دار الكتب العلمية، ط1، 2009، ص 457

- ومن السنة النبوية زواجه صلى الله عليه وسلم من عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا، غير أنه اعترض على ذلك بالقول أن ذلك من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم كما في زواجه بأكثر من أربع، وهو قول ابن شبرمة، كما يرى "أنه لا يجوز تزويج الأب لابنته الصغيرة حتى تبلغ وتستأذن، وأن هذا النكاح لا يحقق مقاصده من الاستمتاع وحفظ النسل"، ورد على ما ذكره ابن حزم بقوله: "فمن ادعى أنه خصوص لم يلتفت لقوله، لقول الله عز وجل: { لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر } فكل ما فعله عليه الصلاة والسلام فلنا أن نتأسى به فيه، إلا أن يأتي نص بأنه له خصوص"، أنظر في ذلك: صحيح البخاري، حديث رقم 4793، باب تزويج الصغار من الكبار، دار ابن كثير، 1993م/1414هـ، ج5/ ص1949/ محمد ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ج9، ط1، 2003م، 1425هـ، ص38-40.

³ علال الفاسي، النقد الذاتي، المطبعة العالمية، القاهرة، ط1، 1952، ص265-266.

ولم يعتمد المشرع الجزائري على البلوغ في تحديده لسن الزواج، بل حدد ذلك بسن يُفترض أن يكون الراغب في الزواج أهلا للزواج، وهو ما يعرف بالأهلية في الزواج. وبهذا اعتبر المشرع الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية¹.

فقد أقر قانون الأسرة الجزائري 84-11 منذ صدوره سنة 1984 حكما حدد بموجبه سنا دنيا للزواج، حيث نصت المادة 7 منه على أن " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص ذلك لمصلحة أو ضرورة "، والملاحظ أن هذه المادة ميزت بين الجنسين إزاء تحديد السن الدنيا للزواج، هذا التمايز بين الرجل والمرأة في نظر الاتفاقيات الدولية ينطوي على افتراض خاطئ بأن معدل النمو والنضج الفكري لدى المرأة يختلف عن الرجل، أو أن طور النمو البدني والفكري عند الزواج لا أهمية له ومن ثم يتعين إلغاء هذه الفروق والاختلافات²، كما أن هذا الحكم يتعارض مع ما نصته المادة 2/15 من اتفاقية المرأة، بإلزام الدول منح المرأة الأهلية القانونية الكاملة مثل الرجل وكفالة التساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية³.

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذه المادة لا تتسجم مع أحكام القانون المدني، بحيث يكتمل سن الرشد حسب المادة 40 منه ببلوغ سن 19، وتكون بذلك المرأة أهلا لمباشرة الزواج وفقا لقانون الأسرة، وفي نفس الوقت قاصرة في نظر القانون المدني، بحيث لا يمكنها مباشرة التصرفات المدنية كإبرام العقود وغيرها لعدم رشدها، ويكون الرجل في المقابل راشدا عند بلوغه سن 19 وفق القانون المدني ويباشر جميع التصرفات المدنية، غير أنه لا يمكنه إبرام عقد الزواج لعدم بلوغه سن 21 وهو السن الأدنى للزواج في قانون الأسرة.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 116.

² أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2014، ص 517.

³ تنص الفقرة 2 من المادة 15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن " تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية'

ولهذه الأسباب وغيرها، عمل المشرع في إطار تحديث المنظومة التشريعية وإدراج المساواة بين الجنسين، على عدم التمييز بين الجنسين وقت إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة¹، من خلال تعديله بالأمر 02-05، بحيث ساوى المشرع في سن الزواج من خلال جديد المادة 7 والتي أوضحت تنص على اكتمال "أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"، وجاء في عرض أسباب تعديل المادة "بأنها تقترح توحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة و تحديده بـ 19 سنة ، تطابقاً مع سن الرشد المدني و بالتالي تقرير سن موحد بالنسبة للرجل والمرأة من باب المساواة بينهما، كما أن في تقليص سن الزواج بالنسبة للذكور رفعا لعائق قانوني كان يحول دون زواج كثير من الشباب الراغبين فيه، وفيه تشجيع على الزواج المبكر الذي يحقق الاحصان للشباب و يقيه من مخاطر الانحراف"².

كما ذكرت الجزائر في ردها على التوصية رقم 25 و 26 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أثناء النظر في التقرير الدوري الثاني، أن تحديد السن القانوني لإبرام الزواج بـ 19 فيه ضمان لحماية حقوق طرفاه، فبلوغ هذا السن يمكنهم من التعبير عن موافقتهم بحرية وعن دراية، لا سيما حين يتعلق الأمر بالمرأة³.

وما يمكن ملاحظته أن القانون الجزائري لم يتطرق لمسألة التفاوت الكبير في السن بين المقبلين على الزواج، باعتبارها تدخل عند بعض الفقهاء المتأخرين في مسألة الكفاءة، فقد أجمع جمهور الفقهاء على اعتبار الكفاءة شرطاً لازماً للزواج لا لصحته، واختلفوا في العناصر التي تُراعى فيها الكفاءة⁴، فقد يؤدي التفاوت الكبير في السن إلى عدم استقرار الحياة الزوجية كما أراد الله تعالى أن تكون، فقد يعجز الشيخ الهرم عن أداء التزاماته الزوجية والعائلية، وقد يختل معه مقصد الزواج في الاحصان بسبب الضعف الجنسي فيضر بالزوجة، مما قد يؤدي بها إلى النشوز والنفور، وكلما زاد التفاوت في السن بين الزوجين

¹ موسى مرمون، الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 - بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له، مجلة العلوم الإنسانية، ع 41، مجلد ب، جامعة قسنطينة 1، جوان 2014، ص 481-482.

² عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، العدد 13، جامعة وهران، ديسمبر 2007، ص 87.

³ التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/DZA/3-4، ص 18.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ج7، ط2، 1985، ص 234-237 / جمال محمد باجلان، المرأة في الفكر الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 2017، ص 208-209.

ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية¹، لذلك ذهبت بعض التشريعات العربية إلى تنظيم هذه المسألة².

ويلاحظ أن الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في تحديد أهلية الزواج هو أساس اجتماعي بالدرجة الأولى، طالما أنه قد راعى في ذلك التغيرات الحاصلة في المجتمع الجزائري وارتفاع سن الزواج، نتيجة الظروف الاجتماعية والاقتصادية، والنضج الفكري، واستمرارية أغلب الشباب في الدراسة لسنوات تفوق سن الرشد، وكذا الأعباء المالية المصاحبة للزواج، مراعيًا في ذلك مصلحة الأسرة والمجتمع، خلافاً لمنهج الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية التي تدعو إلى التضييق على الزواج المبكر مع الدعوة في نفس الوقت إلى إباحة التحرر الجنسي وانتشار الرذيلة في المجتمع، على الرغم من أن هذا التحديد لسن الزواج فيه موائمة للالتزامات الجزائر الدولية، كما أن المشرع خرج عن هذه القاعدة-أي السن الأدنى للزواج- بمنح السلطة التقديرية للقاضي بالترخيص للزواج دون السن القانونية للمصلحة والضرورة هو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الإذن القضائي بالزواج

بعد أن عمل قانون الأسرة الجزائري على تحديد أهلية الزواج بسن 19؛ ومراعاة لبعض الظروف الاجتماعية والخاصة، جعل المشرع من إمكانية الزواج دون سن 19 استثناءً لمبدأ اكتمال أهلية الزواج، وفي ذلك نصت المادة 7 من قانون الأسرة على أن "للقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، فما هي شروط الحصول على الإذن القضائي بالزواج؟ وما حكم الزواج المبرم دون إذن قضائي في نظر القانون؟

¹ عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، ط1، 1418، 1998، ص56.
² حيث نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في فرع الكفاءة على ضرورة التناسب في السن بين الزوجين وجعله حقا للزوجة وحدها في المادة 36، وإلى نفس الاتجاه سار القانون في سوريا مع منح السلطة للقاضي في عدم الإذن بالزواج إذا رأى عدم وجود ضرورة لانعقاده وفقا للمادة 19 من ق.أ.ش، وهو نفس الحكم الذي نص عليه ق.أ.ش لدولة الإمارات إذا كان سن المخطوبة ضعف سن الخاطب أو أكثر وفقا للمادة 21-2.
 - أنظر: ق.أ.ش الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، ج 8، إصدار وزارة العدل، مطابع الخط، ط1، فبراير 2011، ص 21/ ق.أ.ش لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 (والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به وفقا لأحدث التعديلات)، إعداد، قسم الدراسات والبحوث، معهد قضاء دبي، الطبعة الثالثة، 1438هـ/2017 م، ص 23-24/ قانون أش السوري لصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/9/7 المعدل والمتمم.

أولاً: شروط الحصول على الإذن القضائي بالزواج

يرجع تأسيس زواج القاصر وتعليقه على الإذن القضائي إلى كون مؤسسة الزواج من النظام العام، لذلك لا يمكن مخالفة هذا النظام بترك هذا الزواج في يد الولي أو النائب الشرعي دون اشراك القضاء في توجيهه أو السماح به¹، لذا حدد المشرع من خلال المادة 7 من قانون الأسرة نطاق تدخل القاضي حين نصت على أن "للقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، ويفهم من خلال استقراء ما جاء في نص المادة أن الحصول على هذا الإذن متوقف على شرط عدم بلوغ السن القانوني للزواج، علاوة على المصلحة أو الضرورة.

1- عدم بلوغ السن القانوني للزواج

نص المشرع صراحة على سن أهلية الزواج حتى قبل صدور قانون الأسرة، وقيدها من خلال قانون الأسرة الحالي بـ 19 سنة لكل من الذكر والأنثى، وأغفل عن تحديد السن الدنيا لاستصدار الإذن القضائي بالزواج، فالطفل الذي لم يبلغ سن التمييز وكذا البالغ من العمر 18 سنة كلاهما يعتبران دون السن القانونية للزواج، وبما أن هذا الاستثناء من المشرع بالترخيص للقصر بالزواج يرجع في تأصيله إلى الظروف الاجتماعية، وذلك لمعالجة بعض الحالات التي تستوجب الترخيص بالزواج، فإن المشرع منح للقاضي السلطة التقديرية بعد موافقة الولي للنظر في مدى توافر الأسباب الملحة التي تقتضي التعجيل بانعقاده، دون أن يحدد للقاضي السن الأدنى الذي لا يمكنه النزول عنه، لذا فهل أن القاضي سيرخص بالزواج لمن هو دون سن 15 مثلاً؟ خاصة إذا علمنا أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي في حالة انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فيمكن للقاضي ألا يتقيد بالأراء التي ترى عدم صحة زواج من هم دون سن البلوغ، إلا أنه إذا ما رجعنا إلى طبيعة عقد الزواج بالنسبة للقاصر المميز الذي يعتبر الزواج بالنسبة له من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر²، مع عدم اكتساب الصغير غير المميز لأهلية الأداء التي لا تثبت إلا إذا أثبت الشخص أنه قادر على التمييز بين النفع والضرر يجعله غير مؤهل مطلقاً للدخول في الزواج، في حين أن سن التمييز هنا ووفقاً لأحكام القانون المدني لا يزيد عن

¹ محمد بلحاج الفحصي، زواج القاصر من خلال مدونة الأسرة المغربية، منشورات مجلة دفاتر قانونية - سلسلة دفاتر أسرية المغرب، ع2، 2017، ص24.

² تنص المادة 83 قانون الأسرة على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

13 سنة¹، وإذا كان بلوغ سن التمييز يمكن القاصر من التعبير عن إرادته ومدى رضاه بالزواج، فإن سن 13 تعتبر سناً منخفضة بالنظر إلى عقد الزواج خصوصا في وقتنا المعاصر، وعلاوة على ذلك، لم يشترط المشرع بلوغ القاصر سن البلوغ كشرط لازم لاستصدار الإذن القضائي بالزواج، لذا يبقى البلوغ شرطا مفترضا يجب توفره مع شرط التمييز لاستصدار الإذن القضائي بما أن هذا الإذن يعد استثناءً لا أصلا، وكما هو معلوم فالاستثناء لا يتوسع فيه.

أضف إلى ذلك، أن هذا النهج لم ينفرد به المشرع الجزائري، فهو نهج استقرت عليه التشريعات العربية، فعلى سبيل المثال وبعد أن أقر المشرع المغربي بهذا الاستثناء من خلال المواد 20-23 من مدونة الأسرة، لم تحدد المدونة للقاضي السن الدنيا التي لا ينبغي له النزول عنها، وفي هذا يرى الأستاذ محمد الكشور أنه يجب أعمال هذا الاستثناء في أضيق الحدود وبالتالي لا يمكن للقاضي-في نظره- أن ينزل عن سن 18 إلا بسنة أو سنتين، واستثناءً جدا بثلاث سنوات²، مثلما أغفلت مجلة الأحوال الشخصية التونسية النص على السن الدنيا للاستصدار الإذن القضائي بالزواج بعد أن حدد الفصل الخامس من الزواج بـ 18 سنة لكلا الجنسين.

ويلاحظ في الأخير أن المشرع أقر هذا الاستثناء لكلا الجنسين، وأن هذا الحكم يخضع له كل من الفتيان والفتيات دون تمييز³.

2- تقديم طلب الإذن

بعد أن نص القانون على إمكانية زواج القاصر الذي لم يبلغ السن القانونية للزواج؛ قيد هذه الرغبة بضرورة استصدار رخصة مسبقة بناءً على طلب مقدم من وليه تسمح بإبرام عقد الزواج⁴، وعلى الرغم من النص على هذا الشرط، إلا أن القانون لم يدرج أي حكم يبين كيفية استصدار طلب الترخيص بالزواج أو حتى القاضي المختص بالنظر في هذا الطلب، أما على مستوى العمل القضائي؛ فقد درج العمل على توجيه

¹ تنص المادة 42 من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة"

² محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الجزء الأول- الزواج- ط 3، 2015، ص 263.

³ جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد 1، ص 26.

⁴ عبد العزيز سعد، مرجع سبق، ص 24.

هذا الطلب إلى رئيس المحكمة باعتباره صاحب السلطة في إصدار الأوامر الولائية، مثلما جاء في القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29 الذي كان يمنح هذا الاختصاص إلى رئيس المحكمة¹.

وبالرغم مما ذكر أعلاه، إلا أننا نميل إلى ما ذهب إليه الأستاذ تشوار جيلالي في أن المنطق والمصلحة الفعلية يقضيان بأن يوكل الأمر لقاضي شؤون الأسرة لدرابته وخبرته في هذا المجال، نظراً لأنه يحتك بصفة دائمة بالمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص خاصة مسألتَي الزواج والطلاق، ويكون ملماً بالمعايير المحددة لمصلحة الشخص القاصر المقبل على الزواج²، وهو ما تبناه المشرع المغربي بمنح الاختصاص في النظر في الطلب لقاضي شؤون الأسرة المكلف بالزواج³، وفي المقابل لم ينص القانون التونسي صراحة من خلال مجلة الأحوال الشخصية على القاضي المختص، وجرى العمل على تقديم الإذن بالزواج إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه⁴.

3- شرط المصلحة أو الضرورة

يعد توافر شرط المصلحة أو الضرورة؛ الذي يعد الشرط الأساسي الذي بنى عليه المشرع الاستجابة لطلب الإذن بزواج القصر من عدمها، وهو ما عبرت عليه المادة 12 من اتفاقية الرضا بالزواج بالأسباب الجدية لمصلحة الطرفين، فلا شك أن اليتيمة التي ليس لها مال أو الفتاة مجهولة النسب، حُق لها أن تحصل على هذا الإذن لما في تأخير زواجها من ضرر نفسي ومادي يقع عليها، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع لم يحدد مفهوم المصلحة أو الضرورة لصعوبة حصرها، وفسح المجال أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية في استخلاص مدى توافرها لانعقاد الزواج من عدمه.

كما أن التأمل في صياغة المادة 7 من قانون الأسرة يجعلنا نتساءل، هل أن المصلحة والضرورة شرطان متلازمان أم يكفي إثبات أحدهما للحصول على الإذن بالزواج؟ وإجابة على هذا السؤال يرى الأستاذ تشوار جيلالي "أن قصد المشرع في عدم تحديد كل العناصر المكونة لتلك المصلحة أو الضرورة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة والأمكنة، وحسب الحالات الخاصة، وعليه يقتضي القول أن المشرع

¹ أنظر في ذلك: عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 22.

² جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مرجع سابق، ص 22-23.

³ المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية

⁴ بن محمود فاطمة الزهراء ودولة سامية، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2005، ص 62.

عندما يضع القواعد، فإنه يضعها عامة ومجردة، وللقاضي أن يفسرها ويقضي حسب كل حالة على حدة¹، علاوة على النظر إليها نظرة شاملة من جميع النواحي الإنسانية والاجتماعية. والتأكد من قدرة القاصر على تحمل التبعات المادية والمعنوية للزواج².

ومن جهة أخرى، لم يضع المشرع للقاضي الآليات التي ترشده لاستخلاص المصلحة كإجراء بحث اجتماعي للوقوف على ظروف هذا الزواج، وإلزام طالبي الإذن بالزواج بتقديم شهادة طبية خاصة توضح الوضعية الفيزيولوجية للقاصر، وهذا خلافا للفحص الطبي المقرر بموجب المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، وهو ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة.

المسألة التي دُرَج عليها في الواقع العملي والتطبيقي، بإرفاق طلب الإذن أو الترشيح بشهادة طبية تثبت أن القاصر مؤهل من الناحية البدنية، تأهिला يمكنه من ممارسة الحياة الزوجية.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري إغفاله لمسألة ذات أهمية بمكان، ونقصد هنا إمكانية الطعن في حالة رفض طلب الترشيح بالزواج، باعتبار أن الأوامر الولائية لا تقبل الطعن، فما مصير الزواج الذي توفرت كل شروطه واقتضته المصلحة والضرورة مع موافقة ولي القاصر وتعسف القاضي في قراره؟ فهل أن القاضي أحرص على مصلحة القاصر من وليه؟ لذا حري بالمشرع أن ينص على إمكانية الطعن ولو على مستوى درجة قضائية أعلى، ونشير هنا إلى أن حكم عدم جوار الطعن في رفض طلبات الأذن القضائية بالزواج، قد سارت نحوه مدونة الأسرة المغربية³ ومجلة الأحوال الشخصية التونسية بصفة صريحة⁴. وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه في حالة تمام زواج القاصر؛ فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بالزواج وآثاره القانونية، ومع ذلك لا يرشد الزوج القاصر لأجل رفع دعوى الطلاق طبقا للمادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: الجزاء المترتب عن مخالفة سن الزواج

على الرغم من التشدد التشريعي في تحديد أهلية الزواج، وإقرار المشرع بعدم النزول عن السن القانونية المحددة إلا في حالة المصلحة أو الضرورة مع استصدار طلب الإذن من القاضي يرخص بإبرام الزواج،

¹ جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مرجع سابق، ص 25

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، مرجع سابق، ص 121.

³ تنص المادة 220/ من مدونة الأسرة على أن "مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن"

⁴ ينص الفصل 6 من الأحوال الشخصية التونسية على أن "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي، والأم، وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

إلا أن قانون الأسرة لم يتضمن أي حكم يخص مصير زواج القاصر المنعقد بدون إذن قضائي، سواء قبل البناء أو بعده.

وبالرجوع إلى القانون 63-224 المذكور سابقاً، نجد أنه تضمن أحكاماً صريحة وتفصيلية تحكم كلاً من السن الدنيا للزواج، وشروط الإذن القضائي، والجزاءات القانونية المترتبة عن مخالفة أحكام المادة الأولى منه والتي نصت على أنه "ليس للرجل قبل بلوغه ثماني عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها لست عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن"، ثم نصت المادة الثانية منه على معاقبة "كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي (المأذون) والزوجان وممثلهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعوا السن بالحبس من خمسة عشر يوماً إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من أربعمئة إلى ألف فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وبالنسبة لمصير الزواج المخالف لأحكام المادة الأولى أعلاه، فقد اعتبرته المادة 3 باطلاً إذا كان قبل الدخول، مع التوسع في منح حق الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، ولا يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج وحده في حالة الدخول، ويحصن هذا الزواج ضد الطعن فيه في حالتي: بلوغ الزوجان السن القانونية للزواج، وفي حالة حمل الزوجة وإن لم تبلغ السن المقرر للزواج¹.

وأكثر ما يشد انتباهنا هنا؛ الحكم الخطير الذي تضمنته المادة 3 حين نصت على بطلان زواج حصل فيه دخول، فأى مصلحة للزوجين أو للأسرة أو للمجتمع في إبطال زواج بعد الدخول، وما يترتب على الأمر من آثار وخيمة، خاصة على المرأة، إذا تم الطعن فيه من طرف الزوج القاصر.

وما يزيد دهشتنا هنا، تحصين القانون 63-224 لهذا الزواج من الطعن فيه إذا حملت الزوجة ولم تبلغ بعد، أي أن المشرع هنا يعترف بصحة هذا الزواج، فلما النص على بطلانه إذا تبعه دخول من الأساس؟

¹ نصت المادة 4 من القانون 63-224 على: "ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين: أولاً: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية. ثانياً: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت".

والسؤال المطروح هنا، هل أن أحكام القانون 63-224، لا تزال سارية المفعول ويمكن تطبيقها؟ أم أن قابلية تطبيقه قد انتهت بصدور قانون الأسرة 84-11؟

لقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة، حيث يرى جانب من الفقه أن القانون 63-224 لا يزال قابلاً للتطبيق، طالما أن قانون الأسرة لم يتضمن أحكاماً جديدة تتعلق بمخالفة أهلية الزواج من جهة، مثلما أنه لم ينص على إلغاء القانون 63-224 بصفة صريحة من جهة أخرى¹، ومثلما أشرنا سابقاً، فوفقاً لهذا القانون فإن كل زواج يتم قبل اكتمال أهلية الزواج من غير إذن قضائي يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا طعن فيه قبل الدخول، أما بعد الدخول فيصبح البطلان نسبياً طبقاً لنفس القانون السابق ذكره².

وفي الجانب الآخر، يرى الأستاذ محمد محدة أن المشرع لم يعط لمسألة تحديد سن الزواج القيمة القانونية اللازمة طالما أن النهي دون إرفاقه بجزاء لا يجدي نفعا لدى البعض في غالب الأحيان، خاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من إمكانية تسجيل الزواج العرفي بحكم أمام القضاء³، كما أن القواعد العامة تقضي بأنه بمجرد صدور قانون جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه تشريع قديم، فإن هذا التشريع الجديد يُلغى ضمناً القانون القديم⁴، طبقاً للمادة 2/2 من ق.م، أضف إلى ذلك أن قانون الأسرة منذ صدوره سنة 1984، وبموجب مادته الأولى أضحى القانون المنظم للأسرة والعلاقات الأسرية⁵، كما أحالت المادة 222 في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁶، وتُلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون وفقاً للمادة 223⁷، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ألغى كل ما سبق من أوامر وأحكام تشريعية خاصة بميدان الأحوال الشخصية وأصبح القانون المطبق هو قانون الأسرة 84-11⁸.

وعليه، فإن كل هذه الدلائل تقضي بعدم صحة الرجوع لأحكام القانون 63-224، ومنه صحة زواج القاصر دون الحصول على إذن قضائي إلا في حالة الطعن فيه بسبب انعدام الرضا، وهو ما قضت به

¹ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 26.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجز الأول، مرجع سابق ص 118.

³ محمد محدة، مرجع سابق، ص 130.

⁴ جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مرجع سابق، ص 31.

⁵ تنص المادة 1 من قانون الأسرة على أنه: "تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون".

⁶ كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

⁷ المادة 223 من قانون الأسرة.

⁸ تقيّة عبد الفتاح، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تشريع الأسرة الجزائري)، الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، الجزء 41، ع2، 2003، ص 91.

المحكمة العليا حيث اعتبرت تمسك الزوجة بفسخ الزواج قبل البناء بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، مسألة مقررة شرعا وتطبيقاً صحيحاً للقانون¹.

المطلب الثالث

رضا الجنسين بالزواج

يعد الزواج عقدا رضائيا لا يتم إلا بالتعبير عن هذا التراضي بإيجاب وقبول من المقبلين على الزواج، وقد جاء الإسلام منظما لحياة الأفراد ومعاملاتهم على قدر من العدالة والتمايز العادل في الحقوق والواجبات، ووضع بخصوص الزواج الأركان والشروط اللازمة لقيامه على أسس سليمة اقتضتها طبيعة الإنسان والاختلافات بين الجنسين، ولم تترك الشريعة تنظيمه لهوى الأفراد يعصفون بمقاصده، وحفظا للحقوق والمقاصد والغايات، لذا اشترطت الشريعة على المرأة الراغبة في إبرام زواجها أن يتولاه وليها للوقوف على مصالحها، كما قيدت من نطاق رضاها في عدم صحة زواجها من كل رجل يختلف مع دينها أي الإسلام، وهو ما قننته تشريعات الدول الإسلامية، لاسيما قانون الأسرة الجزائري، الذي أتهم مع غيره من التشريعات الإسلامية، من طرف المنظومة القانونية الدولية بأنه يشكل عنفاً قانوني ضد المرأة لعدم مساواتها بالرجل الذي لم يشترط عليه الإسلام مثل هذه الشروط في بعض الحالات، ومن هنا سنتناول في هذا المطلب مسألتنا الولائية في الزواج من خلال الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية وموقف القانون الجزائري من الولائية في الفرع الأول، ومسألة زواج المسلمة من الكافر في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الولاية في الزواج وقضية المساواة

نتناول في هذا الفرع مسألة الولاية في الزواج بداية من تنظيمها في مختلف مدارس الفقه الإسلامي لضرورة إبراز أسباب المعاملة المختلفة بين الرجل والمرأة في هذه المسألة، قبل الحديث عن موقف المواثيق الدولية والمشرع الجزائري من المسألة.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 261725، قرار بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية، 2003، ع2، ص 272.

أولاً: الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي

شهدت مسألة الولي في الزواج في الفقه الإسلامي اختلافاً بين المذاهب الفقهية، حول كون الولي ركناً من أركان الزواج أو شرطاً في صحته أو شرطاً في جوازه ونفاذه¹، وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على عدم جواز انفرد الصغيرة وغير البالغة بزواجها، فقد وقع الاجماع على عدم صحة انفرد البالغة العاقلة الراشدة بانعقاد زواجها، ولم يخالفهم في ذلك سوى أبو حنيفة.

1- الولاية عند الجمهور

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن الولي شرط في صحة النكاح، ولا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها²، ومن أدلة الجمهور في ذلك:

أ- من الكتاب

يستند الجمهور في عدم جواز انفرد المرأة بزواجها في قوله تعالى { وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ ۚ وَلَأُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۗ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۗ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ }³، ووجه الدلالة أن الخطاب في الآية موجه للأولياء، يقول القرطبي في تفسيره أن في هذه الآية "دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي"⁴.

¹ المقصود بشروط نفاذ عقد النكاح ما يشترط له من شروط حتى تترتب عليه آثاره حال انعقاده صحيحاً، فإذا توفرت فيه هذه الشروط كان عقد النكاح نافذاً، وإن لم تتوافر فيه كان موقوفاً إلى حين ممن له الحق في اجازته، ومن صور العقد الموقوف عند الاحناف، إذا زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفاء كان العقد صحيح لكنه موقوف على إجازة وليها. أنظر في ذلك: عبد الكريم زيدان، ج6، مرجع سابق، ص125-127.

² وفي قول للمالكية، التفريق بين الشريفة والذنيئة، والمقصود بالشريفة المرأة ذات النسب والمال والجمال، فلا يجوز لها الانفرد بزواجها، أما الذنيئة فهي عكس الشريفة وهي التي لا يرغب فيها لعدم مالها وجمالها وحسبها كالسوداء أو الفقيرة، وفي جواز نكاحها بغير وليها خلاف، فقيل يجوز أن توكل أجنبياً من المسلمين يتولى أمرها تسهيلاً لها، وقيل لا يجوز ابتداءً ويصح بعد الدخول. أنظر في ذلك: أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ط1، 1418هـ/1997م، ص11 / سليمان أبو الوليد الباجي مرجع سابق، ج3، ص270 / محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، ج2، دون طبعة وتاريخ نشر، ص226.

³ سورة البقرة، الآية 223

⁴ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، 1435هـ/2014م، ص49.

غير أن دليلهم نوقش من وجهين¹، أوله: أن الخطاب لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وثانيه: أن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية، وإنما المقصود تحريم نكاح المشركين والمشركات، وليس المقصود منها حكم الولاية.

كما استدلت الجمهور بقوله تعالى: { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْتُمْ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ }²، روى البخاري "أن هذ الآية نزلت في معقل بن يسار، وروي أنه زوج أختا له من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقال له زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية فلا تعضلوهن فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه"³، ووجه الدلالة أن الآية أصرح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى ولو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها "ومن كان أمره إليه لا يقال إن غيره منعه"⁴، فلو أن الولاية لم تكن للرجل لما صح العضل⁵، ولو أنه جاز لها تزويج نفسها متى أرادت لما احتاجت لوليها⁶، قال الشافعي: "إنما يؤمر بالألا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل، بأن يكون يتم به نكاحها من الأولياء والزوج إذا طلقها فانقضت عدتها فليس بسبيل منها فيعضلها وإن لم تنقض عدتها فقد يحرم عليها أن تتكح غيره وهو لا يعضلها عن نفسه وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تتكح بالمعروف"⁷.

غير أن دليلهم نوقش بأنه تعالى في قوله { أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ } أضاف العقد إليهن فدل أنها تملك مباشرة الزواج، والمراد بالعضل منعها بأن يحبسها في بيت أو القيام بأي فعل يمنعها من الزواج، وهذا خطاب للأزواج لأنه تعالى قال في أول الآية { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ }⁸.

¹ محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، 1425هـ / 2004م، ص 37-38.

² سورة البقرة، الآية 232.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط8، 1438هـ - 2017م، باب من قال لا نكاح إلا بولي، 5130، ص 379.

⁴ محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود على شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، 1426هـ/2005م، ص 982.

⁵ سليمان أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/1999م، ص 13.

⁶ محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري: المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، ج2، مرجع سابق، ص 501.

⁷ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، دار المعرفة، القاهرة، 1410هـ/1990م، دون طبعة، ص14.

⁸ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1414هـ - 1993م، ص 11.

وُرد عليهم، في أن الاجماع انعقد على أن "الخطاب للأولياء بدليل سبب نزول الآية، وأن للمرأة حق طلب النكاح، وللولي حق المباشرة للعقد، فإذا أرادت من يرضى حاله وأبى الولي من العقد فقد منعها مرادها"¹.

ب. من السنة

1- استدل الجمهور بعدة أحاديث من السنة النبوية تقضي بوجوب الولي في عقد النكاح، وعدم صحة تزويج المرأة لنفسها، بكرًا كانت أو ثيبًا، وإن فعلت فزواجها باطل، منها قوله صلى الله عليه وسلم " (لا نكاح إلا بولي)"².

يقول الصنعاني: " دل الحديث على أنه لا يصح النكاح إلا بولي لأن الأصل في النفي نفي الصحة لا نفي الكمال والولي هو أقرب إلى المرأة من عصبتها"³، وقال الترمذي: "والعمل في هذا الباب على حديث النبي صلى الله عليه وسلم لا نكاح إلا بولي عند أهل العلم" وكبار الصحابة رضي الله عنهم"⁴. ونوقش دليلهم من حيث صحة الحديث لعدم وروده في الصحيحين⁵، ولحصول اضطراب في إسناده، "في وصله وانقطاعه وإرساله"⁶.

ونوقش من حيث المعنى في أن النكاح في هذه الحالة بولي، والمرأة ولي نفسها مثل الرجل فهو ولي نفسه؛ ولأن الولي هو الذي يستحق الولاية على من يلي عليه، وكما ثبت للمرأة استحقاتها الولاية والتصرف على نفسها في مالها فكذلك الأمر في بضعها⁷.

¹ محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/2003م، ص272.
² محمد الحافظ الترمذي، الجامع الكبير، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم 1101، ص401.

³ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ/2009م، ص598.

⁴ محمد الحافظ الترمذي، المرجع السابق، ج2، ص401.

⁵ علاء الدين الكاساني، ج2، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ/1986، ص249.

⁶ كمال الدين محمد بن عبد ابن همام، فتح القدير، ج3، دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ النشر، ج3، ص259/ أنظر في ذلك أيضا مؤلف: مفلح بن سليمان بن فلاح الرشيد، التحقيق الجلي في حديث لا نكاح إلا بولي، مؤسسة قرطبة، مدينة الاندلس، مصر.

⁷ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1412هـ/1992م، ص103.

وُرد عليهم في أنه لا نكاح إلا بولي "يقتضي أن يكون الولي رجلاً، ولو كانت هي المراد لقال: لا نكاح إلا بولية"¹.

كما استدلو بما روته عائشة رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل ثلاث مرات فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"².

ووجه الدلالة أن حكم الزواج بغير ولي المرأة مآله البطلان، والمعنى واضح لا لبس فيه.

قال المباركفوري "أن الحديث جاء عام في كل امرأة بكرًا كانت أو ثيبًا، لأن لفظ "أي" في "أيما" شرطية تفيد العموم، ودالة على تأكيده، كما أن بطلان العقد بدون ولي مؤكد بتكرار لفظ "باطل" وبذلك يكون الحديث قد أثبت للولي حق العقد على موليته، حيث منعها من إجراء عقد النكاح بنفسه³، إضافة إلى أن النص جاء مبطلًا للنكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز"⁴.

إلا أن المخالفين اعترضوا على الحديث في ثلاث مسائل:

أولاً: "أن الحديث ضعيف، ومدار هذا الحديث على رواية الزهري، وقد روى ابن عليّة عن ابن جريج أنه قال: لقيت الزهري فسألته عنه قال: لا أعرفه"⁵.

ثانياً: أن الحديث مروى عن عائشة رضي الله عنها، وعملت بخلافه⁶، والدليل "أن عائشة رضي الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أو مثلى بفتات عليه في بناته فقالت أو ترغب عن المنذر والله لتملكه أمرها؛ وبهذا تبين أن ما روى من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث"⁷.

¹ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م، ص 40.

² محمد الحافظ الترمذي، مرجع سابق، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102، ص 401.

³ محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الاحوذى شرح الترمذي، ج4، بيروت، دار الفكر، ط 1995 م، ص 170 - 171.

⁴ علي بن محمد أبو حسن الماوردي، مرجع سابق، ص40.

⁵ المرجع نفسه والصفحة.

⁶ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، ج1، المدينة المنورة، ط1، 1423هـ/2002م، ص 140.

⁷ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص12.

ثالثاً: أن المصطلح المذكور في الحديث مواليها، فأقتضى صريح الرواية حمله على الأمة¹، ومواليها يكون في الأمة تزوج نفسها بغير إذن مولاها²، أو على الصغيرة أو على المجنونة³، وحمله على الصغيرة يخرج الحرة الكبيرة⁴.

ونوقش استدلالهم في أن قوله "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له والسلطان لا يكون ولياً للأمة، وإن عضلها مواليها"، وروايتهم أنه قال "أيا امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل، والمولى يُطلق على الولي، كما قال تعالى "وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي" يعني الأولياء، لأنه لم يكن عليه رق فيكون له مولى"⁵.

2- ما رواه أبو هريرة رضي الله عن النبي صلى الله عليه، أنه قال: "(لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)"⁶.

وهذا دليل صريح على أن ليس للمرأة ولاية النكاح سواء على نفسها أو على امرأة مثلاً كأن تكون أمّاً تريد تولي زواج ابنتها، أضف إلى ذلك أن العبارة الأخيرة من الحديث "فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" وضعت حداً فاصلاً بين الزواج الصحيح الذي يكون بولي المرأة، وبين العلاقات غير الشرعية التي تباشرها المرأة بمحض إرادتها.

يقول الصنعاني أن "الحديث فيه دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في إنكاح نفسها ولا لغيرها فلا عبارة لها في النكاح إيجاباً ولا قبولا، فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا غيره، ولا تزوج غيرها بولاية ولا بوكالة ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة"⁷، كما أن مباشرة المسلمة نكاحها فيه تشبهه بالبغايا في عاداتهن ووقاحتهن⁸.
 ورد على هذا؛ في أن العبارة الأخيرة من الحديث "فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" هي من قول أبو هريرة-رضي الله عنه-، وروي في حديث آخر أن أبا هريرة كان يقول "الزانية هي التي تتكح نفسها"، كما

¹ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، المرجع السابق، ص 41.

² أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، مرجع السابق، ج2، ص103.

³ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 11.

⁴ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، المرجع السابق، ص41.

⁵ المرجع نفسه والصفحة.

⁶ علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، سنن الدارقطني، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ / 2004 م، كتاب النكاح، الحديث 3495، ص 328.

⁷ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، مرجع سابق، ص 600.

⁸ عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 131.

أن هذا اللفظ خطأ عند المسلمين لأن هذا الزواج إذا تم فهو ليس بزنا عند أحد من المسلمين، ومن لم يجزه جعله فاسدا يوجب المهر والعدة ويثبت به النسب¹.

ج- من المعقول:

يدعم الجمهور أدلتهم من المعقول في اشتراط الولاية في الزواج، لما فيه من مراعاة لظرة النساء في الحياء، ومنعها من مباشرة زواجها بنفسها وصيانتها عما يعكس الشعور بوقاحتها، وميلها إلى مخالطة الرجال وهو ما ينافي حال أهل الصيانة والمروءة².

كما أن الزواج ليس بالعقد الهين، فهو بمثابة عقد العمر ويترتب عليه آثار خطيرة تقضي المصلحة الحذر فيه، وخبرة بأحوال الرجال أقدر على معرفتها الولي لأنه من الرجال، للحد من سرعة تأثر المرأة وانخداعها فتتساق وراء العاطفة دون النظر بتمعن إلى المستقبل³.

وكذا فإشراك ولي المرأة في زواجها فيه صيانة لها ولعرضها من الأراذل والأخساء من الرجال، فالمفسدة إذا حصلت في الأبضاع حصل الضرر الذي يمتد إلى الأولياء بالفضيحة والعار، الذي يصعب إزالته في حال وقوعه⁴، لذا كان إبطال النكاح بلا ولي سدا لذريعة الزنا فالزاني "لا يعجز أن يقول للمرأة أنكحيني نفسك بعشرة دراهم ويشهد عليها رجلين من أصحابه أو غيرهم"⁵.

3- الولاية عند الأحناف

ذهب الأحناف نقيض الجمهور؛ إلى القول بأن للمرأة العاقلة البالغة المكلفة سواء كانت بكرًا أم ثيبًا أن تتبشر عقد زواجها بنفسها، ولها أن تزوج نفسها بمن تريد، ويستحب لها أن تشرك وليها وهو ما يعرف بولاية الاستحباب، ولم يمنح الأحناف للولي سوى حق الاعتراض إذا تزوجت موليته من غير كفاء أو بغير مهر المثل، وإن لم يعترض فالزواج صحيح سواء كان الزوج كفاء لها أو غير كفاء، وخالف محمد بن

¹ الجصاص، مرجع سابق، ج2، ص 104/ علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، سنن الدارقطني، مرجع سابق، ص 328-329.

² ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 9، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1418هـ/1997م، ص 346.

³ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 277.

⁴ شهاب الدين أحمد أبو العباس القرافي، الفروق: أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، ج3، دون طبعة وتاريخ النشر، ص 136-137.

⁵ ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج5، دار ابن الجوزي، بيروت، ط1، رجب 1423هـ، ص 59.

الحسن-صاحب أبو حنيفة- قي ذلك، إذ يرى أن نكاحها يتوقف على إجازة الولي سواء تزوجت بكفء أو غير كفء، فإن أجازته جاز وإن أبطله بطل¹.

ووجه الجواز، فلكونها عاقلة مميّزة، فقد تصرفت في خالص حقها، مثلما لها التصرف في المال، فلها حق اختيار الأزواج، وإنما يطالب الولي بالتزويج لأجل ألا تنسب إلى الوقاحة².

وسبب مخالفتهم للجمهور عدم وجود آية ولا سنة ظاهرة تشترط الولي في النكاح والآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترط الولاية كلها محتملة³، ويستدل الأحناف على جواز النكاح بغير ولي من نفس الأدلة التي يستدل بها الجمهور أي من الكتاب والسنة والعقل.

أ- من الكتاب

أول ما يستدل به الأحناف قوله تعالى { فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ } ، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله أضاف العقد أليهن، فدل أنها تملك مباشرة عقد الزواج⁴، "والآية دليل على جواز فعل ذلك في نفسها، أي تزويج نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي لصحة العقد نفي لموجب الآية"⁵.

ورد على استدلالهم⁶، في أن المراد في رفع الجناح عنهن عدم منعهن من النكاح إذا أردنه وليس فيه دليل على جواز تفردهن بغير ولي كما لم يدل على تفردهن بغير شهود، أما قوله تعالى: { فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ } يقتضي فعله على ما جرى به العرف من المعروف الحسن وليس من المعروف الحسن أن تتكح نفسها بغير ولي.

¹ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص 10.

² حسين أحمد عبد الغني سمرة، الولاية والشهادة في عقد النكاح، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مصر، السنة 13، العدد 50، 1422هـ، ص11.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج3، ص 36.

⁴ المرجع نفسه، ص ج5، ص11.

⁵ الجصاص، مرجع سابق، ج2، ص101.

⁶ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ص 42-43.

كما استدلووا بقوله تعالى: { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ }¹، ووجه الدلالة أن في قوله تعالى { حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ } فيه إسناد الفعل إلى الفاعل²، إضافة فعل النكاح إليها يقتضي تصور النكاح منها، كما أن حرمة النكاح هنا تقتضي بإنكاح نفسها لزوج آخر وتحل لمطلقها ثلاثا، إذا ما طلقها الثاني³، وفي قوله { أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ } أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي⁴.

ونوقش استدلالهم في أن الآية دليل على أن المرأة تزوج نفسها لإضافة العقد إليها، غير أن المقصود بالنكاح هنا هو الوطء وهو ما يراه الأحناف، خلافا لمن يرى انتهاء الحرمة بمجرد العقد، لذا يقول ابن العربي فلا "يصح لكم -أي الأحناف- الاستدلال معنا بهذه الآية"⁵. كما يرى الاحناف جواز نفرد المرأة بنكاحها في قوله تعالى: { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }.

والاستدلال من الآية في عدم اشتراط الولي من وجهين⁶، أوله: أنه أضاف النكاح إليهن وهو ما

يدل على جواز النكاح بعبارتهم من غير الحاجة إلى شرط الولي.

والثاني: أنه نهى الأولياء عن منع من تحت ولايتهم من أن يزوجن أنفسهن.

غير أن أسباب نزول الآية كما ذكرناه في استدلال الجمهور من الآية، يفند تفسير الآية عند الاحناف، كما أنها توجيه عام للمسلمين في عدم جواز عضل الأولياء لمن في ولايتهم من النساء في الزواج ممن يرغبن ورضين به، فالنبي صلى الله عليه وسلم يقول "(إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)"⁷.

وأما القول بأن نهى الأولياء عن العضل دليل على إبطال ولايتهم، فجوابه أن نهيمهم عن العضل فيه

إثبات لحقهم في الولاية لا نفيها عنهم⁸.

¹ سورة البقرة، الآية 230.

² كمال الدين محمد بن عبد بن همام، مرجع سابق، ج3، ص 259.

³ علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص 248.

⁴ المرجع نفسه والصفحة.

⁵ محمد أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424 هـ / 2003 م، ص268.

⁶ علاء الدين الكاساني، المرجع سابق، ج 2، ص 248.

⁷ محمد الحافظ الترمذي، صحيح سنن الترمذي، ج1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1420هـ/2000م، حديث رقم 1085، ص 551.

⁸ عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 158.

ب- من السنة

استدل الأحناف أيضا من السنة النبوية على عدم اشتراط الولي بالنسبة للراشدة العاقلة، فيما ذكر فقهاء المذهب الحنفي كالآتي: قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه بن عباس-رضي الله عنهما- (الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأنن في نفسها وإذنها صماتها)¹.

ويدل الحديث عندهم أن المرأة التي لا زوج لها أحق بنفسها من وليها، فلها أن تتزوج من تشاء لأن العلاقة الزوجية تهمها أولا وأخيرا، كما أن الحديث لم يقف عند حد إثبات حقها في اختيار الزوج الذي تريد وتولي العقد بنفسها بل تعدى إلى تقديم حقها في كل ذلك على حق الولي²، وجاء في البحر الرائق: "الأيام هي من لا زوج لها بكرة كانت أو ثيبا، فأفاد أن فيه حقين، حقه وهو مباشرته عقد النكاح برضاها، وقد جعلها أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه"³.

وأعترض على هذا الاستدلال في أن المراد بالأيام في الحديث مقتصر على الثيب فقط، لأنه لما ذكر البكر علم أنه أراد الثيب ولأن الحديث قسم النساء إلى قسمين ولا وجود لقسم ثالث⁴، فالأيام عند أهل اللغة من تزوجت ثم فارقتها زوجها بطلاق أو وفاة⁵، كما جاء في رواية (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها)⁶.

¹ أخرجه أبو داوود، سنن أبي داوود، ج2، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م، كتاب النكاح، باب في الثيب، حديث رقم 2098، ص 399.

² أنظر في ذلك: محمد جمعة براج، الولاية في عقد النكاح، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت- مجلس النشر العلمي، مجلد 5، ع11، أغسطس-محرم، ص 87.

³ زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شح كنز الدقائق مع حاشية منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دون تاريخ نشر، ج3، ص 176.

⁴ جمال الدين الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت، ط1، 1418هـ/1997م، ج3، ص 193.

⁵ أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ص 43/ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، مرجع سابق، ص 599.

⁶ أخرجه أبو داوود، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب في الثيب، حديث رقم 2099، ج2، ص 232.

أما المراد بكلمة "أحق" فهي للمشاركة؛ أي أن لنفسها في النكاح حق ولوليها حق، وحقها أوكد من حقه، فإذا لم ترغب في الزواج لم تجبر عليه إذا أراد وليها تزويجها كفوًا، وإذا أرادت ذلك وامتنع وليها أجبر¹، أي أن الأحقية اعتبار رضاها في كل الأحوال².

واعترض على ذلك من جهة أن الحديث ضعيف والأصح في الإسناد والمتن هو الحديث السابق (الثيب أحق بنفسها من وليها)³، ومن ناحية الدلالة فالمقصود به اعتبار رضا الثيب، وليس للولي أن يجبرها أو يلزمها، كما ليس له سلطان في الانفراد بالعقد دونها ولا أن تتفرد بالعقد دون وليها⁴.

كما يؤسس الأحناف دليلهم على ما روته أم سلمة رضي الله عنها، "أنها لما انقضت عدتها أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها، فقالت: يا رسول الله: ليس أحد من أوليائي شاهداً، قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، فقالت: قم يا عمر، فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم. فزوجه، وكان عمر ابن أبي سلمة ابن سبع سنين⁵"، والدليل هنا أن أم سلمة رضي الله عنها زوجت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم، وأنه صلى الله عليه وسلم تزوجها بغير ولي⁶، ولم ينتظر حضور أوليائها، وابنها عمر كان طفلاً والطفل لا ولاية له، فلو كان اشتراط الولي لازماً لما أقدم عليه صلى الله عليه وسلم⁷.

واعترض على استدلالهم بالحديث من ناحية سنده، فقيل إنه ضعيف، وفي ذلك يقول الشوكاني "الحديث قد أعل بأن عمر المذكور كان عند تزوجه صلى الله عليه وسلم بأمه صغيراً، له من العمر سنتان، لأنه ولد في الحبشة في السنة الثانية من الهجرة، وتزوجه صلى الله عليه وسلم بأمه كان في السنة الرابعة، وأما رواية "قم يا غلام فزوج أمك" فلا أصل لها⁸"، كما ضعف الحديث من المعاصرين الألباني⁹.

¹ محيي الدين يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ، ج9، ص 204.

² محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، المرجع سابق، ص 600.

³ علي بن عمر الدارقطني، مرجع سابق، ج4، ص348.

⁴ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، المرجع السابق، ج9، ص44.

⁵ أحمد أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ - 1986م، ج6، ص 81.

⁶ أحمد أبو بكر الرازي الجصاص، مرجع سابق، ج2، ص 102/ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 12.

⁷ أحمد أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، عالم الكتب، ط1، 1414هـ/ 1994م، ج 3، ص 11.

⁸ محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، ج6، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ/ 1993م، ص 148.

⁹ ناصر الدين الألباني، مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج1، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2،

1405هـ/ 1985م، ص 365

كما قيل بأن من تولى زواجها هو ابنها سلمة وهو أكبر من عمر، مثلما قيل بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الذي تولى زواجها لأنه كان السفير بينهما وضح له تزويجها لأنه من عصبتها فظن الرواة أنه عمر ابنها¹.

وقد قيل وعلى فرض صحة استدلال الأحناف؛ أن ذلك من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم وأنه تولى نكاحها لأنه لا يفتقر لولي²، وهو أولى بكل مؤمن من نفسه لقوله تعالى {النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ}³.

ونوقش هذا واعترض عليه في أنه أولى بهم في طاعته واتباعه، ولا يدخل في ذلك التصرف عليهم في أنفسهم وأموالهم، وما يدل على ذلك أيضا أنه لم يقل لها حين قالت له: "ليس أحد من أوليائي شاهد" "وما عليك من أوليائك؟ وأنا أولى بك منهم"؛ بل قال: "ما أحد منهم يكرهني"، وفي هذا دلالة واضحة على أنه لم يكن الولي في النكاح⁴.

ج- من المعقول

وفي استدلالهم من المعقول؛ فقالوا إنها حين تزوج البالغة العاقلة نفسها فهي تتصرف في خالص حقها دون أن تلحق ضررا بغيرها، وقاسوا ذلك على جواز تصرفها في مالها لأنها بالغة عاقلة، فكذا لها الحق في اختيار الأزواج لأن العاقلة لا يحجر عليها، ولأنها هي التي تتزوج لا وليها، وإن كان زواجها يتعدى ضرره إلى وليها وأسررتها إذا تزوجت من غير كفاء، فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عنهم، ويندب لها أن يزوجه وليها لما فيه من المروءة والحياء في أن تخرج لمحافل الرجال لتباشر عقدها، كي لا تنسب إلى الوقاحة⁵.

ويعترض على هذا في أن انفراد المرأة بزواجها قد يلحق الضرر بها وبأسرتها نظير تهورها وانخداعها بما يظهره بعض الرجال، فشراكتها مع وليها يرجع إلى خصوصية عقد الزواج الذي يجمع بين أسرتين وليس

¹ عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 201.

² جمال الدين الزيلعي، مرجع سابق ج3، ص187.

³ سورة الأحزاب، الآية 6.

⁴ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1412 هـ/1992م، ج2، ص 103-102.

⁵ شمس الدين السرخسي، ج5، ص13 / علاء الدين الكاساني، ج2، ص249 / الجصاص، ج2، ص103 / ابن نجيم، ج3، ص117.

فقط بين الرجل والمرأة، لذا فالولاية حماية للمرأة والأسرة، كما أن انفراد المرأة بزواجها دون رضا وليها والذي غالبا ما يكون أبوها فيه من العقوق للوالدين وهو من الكبائر، فضلا على أنه يؤدي إلى قطيعة الرحم.

فالقول باشتراط الولي ووجوده فيه إكرام وإحسان للوالدين، وعدم اشراكهما فيه من العقوق والحدود لأعمالهما وتضحياتهما¹، علاوة على أن اشتراط الولي يعطي الزواج قدسيته ويميزه عن العلاقات المحرمة، ويجنب المجتمع الفوضى والإباحية التي يمكن أن تسود بسبب الزواج الحر².

وخلاصة القول في الأمر؛ ترجح اشتراط الولي في الزواج، للأدلة القاطعة من القرآن والسنة إضافة إلى الأدلة العقلية، والركون إلى القول بعدم اشتراط الولي في الزواج هو نفي لهذه النصوص، وفتح الأبواب أمام الفساد والتفكك الأسري، فالأسر المسلمة لا ترضى بانفراد زواج بناتها دون اشراكهم، ونختم بحثنا في هذه المسألة بقول ابن حزم حول قول أبو حنيفة "أن ظاهره التناقض والفساد" "لأنه أجاز للمرأة إنكاح نفسها من غير كفاء ثم أجاز للولي فسخ العقد الجائز، فهي أقوال لا متعلق لها بقرآن، ولا بسنة لا صحيحة ولا سقيمة، ولا بقول صاحب، ولا بمعقول، ولا بقياس، ولا رأي سديد وهذا لا يقبل إلا من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الذي لا ينطق عن الهوى، إلا عن الوحي من الخالق، الذي (لا يسأل عما يفعل) وأما من غيره عليه الصلاة والسلام فهو دين جديد، يعذب الله به في الحشر"³.

ثانيا: الولاية في الزواج في المواثيق الدولية

تُفهم الولاية في بعض الدوائر الغربية بأنها حجر على المرأة، إذ يرون أن الولاية في الزواج تسلب المرأة حرية اختيار الزواج⁴، وعلى هذا المبدأ أسست المواثيق الدولية أحكامها لمحاربة الولاية في الزواج طالما أنها تعتبرها تمييزا ضد المرأة، على اعتبار أن الولي يعوق حريتها في اختيار شريك الحياة، في حين أن الرجل يستقل بانعقاد زواجه بنفسه ولا يحتاج لطرف آخر غيره يتولى زواجه، وهو ما يتعارض مع المساواة في الرضا في الزواج.

¹ أحمد كافي، مقاصد الولي في الزواج، مجلة الفرقان، ع 49، 2003، ص 110.

² محمود أحمد صالح الدوسري، التمايز العادل بين الرجل والمرأة في الإسلام، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1432هـ، ص 553.

³ ابن حزم، مرجع سابق، ج 9، ص 34.

⁴ خلف الله رشيد، موقع قوانين الأسرة العربية من المواثيق الدولية، مجلة الحق، إتحاد المحامين العرب، المجلد 26، ع 1-2، ص 111.

وعلى أساس أن حق المرأة في اختيار الزوج والدخول بحرية في الزواج أمر أساسي لحياتها وكرامتها ومساواتها لأنها إنسان¹؛ كانت المسائل المتعلقة بالزواج شاغلا أساسيا في القانون الدولي لحقوق الإنسان فمسألة اختيار المرأة بمن تريد للزواج وكفالتة في التشريعات الداخلية تم الاعتراف به والتشديد عليه في مختلف المواثيق والنصوص الدولية المعنية بحقوق الإنسان والمرأة، لاعتباره حقا أساسيا من حقوق الإنسان². وقد تم تكريس هذا الحق المتمثل في الاختيار الحر في الزواج ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعلى النحو المنصوص عليه في المادة 16 من الإعلان، والتي كرست أبعادا ثلاثة لحقوق الزواج، بما في ذلك الحق في الزواج وتكوين أسرة، المساواة في الحقوق في إطار الزواج والموافقة على الزواج، بحيث نصت المادة 16 على أن "للرجل والمرأة متى تم بلوغهما الحق في الزواج وتأسيس أسرة،" دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله"، وأضافت الفقرة 2 بأن "الزواج لا ينعقد إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه".

ولقد تم تأكيد هذا الحق في الصكوك الدولية اللاحقة وتحديدا في المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فبعد أن ألزمت المادة 3 من العهد على تعهد والتزام الدول الأطراف بكفالة تساوى الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في العهد، نصت المادة 23 على حق المرأة والرجل في الزواج برضاها التام ودون أي إكراه فيه، كما اعتبرت الفقرة 4 أن تحقيق ذلك لا يتم إلا باتخاذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما عند انعقاد الزواج، وهو ما تم النص في المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

كما تم التأكيد على هذ المبادئ والتنصيص عليها بالتفصيل من خلال اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، فاستنادا إلى إحدى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي لاحظت تنافي بعض الأعراف والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزواج وبالأسرة مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لذا شددت الاتفاقية على الدول اتخاذ التدابير المناسبة لإلغاء

¹ Barbara Stark, International Family Law: An Introduction. Ashgate Publishing, Ltd., 2013, p81.

² Catherine Auvergne, and Jenni Millbank, Forced marriage as a harm in domestic and international law, The Modern Law Review, vol 73, no 1, 2010, p 3.

مثل تلك الأعراف والقوانين والعادات، عن طريق تأمين الحرية التامة في اختيار الزوج بصورة خاصة¹، وألا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين².

وبالنسبة للنصوص الدولية الخاصة بحقوق المرأة؛ يرى الإعلان العالمي للقضاء على التمييز ضد المرأة أن تقييد حق المرأة في حرية الزواج بأي شكل أو إجراء قانوني، مسألة يجب القضاء عليها، خاصة تلك القائمة على الممارسات العرفية وغير العرفية القائمة على فكرة نقص المرأة التي تحرمها من تمتعها بالتساوي التام مع الرجل أثناء قيام الزواج³، ولا ريب أن المقصود بالممارسات غير العرفية هي المبادئ والأحكام المستمدة من الدين وهو ما يتعارض حتما مع خصوصية الدول الثقافية والاجتماعية، بما فيها الولاية في الزواج في الدول الإسلامية.

ووفقا لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإن أنماط انتهاك حق المرأة في المساواة يرجع إلى تدني مكانة المرأة في المجتمع على مختلف الأصعدة مقارنة بالرجل بسبب الممارسات الخاصة بنوع الجنس، التي تجد تأسيسها في الثقافة والتاريخ والتقاليد، التي جعلته مهيمنا على مختلف مجالات الحياة⁴، بما فيها المسائل الأسرية، وكثيرا ما يشار إلى الاتفاقية باسم "الشرعة الدولية لحقوق المرأة"، فهي أول وثيقة دولية ملزمة تتناول بالتحديد جميع المجالات المتصلة بحياة المرأة.

لهذه الأسباب جاءت الاتفاقية أكثر تفصيلا وشمولا لحقوق المرأة، بغية القضاء على جميع الأنماط التمييزية التي تشكل تمييزا ضد المرأة، وركزت المادة 16 من الاتفاقية على القضاء على التمييز ضد المرأة في جميع مسائل الزواج وانحلاله، والنص على إدراج جميع المسائل التي ينبغي للدول تحقيقها في تشريعاتها الأسرية من خلال بنود المادة، أولها تحقيق المساواة ونفس الحقوق في الزواج وحرية الاختيار، بمنح المرأة الحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج ولو كان الزواج من غير مسلم، دون إعطاء أي اعتبار لمسائل شروط الزواج وأركانها المنصوص عليها في التشريعات العربية.

وتعد المادة 16 الأكثر بعدا عن منهج الحقوق العالمية المشتركة طالما أنها تتصادم مع الخصوصية الثقافية والقانونية للمجتمعات ومنظومتها القيمية، إذ تريد الاتفاقية فرض منهجها وتطبيق أحكامها وفقا

¹ القرار 843 (د-9) المؤرخ في 17 كانون الأول/ديسمبر 1954، أنظر في ذلك ديباجة اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج 1964.

² المادة 1 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج 1964.

³ أنظر في ذلك: المواد 1-6 من الإعلان العالمي للقضاء على التمييز ضد المرأة 1967.

⁴ Berta esperanza Hernandez-Truyol, Women's Rights as Human Rights--Rules, Realities and the Role of Culture: A Formula for Reform, Brook. J. Int'l L. vol 21, no 3, 1995, p 607-609.

لمرجعيتها الغربية، دون مراعاة للمرجعية القانونية للتشريعات الأسرية في الدول العربية والإسلامية، لذا تحفظت أغلب هذه الدول على المادة 16، من بينها الجزائر.

وتحفظ الدول هو محاولة منها للحفاظ على مساحة في القانون الوطني لا يمكن المساس بها من قبل معايير حقوق الانسان الدولية، حيث يرى العديد أن القانون الدولي لحقوق الإنسان غربي وذو توجه غير إسلامي، وبذلك فالاحتكام للمعايير الدولية، خاصة فيما يتعلق بحقوق المرأة، يعتبر فرضا للقيم الغربية على الثقافة العربية أو الدين الاسلامي¹.

وجاء في نص تحفظ الجزائر المادة على 16، أن أحكام هذه المادة المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج، أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري².

وعلى اعتبار أن قيد الولي يعد حجرا على المرأة وانتهاكا لكرامتها، وتقييدا لحرية اختيارها وفقا للمعايير الدولية، فإن ذلك لا يعتبر صحيحا لدى الدول الإسلامية، فالولاية تكريم للمرأة وحماية لها من الانصياع وراء المخادعين من الرجال، وإشراك لأسرتها في زواجها وهو ما يعكس التماسك الأسري وأهمية نظام الأسرة لديها، خلافا للمجتمعات الغربية التي فقدت المفهوم النمطي للأسرة، وليست الاتفاقيات الدولية أدرى بمجتمعاتنا المسلمة.

وإن كانت الاتفاقية جاءت بصيغة العموم من أجل القضاء على كل ما يعوق المرأة في الزواج بمن تشاء ومتى تشاء دون التطرق صراحة لمسألة الولي، فإن الأمر يختلف في ردود وتوصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث شنت هذه الأخيرة هجوما على مسألة الولي في الزواج، واعتبرت أن "عدم إلغاء شرط إذن الولي أو الوصي الذكر، يضع عبئا على النساء الراغبات في الزواج بمعزل عن رغبات الولي عليهن"³.

¹ أشرف عرفات أبو حجازة، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الانسان مع التطبيق على التحفظات العربية والإسلامية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 67، 2011، ص 350.

² وجاء تحفظ الجزائر المادة 16 بالصيغة التالية: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج، أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري".

³ Human rights watch, submission to the cedaw committee of oman's, periodic report for the 68th session, October 10 2017, www.hrw.org

هذا الموقف سواء المعبر عنه في المادة 15 و 16 من الاتفاقية أو من خلال توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، يجد تبريره في أن المرأة تتعرض لانتهاكات خطيرة في بعض المجتمعات، وهو ما يظهر في إكراههن على الزواج بسبب الأعراف الاجتماعية الفاسدة، وعليه أكدت اللجنة على ضرورة الاعتراف للمرأة بحق إجراء عقد زواجها بنفسها تقاديا لوقوع أي أكرها عليها وتحقيقا لمساواتها بالرجل، على أساس أن المرأة لا تنقصها الأهلية اللازمة التي تعجزها عن إبرام العقد بنفسها¹، إلا أن دعوتها إلى إلغاء الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية كالولي واعتبارها تنتهك حقوق المرأة ليست إطلاقا من الأمور المقبولة.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن السعي إلى وضع أحكام لأجل تحقيق التماثل التام بين الجنسين، تمت قراءتها لتوسيع نطاق المساواة والحقوق المماثلة لإباحة الزواج من نفس الجنس أو الزواج المثلي باعتباره حقا من حقوق الإنسان، وفي ذلك يقول أحد الباحثين الغربيين "على الرغم من أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان التي صاغتها الأمم المتحدة لا تشير صراحة إلى الميول الجنسية وزواج المثليين، إلا أنها أنشأت مجموعة من القواعد القانونية لحقوق الإنسان تحمي الجميع دون استثناء"²، فالجميع (وفقا للاتفاقيات الدولية) متساوون في الزواج وتكوين الأسرة دون قيد بسبب العرق أو الجنس أو الدين، وهذا ما تم تبنيه في بعض القوانين الغربية كالقانون الفرنسي وبعض قوانين ولايات الولايات المتحدة، كما أصبحت هذه النصوص الدولية حجة للمنحرفين للطعن في القوانين الداخلية التي تجرم الشذوذ الجنسي في الدول الغربية³.

¹ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة 13 التوصية العامة 21.

² Sonia Green Bychkov, Currency of love: customary International law and the battle for same-sex marriage in the United States, U. Pa. JL & Soc. Change, vol 14, 2011, p 86-87.

³ لقد أصبح هذا المنهج من الاتفاقيات الدولية حجة للمنحرفين في الدول الغربية في الطعن في القوانين التي تجرم المثلية الجنسية كاللواط؛ ويتجسد أبرز مثال على ذلك في قضية "نيكولاس تونين" ضد استراليا، حيث يجرم القانون الجنائي لولاية تسومانيا الأسترالية من خلال المادتان 122 (أ) و (ج) و المادة 123، مختلف أشكال الاتصالات الجنسية بين الرجال، بما في ذلك جميع أشكال الاتصالات الجنسية التي تتم بموافقة الرجال المثليين البالغين على انفراد، لذا إدعى نيكولاس تونين وهو مواطن أسترالي يقيم بولاية تسامانيا من مواليد 1964، بواسطة شكوى موجهة إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، يشتمكي فيها أنه ضحية لانتهاكات أستراليا للفقرات 1 و 17 و 26 من المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والتي تحظر التمييز على أساس الجنس، إضافة إلى انتهاك الحياة الخاصة، فالمواد المذكورة أعلاه من القانون الجنائي في تسامانيا تُمكن ضباط شرطة تسامانيا من التحقيق في الجوانب الجنسية من حياته الخاصة، وكذا احتجازه إذا كان لديهم سبب للاعتقاد بأنه متورط في أنشطة جنسية تخالف المواد المذكورة. ويضيف أن مدير النيابة العامة قد أعلن في أغسطس 1988 أن الإجراءات عملاً بالمادتين 122 (أ) و (ج) و 123 يتم تفعيلها إذا كانت هنالك أدلة كافية على ارتكاب أي جريمة

ثالثا: الولاية على المرأة الراشدة في قانون الأسرة

ألقت العوامل المزدوجة؛ الدولية المتمثلة في مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية والتأثيرات الوطنية المتمثلة في مطالب الجمعيات النسوية، بظلالها على مسألة الولاية في الزواج في الجزائر لتعرف تغييرا بعد صدور الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، والذي كان الهدف منه تحقيق المساواة في الأسرة وتحقيق الموازنة بين المراكز القانونية للزوجين.

فبعد أن اعتبر المشرع الولي ركنا في عقد الزواج الى جانب الرضا من خلال ما نصت عليه المادة 9 قبل التعديل بحيث لا يجوز أن تنفرد المرأة مطلقا بزواجها إذ يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين وفقا للمادة 11، إلا أن المشرع ناقض نفسه في المادة 33 ولم يعتبر الولي ركنا في الزواج حين قضى بفسخ الزواج في حال تخلفه- أي الولي-، وإثباته بعد الدخول بصدق المثل، لذا فالزواج الذي تعقده المرأة بنفسها يضل صحيحا إذا تبعه دخول¹، ولا يبطل إلا إذا تخلف معه ركن آخر- حسب تعبير المشرع- بصفة متلازمة كالصداق أو الشهود، لذا لا يعد الولي هنا أكثر من شرط صحة، وهو ما يقودنا إلى استنتاج أن المشرع كان يعطي للولي صفة المباشرة مع قيام الاستئذان للمرأة وحصول رضاها، وهذا حين رأى أنه لا ضرر عليها ما دامت راضية².

وبغية من المشرع لتحقيق مطلبين متعارضين³، ولينسجم ذلك مع فلسفة الجديدة في المساواة بين الجنسين؛ اعتبر المشرع من خلال المادة 9 بعد تعديلها من الرضا الركن الوحيد لانعقاد الزواج، ونزل بالولي

منصوص عليها نفس المواد، وبالرغم من أن الشرطة في تسمانيا لم تنته أي شخص بممارسة الأفعال المجرمة لعدة سنوات، إلا أنه أورد في شكواه بأن تجريم الشذوذ الجنسي لم يسمح له بالكشف علانية عن ميولاته والإعلان عن آرائه بشأن إصلاح القوانين ذات الصلة بالمسائل الجنسية، لأن ذلك سيضر به، كما زعم أن المادتين تنتهك حقوقه الأساسية التي يكفلها العهد الدولي، وعليه قررت اللجنة قبول الشكوى أو البلاغ في دورتها 46، وقررت أن قوانين تسمانيا تنتهك أحكام الحماية المتساوية المنصوص عليها في المادة 2 من العهد، وأحكام حماية الخصوصية بموجب المادة 17، وكذا أحكام المادة 26، والمادة 1 من البروتوكول الاختياري ونتيجة لذلك قامت أستراليا بمطالبة ولاية تسمانيا بإلغاء القوانين التي اعتبرتها منتهكة لأحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ومنحها مهلة شهرين لإلغاء المادتين. /

- Human Rights Committee, Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N Doc CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.

¹ محمد محدة، مرجع سابق، ص 209.

² المرجع نفسه والصفحة.

³ فلقد شهدت مسألة الولاية على المرأة في الزواج نقاشا حادا وطويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال قانون وفقهاء الشرع وجمعيات نسوية متعددة الوجوه/ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، طبعة 2010، ص 111.

من مرتبة الركن إلى مرتبة الشرط، وبعد أن كان يتولى زواج المرأة وليها... "بموجب المادة 11، أضحى المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها بدليل تعديل المادة 11 التي صارت تنص على أحقية المرأة الراشدة في مباشرة عقد زواجها بحضور وليها ودون أن يكون شرط القرابة ملازماً لصفة الولي في هذه الفلسفة الفريدة بصريح المادة 11 التي تنص على أن الراشدة تعقد "زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

وبهذا النص ارتقت المرأة الراشدة من طرف في العقد إلى صفة العاقدة¹، وأضحى حضور الولي مجرد حضور شرفي، ودوره مقتصر فقط على الحضور لأن الصيغة أو ما يدل على الرضا قد جعل بيد المرأة²، وما يزيد تأكيداً لذلك إلغاء المشرع للمادة 12 التي كانت تنص على عدم جواز منع الولي لمن في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وذلك لعدم الإبقاء على أي تأثير للولي في عقد الزواج، سوى في زواج القصر الذي تحكمه المادة 7.

كذلك لم يبق المشرع على أي تأثير لغياب وتخلف الولي على صحة الزواج، فالزواج وفقاً للتعديل الأخير لا يُبطل إلا إذا اختل ركن الرضا، أما تخلف شرط الولي في حالة وجوبه بالنسبة للقاصر فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل، أي أنه في حالة عدم وجوب الولي فالزواج صحيح قانوناً محصن ضد الفسخ والابطال النسبي والمطلق.

وما يمكن ملاحظته أن موقف المشرع هنا جاء متذبذباً، فلا هو اشترط الولاية صراحة ولا ألغاه صراحة، فطالما أن الولاية لم تعد ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج، فما الفائدة من حضور الولي لعقد الزواج، وهل يحضر ليكون الأب مثلاً شاهداً على زواج ابنته ولو كان مع شخص لا يرضه زوجاً لابنته³؟

كما يستفاد من عبارة "أو أي شخص تختاره" أن المرأة أصبحت لها صلاحية اختيار من يكون ولياً عليها، وهذا النهج من المشرع يشبه قول المالكية حين فرقوا بين الشريفة والدنيئة، وأجازوا للدنيئة أن تولي شخصاً

¹ زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بالأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان عدد 12، 2011، ص 78.

² عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، ع13، ص 94.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 40.

من عامة المسلمين ليعقد زواجها¹، غير أن نص المادة 11 هنا جاء عاما ولم يوافق أي قول من الأقوال الفقهية.

ومن هنا يكون المشرع قد ابتدع سببا جديدا من أسباب الولاية غير القرابة وهو الاختيار، وسأوى بين الأب وبين الأقارب الآخرين وحتى الشخص الغريب²، وهو حكم يوضح مرة أخرى حالة إرضاء مرجعيتان مختلفتان ترى الأولى أن قانون الأسرة هو جزء من التشريعات التي تكرر تفوق الرجل وتبعية المرأة³، والتي تطالب بإلغاء الولاية، والثانية المتمسكة بالثوابت الوطنية والمرجعية الفقهية في الجزائر، وعلى ذلك فمن كانت تنتمي للتيار الأول وهم على قلتهم في المجتمع الجزائري، يمكن لها أن تعقد زواجها بنفسها مع اختيار أي كان يتولى زواجها كصديقها أو صديق من يريد الزواج بها، فالولاية أضحت بذلك مجرد شرط شكلي، أما غالبية المجتمع الجزائري فلا تعتبر الزواج صحيحا ديانة دون وجود الولي، ولو نص القانون على خلاف ذلك⁴.

إن هذا الموقف من المشرع كان ولا يزال عرضة للانتقاد، وفي صوب ذلك يقول الأستاذ عبد القادر داودي أنه "إذا كان التشريع موجها للمجتمع الجزائري فإن هذا المجتمع لا يعرف امرأة تتكبر وتجعل أمر تزويجها لأجنبي غريب عنها وهي ذات عائلة أصيلة تنتمي إليها، ولها أب أو إخوة فتتجاوزهم لتجعل يدها بيد غريب عن العائلة يتولى تزويجها ويأخذ اسم الولي وحكمه في نظر المشرع"⁵.

ويعلق الأستاذ تشوار جيلالي بدوره على عدم عقلانية حضور شخص ليست له مصلحة في العقد، ووصف الموقف بأنه تفتيق قبيح بين مؤسسة الأسرة في كل من الإسلام والغرب، بالتركيز على ركن الرضا وحده في تأسيس الزواج وهو ما يعد خطوة نحو انحراف المشرع بدعوى التطورات التي حصلت في المجتمع⁶، ويضيف في مناسبة أخرى "أن التعديل الذي أدخله على المادة 11 من قانون الأسرة يعتبر من بين

¹ أنظر الصفحة 43، الهامش رقم 2.

² عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 96.

³ Zahia Salhi Smail, The Algerian feminist movement between nationalism, patriarchy and Islamism, In: Women's Studies International Forum, vol. 33, no 2, Pergamon, 2010, p 119.

⁴ بعد تعيين الحكومة صيف 2004 للجنة المعنية بتعديل قانون الأسرة، أصر الرئيس بوتفليقة أن هذه الإصلاحات لا

تستهدف أو تعارض الشريعة الإسلامية، بل هي جاءت كبديل للأعراف الاجتماعية التي أصبحت مقننة.

- أنظر نفس المرجع السابق، ص 122.

⁵ عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص 96.

⁶ جيلالي تشوار، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2، 2007، ص 217.

التعديلات التي أراد المشرع بموجبها تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين تطبيقاً متماشياً مع ما جاءت به الاتفاقية... وينبغي أن تكون المساواة بين الجنسين في إطار البعد الإنساني الحضاري لا على أساس الإباحية المطلقة الرامية إلى الفساد والتلاعب بجسم المرأة¹.

كما أن لجوء المرأة للزواج بدون وليها استناداً لإلغاء الولاية عن زواج المرأة قانوناً، سيؤثر على مستقبل حياتها العائلية والزوجية، فالغالب أن تجاوز الفتاة أو المرأة لوليها في المجتمع الجزائري سيفصلها عن أسرتها ويكلفها الكثير من المتاعب من حيث تدبير شؤون أسرتها وحل مشاكلها الزوجية، طالما أن غالب الخصومات الزوجية في الأسرة الجزائرية تحل في إطار عائلي دون وصولها إلى القضاء².

وبالتسليم إلى فكرة أن المشرع نهل من المذهب الحنفي في المسألة، فإن المشرع بتر المذهب طالما أن الاحناف منحوا الحق للولي في الاعتراض على الزواج إذا كان الزواج من غير كفاء أو مهر المثل، وفي قول لمحمد بن الحسن -صاحب أبو حنيفة- أن النكاح يتوقف على إجازة الولي مطلقاً سواء تزوجت بكفاء أو غير كفاء³، فإن لم يجزه بطل، وهو ما لم يورده المشرع.

والسؤال المطروح هنا هو مدى إمكانية القاضي في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة؟ وجوابنا على هذا: أنه لا إمكانية لذلك طالما أن المادة 11 نصت على أن الولي قد يكون "أي شخص تختاره"، وحتماً سينعقد الزواج بحضور شكلي للولي، وقد تختار المرأة شخصاً غير وليها الشرعي وينعقد الزواج، وهنا يُحرم الولي الحقيقي سواء كان أباً أو غيره من حقه في الاعتراض منعا مسطراً بموجب القانون.

¹ جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع 12، 2011، ص 13 و 19/ ومن بين استدلال المؤيدين للتعديل أن "أن المرأة الجزائرية استطاعت أن تتولى أعلى المناصب، بل وأصبحت لا تختلف عن الرجل في أي شيء، في حين لا تتمتع بالحرية في اتخاذ قرار زواجها، كما أن الإبقاء على الولي في قانون الأسرة كشرط لإتمام عقود الزواج يمكن أن يعطي صورة سلبية عن الدين الإسلامي عند الغرب، الذي يرى أن المرأة الجزائرية إلى الآن لا يمكنها الزواج دون وجود وصاية من طرف الولي، على الرغم من أن الإسلام يعطيها الحق في اختيار شريك حياتها" أنظر في ذلك تصريحات فاروق قسنطيني رئيس اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، نشر في جريدة الفجر يوم 21 - 05 - 2010.

² كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد: دراسة تحليلية مقارنة، ألفا للوثائق، قسنطينة، ط1، 2019، ص 32.

³ أنظر في ذلك موقف المذهب الحنفي من الولاية في الزواج، الصفحة 48-53.

كما أن قول أبي حنيفة في المسألة ليس عاما بكل النساء، والمراد من أقواله المرأة العاقلة الراشدة التي في ذهنه وليس عموم النساء كالاتي-في وقتنا- بينين عديد العلاقات المحرمة مع الرجال، وأكثرهم مخادعون، فأبي عقل في ذلك؟ فمراده أن العاقلة إذا وضعت نفسها تحت كفاء لم يكن من الحكمة الاعتراض عليها¹.

علاوة على أن تنظيم مسألة الولي جاءت مخالفة للقوانين العربية التي أخذت بالمذهب الحنفي، فقانون الأحوال الشخصية السوري حين استبعد شرط الولي في زواج الراشدة عملا بالمذهب الحنفي، اشترط الكفاءة صراحة في زواج الكبيرة، حيث نصت المادة 20 "على أن الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج فإن القاضي يطلب من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة"، إلا أنه لم يمنح الولي حق الاعتراض في زواج الثيب.

أما في مصر، فوفقا للمادة 280 من المرسوم بقانون 78 لسنة 1931 الصادر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فكل الأحكام تصدر وفق ما هو مدون بهذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبو حنيفة، وبخصوص الولاية قضت محكمة النقض المصرية بأن "الراجح في المذهب الحنفي وفقا لرأي أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحا سواء كانت بكرًا أو ثيبًا...²، وعليه فيجوز قانونا للولي الاعتراض اذا لم يكن الزوج كفاء أو تم الزواج دون مهر المثل طبقا للمذهب الحنفي، وهو ما ذهبت إليه دار الإفتاء المصرية³.

كما أصبحت الولاية في الزواج قليلة الأهمية بعد أن نصت المادة 31 مكرر من القانون رقم 134 لسنة 1994 -المتعلق بالأحوال المدنية، والمضافة بالقانون رقم 126 لسنة 2008- بأنه لا يجوز عقد الزواج لمن هم دون 18 سنة، وأصبحت الولاية في الزواج لا تثور إلا في حالة زواج المجانين والمعتوهين، أو في حالة زواج الصغار زواجا عرفيا مكتوبا كان أو شفويا⁴.

¹ حسين محمد يوسف، آداب العقد والزفاف في الإسلام، دار الاعتصام، دون تاريخ النشر والطبعة، ص 76، نقله عن المحقق حسن صبري: عن القول الجلي في حديث (لا نكاح إلا بولي).

² طعن رقم 56 لسنة 60 ق (أحوال شخصية) جلسة 1994/2/25، أنظر في ذلك: خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 9/ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 251.

³ محمد عزمي البكري، المرجع سابق، ص 251

⁴ المرجع نفسه، ص 250.

وبعد هذا العرض لموقف المشرع الجزائري؛ يتضح بأن الغاء أي سلطة للولي على موليته في الزواج جاء لمنح المرأة المساواة في تولي زوجها بنفسها مثل ما هو مقرر سلفا للرجل، وموائمة لاتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

وما يؤكد ذلك أن الجزائر ذكرت في تقريرها الجامع الثالث والرابع من خلال ردها على التوصيتين 25 و26 للجنة اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، أن تعديل قانون الأسرة جاء مواكبا للتحويلات التي شهدتها المجتمع، وتلبية لمطالب العديد من شرائحه من جهة، ولمقصد موائمة قانون الأسرة مع الاتفاقيات الدولية لا سيما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة من جهة أخرى¹.

وبخصوص التعديلات الواقعة على أحكام الزواج، ذكر في التقرير أن الزواج قد أضحى عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل، ولأن الموافقة عنصرا مؤسسا للزواج فقد ترتب الإلغاء التام لزواج الإنابة (أي الولي)، مثلما هو مكرس في المادة 9 التي تنص على أن "الزواج ينعقد برضا الزوجين"، وإذا تخلف ذلك فإن الزواج يكون عرضة للإلغاء عن طريق القضاء²، وكذا المادة 13 التي "قضت بأن الولي أبا كان أو من الأقارب، لا يجوز له إكراه القاصرة التي في ولايته على الزواج أو أن يزوجه دون موافقتها"³.

وبالرغم من هذا التعديل؛ لا تزال اللجنة توصي الجزائر بتعديل الأحكام التي تعتبرها تشكل تمييزا ضد المرأة، والواردة في قانون الأسرة، وعبرت اللجنة بقلق استمرار تطبيق الأحكام التي تعتبرها تمييزية، أولها احتياج المرأة الراشدة إلى وليها لعقد زواجها، لذا أوصت الجزائر بأن تقوم بشكل خاص باستعراض أثر شرط حضور الولي عند زواج امرأة بلغت سن الرشد⁴.

¹ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 17.

² تنص المادة 33 على أنه "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"

³ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 17-18.

⁴ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 51، مارس 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/DZA/CO/3-4، ص 16.

الفرع الثاني

الرضا في الزواج بين مختلفي الأديان بين القانون الجزائري والمواثيق الدولية

اعتبرت المواثيق الدولية الزواج من الحقوق الأساسية للإنسان والتي ينبغي للقوانين أن تمكنه لكلا الجنسين على قدم المساواة، ودون أي قيد بسبب العرق أو الجنس أو الدين، هذا الأخير الذي يحمل خصوصية في تشريع الدول الإسلامية لا سيما تشريع الأسرة الجزائري، باعتبار اختلاف الشخص عن دين الإسلام مانعا من الموانع المؤقتة للزواج، مع بعض الاستثناءات المكفولة للرجل.

أولاً: موقف المواثيق الدولية من اختلاف الدين في الزواج

تعتبر المواثيق الدولية أن الاختيار الحر للزواج جزءاً لا يتجزأ من الحرية الفردية ومن مبادئ المساواة بين الجنسين. فإلى جانب اعتبار كل من حرية الفكر والوجدان والدين من الحقوق الأساسية للإنسان، فإن الزواج بين مختلفي الأديان يعد أيضاً حق من حقوق الإنسان بموجب الصكوك الدولية¹.

فقد نصت الصكوك الدولية صراحة على إباحة الزواج بين الرجل والمرأة دون النظر إلى دين أي منهما، ولو كان أحد المقبلين ملحداً، إذ اعتبرته المواثيق الدولية لحقوق الإنسان من المظاهر التمييزية بين البشر، لاعتبار أن الحظر القائم على الدين يحد من الرضا والاختيار الحر في الزواج، خاصة في جانب المرأة، على أساس أنه يعوق بشده اختيارها الحر في الزواج²، دون البحث في الخصوصية الثقافية للدول وخصوصية مجتمعاتها.

وبالرجوع إلى الوثائق الدولية ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، نجد أن المادة 16 قد نصت على حق الرجل والمرأة في الزواج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الدين، وكفالة تساويهما في الحقوق عند الزواج وانحلاله، وهو ما تم تأكيده من خلال ديباجة الاتفاقية الخاصة بالرضا بالزواج.

وكذا اعتبر كلا العهدين الدوليين، أن حضر الزواج بسبب الدين من الأمور التمييزية والمخلة بالمساواة بين البشر، وهو نصت عليه المادة 3 و 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، حيث نصت المادة 3 منه على أن " تتعهد الدول الأطراف بكفالة تساوي الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد"، أبرزها المساواة في تأسيس الأسرة من خلال المادة 23،

¹ Md Kamruzzaman, Interreligious Marriage in Bangladesh: From Human Rights Perspective, International Journal of Education, Culture and Society, Vol. 1, no 2, 2016, p 50.

² Wassila Ltaief, International law, mixed marriage, and the law of succession in North Africa:...but some are more equal than others, International Social Science Journal, Vol. 57, no 184 2005, p 337.

التي تم التأكيد فيها على ضرورة أن "يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين"¹.

كذلك نص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ضرورة التزام الدول الأطراف كفالة وضمان ممارسة الحقوق التي يتضمنها، دون تمييز على أساس العرق أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، بما فيها كفالة الرضا بالزواج دون إكراه².

وإلى جانب المساواة في العلاقات الأسرية؛ يعد ضمان حق الزواج دون عائق ديني من الأسس والمبادئ التي تضمنتها المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، واعتبار هذا العائق خاصة إذا كان ضد المرأة من الأعمال التمييزية ضدها، والحكم الذي تتضمنه التشريعات الوطنية والذي يمنع المرأة من الزواج بشخص من غير ديانتها، يشكل عائقاً لحق المرأة في الاختيار من جهة، ومنافياً لمبادئ المساواة إذا تم فرض هذا العائق على المرأة دون الرجل كما في جواز تزوج المسلم بالكتابيات دون جواز ذلك للمرأة.

كما أن مبررات هذا المنع عند التيار الحداثي العربي، باعتبار سبب منعه تأثر المرأة المسلمة بديانة زوجها، مما يؤدي بها للتخلي عن دينها ناهيك عن أثر ذلك على ديانة أطفالها باتباعهم لدين أبيهم ونسبه وحملهم لاسمه؛ مجرد نظرة لا مساواتيه ومكرسا لدونية المرأة في المجتمع وتجسيدياً لخضوعها للرجل، لذا فزواج المرأة عندهم من شخص مختلف عن ديانتها من رموز تحرير المرأة³، طالما أن رضا المرأة وحرية اختيارها تكون مقيدة بثقافة الشعوب والعوامل الأثنية والدينية وغيرها من عوامل الهوية⁴، والأخذ بالقوانين المستمدة من الدين بدلا من التقيد بأحكام المادة 16 من اتفاقية المرأة، وهو ما يشكل انتهاكا للقانون الدولي⁵.

ومن خلال ما ذكر أعلاه، فإن حرية المرأة في اختيار الزواج ومساواتها التامة بالرجل في انعقاده لا تتحقق في ظل المانع الديني في الدول الإسلامية، لذا فهذا المنهج ما هو إلى دعوة لإلغاء كافة التشريعات الدينية واستبدالها بقوانين عالمية لا تكيه تتناسب مع هذا المنهج.

¹ المادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

² الفقرة 2 من المادة 2، والمادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

³ Wassila Ltaief, op. cit., p334-335

⁴ Marsha A Freeman, Article 16, in: The UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women: A commentary, op. cit., p 423.

⁵ أنظر في ذلك: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992، التوصية العامة 21، المادة 16 (1)(ج)،

الفقرة 17.

ولهذه الأسباب المزعومة، أعربت اللجنة باستمرار عن قلقها من اعتبار اختلاف الدين من موانع الزواج، خاصة إزاء الحظر القانوني لزواج المسلمات بغير المسلمين¹.

لذلك لا تنفك لجنة اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة تطالب الدول المتحفظه على أحكام المادة 16 من رفع التحفظات، ومتحججة بمخالفة أحكام الاتفاقية طبقا للمادة 28 من الاتفاقية نفسها، وكذا الاحتجاج الدائم بمخالفة غرضها²، ولهذا وذلك، كررت اللجنة تأكيد رؤاها إزاء تحفظ الجزائر على المادة 16 بكونه يتعارض مع الغرض من الاتفاقية ومقصدها، وبالتالي فهو غير جائز بموجب الفقرة 2 من المادة 28³، والمادة 19 من اتفاقية فيينا 1969 للمعاهدات التي تنص بعدم قانونية التحفظ إذا كان مخالفا لموضوع المعاهدة.

غير أن لجان حقوق الإنسان ومن وافقها من الفقه القانوني الدولي، لا تملك من الناحية القانونية الصلاحية والاختصاص للحكم بشأن شرعية التحفظات من عدمها، باعتباره تخصصا أصيلا لمحكمة العدل الدولية⁴، وأن منهج فرض هذه الحقوق دون مراعات الأحكام والمشاعر الدينية للمجتمعات المختلفة، ما هو إلا محاولة لعولمة هذه الحقوق.

كما أنه من المفروض أن تكون الاتفاقية الدولية نتاج حل توفيق بين العديد من الدول ذات الثقافات والنظم القانونية المختلفة، وهو ما يتجلى من خلال اللغة والصياغة المعتمدة في بنود الاتفاقية، التي اتسمت

¹ أنظر كمثال على ذلك قائمة القضايا والأسئلة المطروحة فيما يخص النظر في التقارير الدورية، التقرير الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/MAR/4، ص 6.

² تنص المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي جاءت تحت عنوان إبداء التحفظات " (اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967 وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969 ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980) " على أن: "الدولة لدى توقيع معاهدة ما أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها، أن تبدي تحفظا، إلا إذا:
أ- حظرت المعاهدة هذا التحفظ.

ب- نصت المعاهدة على أنه لا يجوز أن توضع إلا تحفظات محددة ليس من بينها التحفظ المعني.

ج- أن يكون التحفظ، في غير الحالات التي تنص عليها الفقرتان الفرعيتان (أ) و(ب)، منافيا لموضوع المعاهدة وغرضها".

³ أنظر في ذلك الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/DZA/co/3-4، مرجع سابق، ص 4.

⁴ فوزري أوصديق، تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية، دراسات قانونية، ع4، الجزائر، أوت-أغسطس، 2009، ص 12

في العديد من العبارات المستخدمة بالغموض، وذلك لتفسيرها بما يتوافق مع خصوصية الدول ولكي يتم تحقيق أكبر قدر من الالتزامات المفروضة عليها، فيلاحظ على سبيل المثال أن بعض العبارات الواردة في الاتفاقية غامضة بما فيه الكفاية للسماح للدول الأطراف ببعض الحرية في تقرير كيفية الوفاء بالتزاماتها، كاستخدام الاتفاقية لمصطلح "اتخاذ التدابير المناسبة" التي تركت للدول الأطراف، الأمر الذي يتيح لها المرونة في تحديد أفضل السبل لتحقيق أهداف الاتفاقية في سياقاتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الخاصة بها¹، ولا تهدر بذلك قيمها الدينية والأخلاقية.

لذلك كان تحفظ الجزائر على المادة 16 تحفظاً تفسيرياً، واعتبرت أن أحكام المادة ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، ومع ذلك فإنه يعاب على النظام القانوني الجزائري اعتباره للمعاهدات الدولية المصدق عليها تسمو على الدستور ومنه على القانون الداخلي.

وعلى خلاف ذلك، نجد كمثال أن الولايات المتحدة الأمريكية في معرض تحفظ المصادقة على الاتفاقية وبخصوص المادة 16 اعتبرت أنه في حال تعارض أي حكم من أحكام المعاهدة مع دستور الولايات المتحدة، فإن الولايات المتحدة لن تكون ملزمة بمعاهدات حقوق الإنسان التي صدقت عليها، والحجة في ذلك أن قانون العلاقات الأسرية يدخل ضمن القوانين الفدرالية الداخلية².

ثانياً: تقييد الزواج بين مختلفي الأديان في قانون الأسرة

نظراً لإقرار المواثيق الدولية للمساواة التامة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج بما فيها الرضا واختيار الشريك دون تمييز بسبب الجنس أو الدين؛ الحكم الذي يتعارض مع حظر زواج المسلمة بغير المسلم، الذي أقره قانون الأسرة الجزائري، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

فقد نص قانون الأسرة الجزائري كحال العديد من تشريعات الدول الإسلامية صراحة على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وأدرجه من خلال المادة 30 ضمن الموانع المؤقتة للزواج³، وهو مانع عام

¹ Julia L Ernst, The Un Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary, Melbourne Journal of International Law, Vol. 13, no 2, 2012, p 899.

² Barbara Stark, Marriage Equality, Gender Equality, and the Women's Convention, Ich. St. L. Rev. 2013, p 960.

³ تضمنت المادة 30 من قانون الأسرة على موانع الزواج المؤقتة من بينها زواج المسلمة بغير المسلم، والمقصود بالمؤقتة أنه إذا زال سبب المنع صار الزواج ممكناً كأن يدخل شخص غير مسلم إلى الإسلام، فتنتفي عنه بذلك صفة المنع. فالمادة 30 تنص على أنه "يحرم من النساء مؤقتاً: - المحصنة- المعتدة من طلاق أو وفاة، - المطلقة ثلاثاً، كما يحرم مؤقتاً: - الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع - زواج المسلمة من غير المسلم".

يشمل كل رجل غير مسلم، سواء كان كتابيا أو غير كتابي، ملحد أو مجوسي...، انسجاما مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، مصداقا لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَأَمْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۗ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ۚ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ)¹، وقوله تعالى (وَلَا تَتَّخِذُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا)².

وعليه، فإذا ما تم إبرام زواج مشتمل على هذا المانع، ولو تم لدى الموثق أو ضابط الحالة المدنية وتسجيله بصفة رسمية في سجلات الحالة المدنية، فإن هذا الزواج يبقى باطلا، وجب فسخه قبل الدخول وبعده، ولا يمكن الاحتجاج به مطلقا، فلا قيمة قانونية له أو شرعية³.

ولأن ظاهرة زواج الجزائريات المسلمات بغير المسلمين تجد لها حالات في الواقع، وتزداد نسبتها في الدول الأوروبية على وجه الخصوص، بسبب أن المانع الديني لا يُلتفت إليه في النظم القانونية للدول الأوروبية لا سيما فرنسا التي يكثر فيها عدد الجزائريين والجزائريات القاطنين بها بصفة دائمة، لتعارضه مع الحرية الفردية والمواثيق الدولية.

وإذا كان زواج الجزائرية بأجنبي بالجزائر لا يثير إشكالا، إذ يتطلب إبرامه الحصول على رخصة من المصالح الإدارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر، ويتم التأكد من شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي الراغب في الزواج من جزائرية، غير أن الأمر يختلف إذا تم الزواج في دولة أوروبية مثلا، سواء من الجزائرية المقيمة بالخارج أو الجزائرية التي تَبغي التهرب من المانع الذي يفرضه القانون، لذا فالإشكال لا يثار في رأينا إلا في حالة إثارته أمام القضاء الجزائري بمناسبة إثبات الحقوق الزوجية أو التوارث في حال وفاة أحد الطرفين وما شابه ذلك، ويكون القضاء ملزما في هذه الحالة بعدم الاعتراف بهذا الزواج، ولا يجوز لأي طرف الاحتجاج بصحته والتمسك بالحقوق والآثار التي يربتها الزواج الصحيح، لمخالفة الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لانعقاد الزواج، طبقا للمادة 11 من القانون المدني والمادة 97 من قانون الحالة المدنية.

- ويبطل الزواج بموجب المادة 32 إذا اشتمل على أي مانع من موانعه، حيث أوردت المادة 32 الحالات التي يبطل فيها الزواج بنصها كالاتي: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

¹ سورة الممتحنة، الآية 10.

² سورة البقرة، الآية 221.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 33.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري إغفاله لمسألة زواج الجزائري بغير المسلمة، حيث يجوز وفقا للراجح في الفقه الإسلامي زواج المسلم بالكتابية دون غيرها، والمقصود بالكتابية النصرانية واليهودية المتمسكة بكتابها ولو بعد التحريف¹.

وبخصوص موقف اللجان الخاصة بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الجزائر، ترى اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أن حظر المادة 30 من قانون الأسرة لزواج المسلمة من غير المسلم، يتنافى مع حرية الزواج دون قيود والمنصوص عليها في العهد، لذا أوصت الجزائر بالاعتراف بالزواج الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم اعترافا قانونيا كاملا دون استثناء².

¹ يعود سبب الاختلاف في عموم النهي الوارد في قوله تعالى في الآية 221 من سورة البقرة (وَلَا تَتَّخِذُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ ؕ وَالْأُمَّةَ مُؤْمِنَةً خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ)، وإباحة الزواج من الكتابيات في قوله تعالى (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۗ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ ۗ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ) - المائدة، الآية 5-، ويستدل المجيزين لزواج المسلم من الكتابية في ما روي عن ابن عباس حول قوله تعالى (ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن)، "أن الله استثنى من ذلك نساء أهل الكتاب". وهكذا قال مجاهد، وعكرمة، وسعيد بن جبيرة، ومكحول، والحسن، والضحاك، وزيد بن أسلم، والربيع بن أنس. الحافظ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، دار طيبة، الرياض، ط2، 1420هـ/1999م، ص 582 كما يتمسك أصحاب هذا الرأي بما "روي عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه كان إذا سئل عن نكاح الرجل النصرانية أو اليهودية قال: "إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراف شيئا أكبر من أن تقول المرأة: ربها عيسى، وهو عبد من عباد الله".

- الحافظ بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخار، ج 9، مرجع سابق، ص 356.

ويرى في المقابل أغلب أهل العلم جواز نكاح الكتابيات لقوة الدليل في قوله تعالى (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ) لاشتراكهن مع المسلمين في بعض العقائد بما يكون مسهلا لهدايتهن إلى الإسلام على خلاف المشركات الأخريات والملحيدات، يقول الكاساني في ذلك "فكان في نكاح المسلم إياها رجاء إسلامها فجوز نكاحها لهذه العاقبة الحميدة"، علاء الدين الكاساني، ج2، مرجع سابق، ص 271.

يقول ابن قدامة "ليس بين أهل العلم، بحمد الله، اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب. وممن روي عنه ذلك عمر، وعثمان، وطلحة، وحذيفة وسلمان، وجابر، وغيرهم، وخالف البعض في أنه ليس كل كتابية يجوز الزواج منها، بل المقصود المحصنات العفيفات دون البغايا والزانيات"، وهو ما يستبعد في عصرنا، وذلك ان أغلب الأجنيبات في وقتنا لا يعرفنا عن كتابهن شيئا بل الكثير منهن يغلب على عقائدهن الالحاد، والزنا عشرات ومئات المرات.

أنظر: ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمى بالشافعي على متن المقنع، ج7، دار الفكر، بيروت، 2018، ص 221.

- ومع رؤيتهم لجواز نكاح الكتابيات إلا أنهم كرهوا ذلك مع وجود المسلمات، فالأولى ألا يقدم المسلم على ذلك إلا لضرورة.

- كمال الدين محمد بن عبد ابن همام، فتح القدير، مرجع سابق، ج2، ص 378.

² كان ذلك بمناسبة نظر اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (E/C.12/DZA/4) في جلساتها 6 و7 و8، المنعقدة يومي 5 و6 أيار/مايو/ وثيقة الأمم المتحدة E/C.12/DZA/CO/4، ص 5.

وفي الأخير، يجدر بنا أن نذكر موقف المشرع في تونس، التي تعد الدولة العربية الأولى والوحيدة التي نصت على قانونية _كي لا نقول شرعية_ زواج المسلمة بغير المسلم، فبعد أن كان هذا الزواج لا يجد منعا بنص صريح في مجلة الأحوال الشخصية، فالمجلة لم تتعرض لا من قريب ولا بعيد الى مسألة اختلاف الدين في الزواج حين نصت على موانع الزواج المؤقتة في الفصل 14، لذلك شهدت المسألة جدالا على مستوى الفقه والقضاء خاصة بعد مصادقة تونس على اتفاقية الرضا بالزواج 1964.

فإذا ما تم تطبيق نص المادة عملا بقاعدة لا بطلان إلا بنص، فاختلاف الدين هنا لا يكون سببا لبطلان الزواج، وعلى ضوء نص الفصل 5 الذي اشترط خلو الزوجين من الموانع الشرعية اختلف رجال القانون حول تفسير ذلك، فرأى جانب بأن المقصود بها الموانع المقررة في الشريعة الإسلامية، ورأى آخر أن المقصود بها الموانع القانونية¹.

وتبعاً لذلك، تدرجت أحكام القضاء باعتبار اختلاف الدين مانعا مؤقتا للزواج وفي نفس الاتجاه صدر منشور تفسيري عن وزير العدل يلزم ضباط الحالة المدنية والعدول بمنع إبرام عقود زواج المسلمات بغير المسلمين²، وجاء في حيثيات إحدى القرارات أن الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية افترض منذ صدور المجلة في 13 أوت 1956 "شرط إسلام الزوج واعتبره من الشروط الجوهرية الأساسية التي لا بد من توفرها واقعا وقانونان لتستحق العلاقة بين الرجل والمرأة صفة "العقد" ويطلق عليها اسم "زواج" ولا دخل لإرادة الزوجين ورضا المرأة وحرمتها في ذلك"³.

وأكدت بعد ذلك محكمة التعقيب هذا التوجه في قرارها الشهير المعروف بقرار «حورية» الصادر في 31 جانفي 1966، وقررت بطلان زواج المسلمة بغير المسلم واصفة إياه "من المعاصي العظمى"، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر مثل هذا الزواج باطلا من أساسه، وذهبت المحكمة في هذا القرار إلى أبعد من ذلك، "إذ اعتبرت أن المسلم الذي يتجنس اختيارا منه بجنسية تُخرجه عن أحكام دينه يكون مرتد"⁴.

¹ ساسي بن حليلة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان لا طلاق، الأحداث القانونية التونسية، ع23، 2013، ص 12.

² بن محمود فاطمة الزهراء ودولة سامية، مرجع سابق، ص 85.

³ قرار صادر عن محكمة استئناف سوسة، ذكره: ساسي بن حليلة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان لا طلاق، الأحداث القانونية التونسية، المرجع السابق ص 14.

⁴ تحت عدد 3384، مقتبس عن: عبد الله الأحمد، زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي، مقال منشور بجريدة الشروق التونسية الصادرة بتاريخ 31 أوت 2017، منشور على موقع الجريدة الإلكترونية

[www.alchourouk.com](https://bit.ly/2SoT8hr) ، على الرابط التالي: <https://bit.ly/2SoT8hr>

إلا أن الأحكام القضائية شهدت تحولا مغايرًا في المسألة بتغيير فقه القضاء التونسي لموقفه من هذه المسألة، على أساس أن الفصل 14 لم يدرج مثل هذا الاختلاف في الدين ضمن الموانع القانونية للزواج، وعلى أساس أن الدستور التونسي ينص في فصله 21 على المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات ومساواتهم أمام القانون من غير تمييز، ومنه فالدستور يعلو على أحكام الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، باعتبارها قانونا أدنى من الدستور الذي يأتي في أعلى هرم النظام القانوني التونسي، والذي بدوره يضمن حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية من خلال فصله السادس، وكذا الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها تونس والتي تكفل بدورها حرية الزواج دون قيود، والتي تعلوا أحكامها على القوانين الداخلية والدستور نفسه¹.

وللرأي الأخير انحازت أحكام القضاء في السنوات الأخيرة وأقرت بزواج المسلمة بغير المسلم، وجاء في إحدى قراراتها "أن الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية عرف الموانع الشرعية للزواج بأنها مؤبدة ومؤقتة، ولا وجود لزواج المسلمة بغير المسلم من موانع الزواج"².

إضافة للأسباب السابقة، ونتيجة لرفع تونس جميع التحفظات عن اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، ألغت الحكومة التونسية المنشور التفسيري لسنة 1973 الذي يحظر زواج المسلمة بغير المسلم بعد أن أعلن الرئيس التونسي الباجي قائد السبسي في 13/05/2017 أنه طلب من الحكومة سحب المنشور، ولا يسعنا القول حول ذلك سوى أنه خزي وعار على تشريع دولة تدين بالإسلام.

المطلب الرابع

تقليص التمييز بين الزوجين بتقييد تعدد الزوجات

شددت المواثيق الدولية كما رأينا على كفالة المساواة بين الرجل والمرأة في حق الزواج وإنشاءه، وعليه، فمقتضى المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة ينبغي ألا يباح لأحدهما ما قد يحرم على الآخر، بمعنى أنه إذا

¹ المرجع نفسه.

² قرار صادر بتاريخ 29/06/1999 تحت عدد 26855 ن، كما صدر قرار ثان بتاريخ 05/02/2009 تحت عدد 31115 وجاء فيه "أن ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج"، ذكرها: شكري الدريالي، زواج التونسية المسلمة بغير المسلم: رؤية شرعية وقانونية، مجلة الفقه والقانون، ع 65، مارس 2018، 128-129.

ما منع على المرأة الزواج بأكثر من رجل فإنه ينبغي منعه ذلك عن الرجل على قدم المساواة¹، ومن خلال ذلك سنتناول هنا نظام التعدد في الإسلام وموقف التشريع الجزائري منه في ظل الالتزامات الدولية بمواثيق حقوق الإنسان.

الفرع الأول

نظام التعدد في الإسلام

تعد قضية اباحة تعدد الزوجات للرجل في الإسلام من القضايا التي تثار حولها الشبهات واعتبار المسألة انتقاض من كرامة المرأة وتكريسا لتبعيتها الجنسية للرجل، الأمر الذي يرجع بالأساس إلى النظرة القاصرة للمجتمعات الغربية ومن تأثر بهم لمزايا هذا النظام واتسامه بالواقعية لما يقدمه من حلول تخدم المجتمع والمرأة نفسها، وتناسبه مع الواقع، ولأن تعدد الزوجات كان معروفا لدى جميع الشعوب والشرائع دون تنظيم، فجاء الإسلام ونظم أحكامه ليضعه في الأطر القويمة التي تخدم المجتمع وترفع الظلم والاحتقار الذي كان يمارس على المرأة.

أولا: مشروعية التعدد وضوابطه

تثبتت مشروعية تعدد الزوجات من المصادر الأصلية للشريعة أي الكتاب والسنة، وهو ما تم الإجماع عليه من الصحابة وأهل العلم والفقهاء في الأمة.

فيجد التعدد مشروعيته من الكتاب في آيتين من سورة النساء الأولى قوله تعالى في الآية الثالثة: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)، وقوله تعالى في الآية 129: (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۚ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ).

وبالتمعن في ألفاظ الآيتين، نجد أنها قد أباحت التعدد للرجل لكنها لم تترك له الحق فيه دون قيود وشروط، فلجوء الرجل للتعدد مقيد بشرطين أساسيين أولهما ألا يزيد الزوجات عن الأربع، فلا يحل للرجل

¹ عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، 1972، ص 12.

أن بجمع في عصمته أكثر من أربع، ووضع الإسلام بهذا الشرط حدا لتعدد الزوجات بعد أن كان بغير حد عند العرب في الجاهلية كما كان التعدد مفتوحا على مصراعيه عند الشعوب الأخرى¹.

أما الشرط الثاني فهو وجوب العدل بين الزوجات، والمقصود بشرط العدل هنا ليس شرطا لإباحته بل ما ينبغي أن يلتزم به الرجل في حالة التعدد²، فإذا غلب على الظن مخيفة ألا يعدل حال التعدد فينبغي الاقتصار على واحدة، والخوف هنا مسألة ظنية وفقا لحال الرجل كاليسار والقدرة على الإنفاق، لذا فأقصى ما يترتب على المُعدد إذا خالف هذا الشرط هو تحمل الاثم، ولا ينتقل أثر ذلك ليصبح مانعا للتعدد أو على صحة الزواج أثناء فترة انعقاده، والدليل على ذلك قوله تعالى في الآية الثانية (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَنذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ)، وعند قوله تعالى (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا) يتضح هنا مناط العدل حال التعدد، فالمقصود به العدل في الميل القلبي والعاطفي، الذي لا يستطيع الإنسان التحكم بدرجة أو توزيع محبته بالعدل على أزواجه، وما يؤكد أنه صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين نسائه فيعدل، ثم يقول "اللهم هذا فعلي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"³.

¹ يقول غستاف لوبون "في حضارة الغرب" " أن نظام تعدد الزوجات ليس خاصا بالإسلام بل عرفه اليهود والفرس والعرب وغيرهم من أمم الشرق.. فقد كان تعدد الزوجات شائعا عند كل الأمم القديمة تقريبا دون حد لعدده أو ضوابط تحفظ بها حقوق وكرامة المرأة، وهو ما كان موجودا عند الأثينيين، والصينيين، والهنود، والبابليين، والأشوريين، والمصريين، وقد سمحت شريعة "ليكي" الصينية بتعدد الزوجات إلى مئة وثلاثين امرأة...مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط 4، 1431هـ/2010م، ص 48-53.

- أما عند أهل الكتاب، فكان التعدد عند اليهود مباح دون حد، ثم جاء التلمود فحدد العدد بأربعة، بشرط القدرة على النفقة والاعالة، وجاء في التوراة أن نبي الله داود عليه السلام كان له تسع وتسعون زوجة... ولم يرد نص عند المسيحيين (النصرانيين) يمنع التعدد، كما أنه لم يذكر أحد من الباحثين في المسائل الدينية أن الانجيل خالف التوراة في مسألة التعدد وقد كان مباحا إلى أن منعه الكنيسة في القرون الوسطى، ورخصت به أحيانا لبعض كبار الملوك والأمراء انظر في ذلك: رفعت محمد مرسي لطاحون، حقائق الإسلام وأباطيل خصومه حول قضية تعدد الزوجات وتعدد زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم، ثقافة بلا حدود للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2015، ص 21 - 30 / محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1976، ص64.

² يوسف شيخ راتب الدويك، مفهوم تعدد الزوجات ميزة تشريعية، وعلاج فعال، كما هو مفهوم حضاري، مجلة التربية، السنة 25، ع 117، قطر، يونيو 2016، ص 217.

³ أحمد أبو عبد الرحمن النسائي، كتاب السنن الكبرى، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م، حديث 2/8891، ص 281.

كما يجد التعدد مشروعيته في السنة النبوية، مع اشتراط العدل والاقتصار على أربع، منها ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر رجلاً أسلم وكان في عصمته عشرة نساء فقال له "أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن"¹.

وعن الحارث بن قيس أنه قال: أسلمت وعندني ثمانى نسوة فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: (اختر منهن أربع)، وقد جمع البخاري في صحيحه الأحاديث التي تدل على الاقتصار وعدم الزيادة على أربع تحت باب بعنوان "باب لا يتزوج أكثر من أربع"².

وتزخر السنة النبوية أيضاً بما يدل على وجوب العدل عند التعدد، فعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من كان له امرأتان، فمال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل)³.

وبخصوص تأويل الآيات عند بعض الأقوال الشاذة على أنها جاءت لتمنع التعدد لا لإباحته، لأنه عند الجمع بين الآيتين نجد أنها نصت على جواز التعدد بشرط العدل، بعبارة أخرى أنها علقته على شرط مستحيل، لأن الله تعالى نفى استطاعة الإنسان على العدل عند قوله (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ)، وعلى ذلك فلا يجوز لأحد أن يعدد⁴، فإن هذا التأويل مخالف تماماً لمعنى النص القرآني، والأحاديث التي بنيت على الآية ولسنة النبي صلى الله عليه وسلم الفعلية والتقريرية، وهو ما أجمعت عليه الأمة من الصحابة والتابعين والفقهاء منذ نزول الآية.

ثانياً: أطروحات المعارضين لتعدد الزوجات

يدعي معارضو نظام التعدد من وذوي الثقافات المختلفة والفكر الحدائث العربي أن تعدد الزوجات لا ضرورة له في عصرنا الحالي، كما أنه يحط من كرامة المرأة خاصة في العصر الذي نالت فيه من الحقوق

¹ مالك بن أنس، الموطأ، المجلد 4، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبو ظبي، ط1، 1425هـ/2004م، 2179، ص 844 / محمد بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج3، دار الفكر، بيروت، 1440هـ/2018م، ص 257.

² محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج3، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب لا يتزوج أكثر من أربع، ص 370.
³ أنظر: محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مج 3، مرجع سابق، ص 261 / عبد الرحمن أبو الفرج ابن الجوزي، الحقائق في علم الحديث والزهديات، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ/1988م، ص 250.

⁴ أمين محمد عطية باشا، تعدد الزوجات: بين الحكم البيّنات والشبهات المفتريات، مجلة القراءة والمعرفة، ع 129، مصر، 2012، ص 22.

وشاركت فيه الرجل مختلف الميادين، فتقول المستشرقة الألمانية "زيغريد هونكه"¹ -كمثال على ذلك- في كتابها الشهير شمس العرب تسطع على الغرب " وكان تعدد الزوجات في الجاهلية ضرورة اقتضتها ظروف المعيشة والرغبة في العدد الكبير من الأولاد لتقوية مركز القبيلة ولتوطيد العلاقات بين مختلف القبائل بالمصاهرة، وبظهور الإسلام استمرت تلك الضرورة نتيجة لبدء الفتوح، الفكرة التي أثبتت نجاحا كبيرا... فالإسلام قدس الزواج وطالب بالعدل بين الزوجتين أو الثلاث أو الأربع في المعاملة أليس هذا نصا صريحا يطلب فيه من المؤمنين أن يتزوجوا بواحدة فقط، ومن ذا الذي يستطيع أن يعدل بين النساء"².

ويصور المعارضون لتعدد الزوجات من التيار الحدائي العربي على أنه احتقار شديد للمرأة، طالما أنه لا توجد امرأة تقبل أن تشاركها أخرى في زوجها، ويربطون وجوده من عدمه بحال المرأة في المجتمع وفقا لما أثبتته الاختبار التاريخي عندهم، فوجوده يكون منتشرا عند انحطاط حالها ومكانتها في المجتمع، ويقل أو يزول عند ارتقائها³.

لعل هذا الرأي الأخير يوافق الصواب في جانب أن المرأة كانت محتقرة ومهدورة الحقوق في المجتمعات القديمة وكانت تعامل كالسلعة التي تشتري وتباع، وكذا وضعها في حالة التعدد السائدة آنذاك، إلا أنه لا يجانب الصواب باعتبار أن حال المرأة ارتقى لأعلى المراتب في الإسلام وحُفظت حقوقها وكرامتها حتى أثناء التعدد، والإسلام لم يحظره ولم يُجبر عليه في نفس الوقت.

كما يرى الفكر الحدائي كالتنسيويات العربيات أن تعدد الزوجات نظام همجي لغياب الأخلاق عن فكرة التعدد فهو مظهر من مظاهر الاستعباد⁴، وغياب تام لمبادئ المساواة.

¹ زيغريد هونكه مستشرقة ألمانية معروفة بكتاباتها في مجال الدراسات الدينية، ولدت في كيل سنة 1913 وتناولت دراسة الأديان وتعرف بإعجابها بالإسلام والعربية وذلك بعد الحرب العالمية الثانية وسقوط ألمانيا حيث ذهبت إلى المغرب وعاشت سنتين في طنجة، ثم رجعت إلى ألمانيا واستقرت في بون لتقوم بتأليف كتبها المشهورة عن إنصاف العرب والمسلمين لا سيما الأندلسيين، مما أدى إلى تعرضها إلى حملات استيلاء في موطنها جعلها تنضم إلى بعض الجمعيات الوطنية الألمانية لكف الأذى عنها. معلومات من موقع ويكيبيديا www.ar.wikipedia.org، أنظر أيضا: نعيمة عبد الفتاح ناصف، أشهر المدافعين عن الإسلام في الغرب زيغريد هونكه، منشور بتاريخ 2007/07/29 على الرابط الإلكتروني: <https://www.alukah.net/sharia/0/996>

² زيغريد هونكه، شمس العرب تسطع على الغرب، نقله عن الألمانية: فراقق بيصون وكمال دسوقي، دار الجيل ودار الآفاق الجديدة، بيروت، ط3، 1413هـ/1993م، ص 471-472.

³ قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة 2016، ص 78.

⁴ حميد مسرار، نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2013، ص 370.

تقول فاطمة المرئيسي وهي إحدى النسويات المغربيات " أن مؤسسة تعدد الزوجات قد اختفت تدريجياً مع منع استعباد النساء حوالي الثلاثينيات من هذا القرن...وعلى كل حال فإن غياب المساواة يؤدي إلى عدم الاستقامة والنفاق والرغبة الظاهرة أو الخفية في الانتقام"¹.

كما دعا البعض إلى الاجتهاد وتطوير الإسلام للحد من تعدد الزوجات، بإعادة تفسير الآيات التي تستخدم لتشريعها²، فيرى محمد عبده جواز إبطال التعدد، معللاً ذلك في أن الشريعة الإسلامية علقته بإباحته على شرط التحقق من العدل بين الزوجات وأن هذا العدل كما هو شاهد غير ميسور التحقق، ومن ثم فإن الموقف هو وجوب الاقتصار على الزوجة الواحدة ما دام هنالك ظن بعدم تحقيق العدل المطلوب، ويضع مبررين استثنائيين يبرران اللجوء إلى التعدد، كأن تصاب المرأة بمرض يمنعها من تأدية حقوقها الزوجية أو أن تكون عاقراً لا تلد، ويرى غياب الأخلاق عن التعدد في غير تلك الحالات التي وضعها، "باعتباره حيلة شرعية لقضاء شهوة بهيمية، وهو علامة على فساد الأخلاق واختلال الحواس"³.

كما دافع علال الفاسي عن نفس فكرة إلغاء التعدد؛ مستنداً في ذلك على نفس النص القرآني، حيث فسر أن التعدد مشروط بتحقيق العدل بين الزوجات، والتحوط منه لمجرد الخوف من عدم القدرة على الالتزام بالعدل، رابطاً السياق الاجتماعي الذي نزلت فيه الآية بمبرر التعدد خلافاً لوقتنا المعاصر الذي صار فيه الظلم على الأسرة والمرأة واقع ومحقق، لذلك يرى وجوب تدخل المشرع لمنع التعدد ودرء مفسدته انطلاقاً من قاعدة سد الذرائع⁴.

وأخيراً ظهر رأي فقهي يؤسس لتقييد تعدد الزوجات على قاعدة "تقييد ولي الأمر للمباح"، اعتماداً على أنه ليس في الشرع ما يمنع من تدخل ولي الأمر لتقييد التعدد إذا زادت مفسده عن مصالحه⁵، إلا أن هذا التأسيس يتناقض من جهة أن التعدد له مصالح تعود على الفرد والمجتمع، أما عن المفسد التي يتسبب

¹ فاطمة المرئيسي، السلوك الجنسي في مجتمع إسلامي رأسمالي تبعي، دار الحداثة، بيروت، 1982، ص74، ذكره حميد مسرار، مرجع السابق، ص 370.

² أنظر آراء محمد عبده حول تعدد الزوجات مجموعة من مختلف مؤلفاته مقالاته من خلال سلوى محمد نصره، الفلسفة النسوية في فكر الإمام محمد عبده، دار المعارف القاهرة، ط1، 2014، ص 133-144.

³ محمد عبده، الأعمال الكاملة، تحقيق وتقديم: محمد عمارة، ج2، جار الشروق، القاهرة، ط1، 1414هـ/1994م، ص85.

⁴ علال الفاسي، النقد الذاتي، مرجع سابق، ص 274-276/ عائشة الحجامي، السجال الديني في النقاش حول إصلاح قانون الأسرة المغربي، منشور ضمن كتاب قانون الأسرة المسلمة ومعضلة المساواة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، الطبعة العربية الأولى، 1439هـ/2017م، ص 192-193/

⁵ فتحي مفلح صالح الصقر، تقييد المباح في قانون الأحوال الشخصية وتطبيقاته القضائية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة جرش، الأردن، 2013، ص 111.

بها كثير من الرجال المعددين لإهمالهم ضوابط وشروط التعدد فهي لا ترقى لمرتبة الضرر العام، طالما أن التعدد يشكل نسبا جد ضئيلة في وقتنا الراهن.

ومن جهة أخرى، فالتعدد يندرج تحت المباحات الثابتة بالنص، ويرى أهل العلم أن تقييد المباح الثابت بالنص والإلزام به تغيير للشريعة، لأن ما نص على إباحته نصا لم يجز لأحد أن يقيد أو يوجبه لما في ذلك من محادة ومشاققة لله ورسوله¹، وهو أشبه بالتحريم الذي هو من حق الله تعالى²، وفي ذلك يقول محمد ابن شاكر "أن مسألة تعدد الزوجات أمر مشروع بالنص أي الكتاب والسنة، فإذا قيل مثلا أن تعدد الزوجات مباح، وإن لولي الأمر أن يقيد هذا المباح، فلو أصدر ولي الأمر قانونا بناءً على ذلك يمنع التعدد بصفة عامة، وإن زعم أن من وراءه هذا مصلحة عامة أو نحو ذلك، كان هذا من التشريع الذي لا ينبغي له ولا يقبل منه"³.

ثالثا: مبررات تشريع تعدد الزوجات

رأينا كيف ربط المعارضون لتعدد الزوجات من التيار الحداثي باحتقار المرأة وانتقاص كرامتها، حيث وضعوا علاقة طردية بين تعدد الزوجات وتحضر المجتمع، فيقل حسبهم في المجتمعات المتحضرة كالذي يرونه في المجتمعات الغربية، ويزيد في المجتمعات البدائية والمتخلفة التي تستعبد المرأة.

إن مثل هذه الأطروحات يفندها الواقع، إذ لا يمكن البتة إنكار حقيقة أن حياة رجل واحد مع عدد من النساء ظاهرة اجتماعية منتشرة في كل البلدان وفي جميع العصور تحت اسم تعدد الزوجات أو تعدد الخليلات، لذا فمن المغالطة أن نربط التعدد بالمجتمع البدائي في الوقت الذي نعتبر فيه تعدد الخليلات وتبديلها من فترة لفترة، والدخول في العلاقات دون رقيب وحسيب من مظاهر المجتمعات المتحضرة⁴، لذا فمن حيث الواقع، فإن لتعدد الزوجات عدة مبررات عملية عامة ومبررات شخصية.

أ- المبررات العملية للتعدد

¹ محمد بن شاكر الشريف، تقييد المباح أو الإلزام به، جريدة البيان، ع 253، سبتمبر - رمضان، 2008، ص 19.

² يوسف القرضاوي، مركز المرأة في الحياة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، 2010، ص 138.

³ محمد بن شاكر الشريف، المرجع السابق، ص 19.

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 8.

1- **زيادة النساء على الرجال:** يرجع التفاوت بين نسب عدد الرجال في المجتمع بالنظر لعدد النساء لأسباب متعددة، فالسبب الأول ما أثبتته بحوث الديموغرافيا أو علم إحصاء السكان تعرض المواليد الذكور بحسب طبيعتهم للوفاة أثناء الولادة أكثر من البنات، وهو ما دلت عليه الإحصائيات الخاصة بوفاة الأطفال¹، ويرجع أيضا التفاوت بين عدد الذكور والإناث حسب موسوعة "بريتانیکا Britannica" الى ارتفاع خطر الوفاة بالنسبة للإناث مقارنة بالذكور في مختلف المراحل العمرية².

2- **قلة عدد الرجال عن النساء:** قد يقل عدد الرجال في المجتمع بسبب الحروب التي لا تشارك فيها المرأة، حيث أظهرت الإحصائيات التي أجريت في أوروبا عقب الحرب العالمية الثانية؛ أن نسبة النساء تمثل 8 من 1 من نسبة الرجال³، ناهيك عما يتركه المترجون الذين يقضون نحبهم في الحروب من ملايين النساء الأرامل.

وللعدد الكبير للوفيات في أوساط الرجال في الحرب العالمية الثانية، طالبت جمعيات نسائية في ألمانيا وبعض الدول الأوروبية بتعدد الزوجات تحت وصف "إلزام الرجل بأن يتكفل امرأة أخرى غير زوجته"، لتلافي الخسارة البالغة والضياع الحتمي⁴، لأن الضرر في هذه الحالة يقع فقط على المرأة فالشاهد أن المجتمع الذي لا يعرف التعدد تتضاءل فيه فرصة الأرمال في الزواج⁵.

¹ عبد القادر مدقر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الكتاب الأول، المطبعة العربية، غرداية، 1993، ص 49.

² Encyclopedia Britannica (1984), 8/97, cited on maulana wahiduddin khan, Polygamy and Islam, good words books, New Delhi, 1st ED, 2001, p 6.

³ ناصر بن عقيل الطريفي، تعدد الزوجات وأهميته للمجتمع المسلم، مجلة البحوث الإسلامية، ع25، السعودية، ص 184. - وقد جاء في أحد إصداره الجهاز المركزي للتعبئة الهامة والإحصاء أن عدد المصريين البالغين سن الزواج في مصر حتى سن أقل من 35 يفوق 17 مليون، من بينهم أكثر من 9 ملايين من الإناث، كما أشار التقرير إلى أعداد الأرمال من الرجال والنساء، الذي وصل عددهم إلى مليونان 371 ألف أغلبيتهم من النساء بعدد مليونان و85 ألف أرملة. جريدة الأهرام المسائي الصادرة بتاريخ 2012/08/05 ذكر ذلك عطية باشا وأمين احمد، تعدد الزوجات: بين الحكم البيئات والشبهات المفتريات، مجلة القراءة والمعرفة، ع 129، مصر، يوليو 2012، ص 124-125.

⁴ مصطفى السباعي، مرجع سابق ص 56.

⁵ صالح بن عبد الرحمن الحصين، تعدد الزوجات وحقوق الإنسان، مجلة البحوث الإسلامية، ع 66، السعودية، سبتمبر 2002، ص 366.

كما توجه أصابع الاتهام للنظام الصناعي الحديث لما يتسبب فيه من خفض في نسبة الرجال، نتيجة الحوادث التي تتسبب فيها الأجهزة الثقيلة، فضلا عن عدد الرجال القابع في السجون لفترات طويلة لاسيما في الدول التي تكثر فيها الجرائم كالولايات المتحدة¹.

ويصير الزواج بسبب الفجوة بين أعداد الرجال والنساء ضرورة اجتماعية ملحة، فحسب تعبير "لورا فيشيا فاغلييري" وهي إحدى الباحثات الغربيات "أنه لم يبق دليل بأي طريقة مطلقة على أن التعدد شر اجتماعي أو عقبة في طريق التقدم، والملاحظ أنه في بعض مراحل التطور الاجتماعي عندما تنشأ أحوال خاصة بعينها كالحروب مثلا، يصبح تعدد الزوجات ضرورة اجتماعية"².

لذا، فأمام زيادة النساء على الرجال، نجد أنفسنا أما ثلاث احتمالات، الأول: أن يتزوج كل رجل امرأة واحدة وتفقد الأخريات حقهن في الحصول على أسرتهن الخاصة، ولا تعرف الزواج طيلة حياتها، الثاني: أن يتزوج كل رجل زواجا شرعيا، ويخادن أخريات من اللاتي لا يعرفن زواجا ولا رجل، ويكون هذا بابا للحرام وضياح للمرأة ناهيك عما قد ينتج عنه هذا الباب من أولاد غير شرعيين، أما الاحتمال الثالث: فهو اللجوء إلى رخصة التعدد التي أباحها الإسلام لتقادي كافة الأضرار التي قد تقع على المرأة والمجتمع.

ب- المبررات الشخصية للتعدد

إن المبررات الشخصية للتعدد قد تكون خاصة بالمرأة كما قد تكون خاصة بالرجل، وتدعوا معها الضرورة والحاجة لأجل التعدد، نذكر منها:

1- **عقم الزوجة:** قد تكون الزوجة عقيم لا تلد، وبذلك يفقد الرجل حقه في إنجاب الأولاد الذي يعد المقصد الأصلي للزواج أي حفظ النسل، فهل من الأخلاق والوفاء أن يطلق الرجل زوجته ليتزوج بأخرى، رغبة في الحصول على الأولاد؟ أم أنه يعدد ويتزوج بأخرى والإبقاء على زوجته؟ وبهذا تحافظ المرأة العقيم على أسرتها.

2- **مرض الزوجة³:** قد تصاب المرأة بمرض جنسي يمنعها من أداء واجباتها الزوجية أو مرض مرهق كالسرطان، أو قد تصاب مرض منفر كالجنون والجذام...، فيصبر الرجل ويبقى زوجته على عصمته، أو

¹ maulana wahiduddin khanau, op. cit., p 7-8

² لورا فيشيا فاغلييري Laura Veccia Vaglieri باحثة إيطالية (1893 - 1989) اهتمت بالتاريخ الإسلامي القديم والحديث وبفقه اللغة العربية آدابها، وكانت تعمل كأستاذة للغة العربية وتاريخ الحضارة الإسلامية بمدينة نابولي الإيطالية، لورا فيشيا فاغلييري، دفاع عن الإسلام، ترجمة منير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1976، ص 97.

³ هبة الزحيلي، تعدد الزوجات: المبدأ، والنظرية، والتطبيق، دار المكتبي، دمشق، ط2، 1431هـ/ 2010م، ص22.

يتزوج خشية الوقوع في الانحراف والتمسك بالعفة؟ فلا ريب أن الحل الأفضل له ولزوجته التزوج بأخرى، وتحصين نفسه ورعاية زوجته وعدم تركها بسبب مرضها، فمما لا شك فيه أن قبول الزوجة الحياة مع امرأة أخرى مع الاحتفاظ بحقوقها وكرامتها، أصلح لها من أن تطلق وهي مريضة في وقت حاجتها الملحة للرعاية والاهتمام.

3- أن يكون للرجل قوة جنسية بحيث لا تكفيه واحدة فيلجأ إلى التعدد بدلا من الزنا والمغامرات الجنسية والعاطفية¹، أو قد تطول أيام حيض المرأة في عادتها، بما لا يصبر معه بطبعه، أو يكون كثير الأسفار بحكم عمله وقد تطول إقامته في غير بلده بالأشهر بما يصعب عليه نقل زوجته وأولاده²، فيكون الزواج بأخرى رخصة يملئها الواقع وللهرب من العلاقات المحرمة التي أنهكت أضرارها كاهل المجتمع.

الفرع الثاني

تقييد التعدد في قانون الأسرة

قنن المشرع الجزائري مسألة التعدد في قانون الأسرة منذ صدوره سنة 1984، وسمح للرجل باللجوء إلى التعدد في إطاره الشرعي في حدود الشريعة الإسلامية، غير أن المسألة قد شهدت تغيرا بصدور الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، الذي جاء بأحكام تعزز من مركز المرأة في الأسرة ومحاولة ضمان أكبر قدر من المساواة بينها وبين الرجل، فكان من مفرزاته تقييد تعدد الزوجات بشروط تلامس التعجيز علاوة على الزامية الحصول على ترخيص من القاضي، فلقد كانت هذه القضية محور جدال بين تيارين مختلفين، ينادي أحدهما بتشريع التعدد كما هو مسطر في الشريعة الإسلامية، وتيار تزعمته الجمعيات النسوية تطالب بإلغائه تماما لامتهان الرجال المعددين لكرامة المرأة. مثلما جاء في التوصيات المشتركة للقاء الحركة الجمعوية النسائية بالحكومة ممثلة بالوزيرة المكلفة بالأسرة سنة 1996 التي دعت إلى حظر تعدد الزوجات، بتفسير الآية القرآنية المنظمة له والمضيقه من نطاقه بهدف توطيد العلاقة الأسرية³.

¹ زكي علي السيد أبو غضة، المرأة في اليهودية والمسيحية والإسلام، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1424هـ/2003م، ص 310.

² كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2002، ص

³ ذكر توصيات لقاء الجمعوية النسائية بالحكومة، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006، ص 360.

وبما أن المشرع عمل على تقييد تعدد الزوجات بضرورة الحصول على إذن قضائي بعد توفر مجموعة من الشروط، لذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى مجمل هذه الشروط، والبحث فيما يتعلق بالإذن القضائي للتعدد.

أولاً: الشروط المسبقة لتعدد الزوجات

- 1- **شروط العدد:** يقصد بشرط العدد هنا هو عدم الزيادة على أربع، فهذا الشرط يجد تأسيسه في المادة 8 التي سمحت بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية دون تحديد العدد المسموح به، ومعلوم أن الشريعة الإسلامية لم تمنع التعدد ولم تبجعه على إطلاقه، بل وضعت حداً أقصى له، وحظرت الزيادة على أربع نسوة في وقت واحد، وهو ما أشرنا إليه في الفرع السابق حين تكلمنا عن مشروعية التعدد في الإسلام.
- 2- **وجود المبرر الشرعي:** حتى يستفيد الراغب في الزواج بأكثر من واحدة؛ ربط المشرع هذه الرغبة بوجود المبرر الشرعي دون تحديده عينا أو تحديد ماهيته، فإذا كانت إباحة التعدد في قانون الأسرة رغبة منه في عدم مخالفة النصوص القطعية التي أجازت التعدد في الشريعة الإسلامية، فإن الشريعة لم تربط هذه الإباحة بوجود مبرر أو اثباته أمام القاضي¹، في حين أن المنشور الوزاري التفسيري للمادة 8 من قانون الأسرة، تحت رقم 102-84 الصادر عن وزير العدل بتاريخ 23 ديسمبر 1984، اعتبر المبررات الشخصية الخاصة بالمرأة وحدها المبرر الشرعي للتعدد، وحصره في مرض الزوجة المزمن وفي العقم، رغم وجود العديد من المبررات الشرعية التي تدعوا معها الضرورة للجوء إلى التعدد²، مما يجعل القصد من عبارة المبرر الشرعي المبرر القانوني لا المبرر الشرعي الذي يتسع مفهومه ونطاقه في الشريعة³، لذلك وسع منشور وزاري آخر تحت رقم 14/85 من مفهوم المبرر الشرعي واعتبر من المبرر "حالات يقدرها القاضي، خاصة في حالة رضا الزوجة الأولى وللقاضي السلطة في أن يرخص بالزواج الثاني، أو أن يرفضه بمجرد أمر على ذيل عريضة قابل للطعن".

وبما أن كلا المنشورين قد جاء لرفع الغموض عن عبارة "المبرر الشرعي" للتعدد في قانون الأسرة 84-11، والمشرع أبقى على هذا الغموض حتى بعد صور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فإن المشرع لم يستحدث أحكاماً متعارضة مع المنشورين السابقين فيما "يخص المبرر الشرعي للتعدد"، ولم

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 176.

² ذكر المنشور الأستاذ محمد محدة، مرجع سابق، ص 393.

³ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، 2005، ص 76.

يلغي القانونين صراحة ولا ضمناً، فأحكام القانونين وفقاً للقواعد العامة لا تزال سارية المفعول طالما أن الإلغاء الضمني يكون في حالة استحالة الجمع بين قانونين متعارضين من حيث تعارض أحكام القانون القديم مع أحكام وقواعد القانون الجديد¹، لذا فالمبرر الشرعي للتعدد حسب المشرع الجزائري هو:

أ- **مرض الزوجة:** قد تصاب الزوجة بمرض يصعب أو يُستحال معه أداء واجباتها الزوجية، ويفقدها وظيفة الأمومة، فنكون بذلك أمام حالتين، إما أن يتمتع الزوج عن التعدد ويطلق من بعصمته، لعجزها عن أداء حقوقه وإدارة شؤون بيتها، أو يتحمل المشقة بالإبقاء على زواج فقد معناه، ولم يبق منه للرجل سوى تكاليف الخدمة البيئية التي تعوله وزوجته، فيكون الزواج بأخرى والإبقاء على زوجته المريضة في عصمته الحل الأنسب في هذه الحالة²، ويكون في التعدد هنا رفعا للغبن عن الزوج من جهة، وتقاديا للغبن الذي سيزيد على زوجته من جهة أخرى.

ب- **عقم الزوجة:** من المسلم به أن الإنسان قد جبل على حب البنين³، وأن التكاثر وحفظ النسل من مقاصد الزواج وأهدافه، لذلك فإن عقم الزوجة مع حظر الزواج بغيرها فيه من الإكراه على إمساكها أو تطليقها، عكس السماح بالتعدد الذي يحمل حلاً لحالتين لا شك أن الأخذ بهما إجحاف سواء في حق الرجل في الحصول على ذرية، أو في حق المرأة في البقاء مع زوجها⁴.

ج- **أسباب أخرى يقدرها القاضي:** ذكرنا أن المنشور الوزاري 14/85 وسع من مفهوم المبرر الشرعي للتعدد، وترك تقدير هذه الأسباب للقاضي شرط موافقة الزوجة الأولى، وبالتالي فإن تعدد الزوجات متروك لسلطة القاضي لتحديد ما إذا كان هنالك مصلحة أخرى، عند غياب مبرري المرض والعقم المنصوص عليهما في المنشورين الوزاريين.

كما أن على القاضي حين تقديره للمبرر الشرعي ألا يتوانى عن الإصلاح بين الزوجين، فقد يكون سبب طلب التعدد وجود نزاع عابر أو رغبة في الانتقال من الزوجة لسبب خلافي، فتكون مهمته هنا العمل على الإصلاح بين الزوجين⁵.

¹ المادة 2 من القانون المدني.

² عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، نهضة مصر، مصر، ط3، 2005، ص 73.

³ يقول تعالى في سورة الكهف، الآية 46 (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا).

⁴ محمد محدة، مرجع سابق، ص 394.

⁵ كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، ألفا للوثائق، قسنطينة، ط1،

2019، ص 32.

3- شرط نية العدل: يتفق هذا مع ما اشترطته الشريعة الإسلامية في حالة قيام التعدد فعلا، وبينت الجزاء الديني إذا لم يعدل الرجل بين زوجاته، إلا أنه لا يتفق معها باعتباره شرطا يتوقف عليه التعدد. فهدف المشرع هنا حماية المرأة وضمان حسن تطبيق نظام التعدد¹، غير أن التحقق العملي من نية العدل أمر صعب الوصول إليه، طالما أن النية أمر كامن في النفس التي يستحيل الاطلاع عليها، فقد يقدره القاضي وفقا ليسار الشخص وإعساره، بحيث يكون هذا الأمر قرينة على استطاعة الزوج واقتداره على نفقة وإعالة أسرته أو أكثر. أما المسائل اللاحقة التي يُتطلب العدل فيها كالمبيت وعدم التمييز في المسائل المالية، فلا يمكن للقاضي التحقق من وجودها، لاسيما أن العدل أمر مستقبلي يُعرف أثناء التعدد فعلا، لا قبله².

4- موافقة الزوجة السابقة واللاحقة: قيد المشرع إرادة الراغب في التعدد من خلال الفقرة الثانية للمادة 8، بضرورة إعلام رغبته لزوجته والمرأة التي يبغى الزواج بها مع الحصول على رضاها وموافقتها. وكان الغرض من هذا الشرط كي لا يحتج ويدعي أنصار الحرية والمساواة بأن التعدد هدم لمبدأ المساواة، لأن علم المرأة الثانية ورضاها لما هي مقبلة عليه، وقبول الزوجة الأولى به والتأكيد عليه لا يقلل من حريتهما في الاختيار والمساواة³.

ولضمان علم الزوجة والتأكد من رضاها بتعدد زوجها؛ فإنه يمكن للقاضي التنازل عن صلاحياته لمحضر قضائي بموجب أمر على عريضة وذلك في حالة تعذر حضورها الشخصي أمام القاضي لسبب جدي وفي حالات استثنائية كالمرض... فالأصل أن تأكد رئيس المحكمة من الموافقة يكون بحضور المعني شخصيا للتعبير عنها لما في ذلك من ضمانات للتأكد من الرضا الخالي من أي عيب من عيوب الإرادة⁴.

في نفس الوقت يرى البعض كالأستاذ فضيل سعد أن تعليق زواج الرجل بامرأة ثانية بمشيئة الأولى، له سند في الإسلام⁵، فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه منع علي بن أبي طالب من أن يتزوج

¹ محمد الشافعي، تعدد الزوجات في قوانين الأسرة لدول المغرب العربي، مجلة محاكمة، العدد الممتاز 7-8، المغرب، مارس 2010، ص 184.

² عبد السلام الزباني، تعدد الزوجات في الإسلام وموقف قوانين بعض الدول الإسلامية منه، مجلة الإحياء، تصدر عن الرابطة المحمدية للعلماء، ع13، يناير 1999، ص 283.

³ محمد محدة، مرجع سابق، ص 398.

⁴ كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، مرجع سابق، ص 38.

⁵ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1996، ص 30 وما يليها، مقتبس عن سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية: شرح قانون الأسرة، دار الألفية، قسنطينة، ط1، 2015، ص 59.

على ابنته فاطمة رضي الله عنها وفي رواية البخاري "أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال وهو على المنبر إن بني هشام بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب فلا آذن ثم لا آذن ثم لا آذن إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم فإنما هي بضعة مني يربيني ما أربها ويؤذيها ما آذاها"، ووضح النبي صلى الله عليه في رواية أخرى أن سبب المنع ليس تحريم للحلال، فيما روي عنه أنه قال "واني لست أحرم حلالاً، ولا أحل حراماً، ولكن والله لا تجمع بنت رسول الله وبنت عدو الله عند رجل أبداً" وفي رواية مسلم "مكاننا واحداً أبداً"¹، وهو ما يسد الطريق أمام من زعم أن هذا دليل على تحريم التعدد، والراجح أن ذلك من خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم لأن أدبيته متفق على تحريمها قليلة كانت أو كثيرة، لقوله أنه يؤذيه ما يؤذي ابنته فاطمة رضي الله عنها².

وبالرغم من أهمية هذا الشرط الذي يحمل في طياته نوع من التعجيز للراغب في التعدد، فأى امرأة ترضى أن يتزوج زوجها بأخرى؟ وهو ما يعطي انطباعاً أن المشرع ضيق من إمكانية التعدد لأبعد الحدود، دون أن ننسى أن المادة 8 والمادة 6/53 جعلت من التأسيس ضرراً يقع على كلا الزوجتين وسبباً من أسباب المطالبة بالتطليق؛ إلا أنه يلاحظ في نفس الوقت عدم توضيح المواد المنظمة للتعدد كيفية هذا الإعلام وإجراءاته، ففي ظل قانون الأسرة قبل تعديله، تدخلت النصوص التفسيرية لوزارة العدل من أجل وضع الإطار القانوني لكيفية التطبيق السليم لهذا الضابط من خلال المنشور الوزاري 84-102، وذلك بإلزام الموظف العمومي أو الموثق بالتأكد من رضا الزوجتين أثناء تواجدهما عند إبرام عقد الزواج، وتسجيل موافقتهما في صلب العقد، أو تسجيل اعتراض الزوجة السابقة ليكون ذلك حجة يرجع إليها عند التنازع، وفي الحالة التي يتعذر حضور الزوجة يجب إخطارها بالواقعة في أجل مناسب "بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة، بالتاريخ والمكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني.... فإذا حضرت واعترضت، سجل الموثق اعتراضها وإن تغيبت أثبتت غيبتها وأبرم العقد".

وما يثير التساؤل هنا، أن المنشور الوزاري 85-14 منح للقاضي سلطة الترخيص بالتعدد في حال غياب توافر شرطي المرض العضال أو العقم، وهي حالات يقدرها القاضي كمبرر شرعي، بعد أن يتحقق من موافقة الزوجة الأولى والمرأة التي ستكون زوجة ثانية، فهل الترخيص يكون في كل الحالات أم فقط في

¹ أحمد بن علي الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 9، كتاب النكاح، باب ذنب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف، ص 281.

² المرجع نفسه والصفحة.

حالة غياب المرض والعقم، ورفع الأمر الى القاضي للتحقق من "الحالات الأخرى" التي يقدرها على أنها مبرر شرعي للتعدد؟

فوفقا لأحكام المنشورين الوزاريين؛ يتبين أن القاضي لا يكون له أي دور في منح الإذن إلا في الحالة التي جاء بها المنشور 85-14 وهي الحالات التي يقدرها القاضي على أنها مبرر شرعي ببيح التعدد، أما في ظل الأمر 05-02، فالأمر منوط كلياً بالقاضي المختص بمنح الإذن القضائي، وهو ما سنتناوله في الشرط الموالي.

ثانياً: الحصول على إذن قضائي بالتعدد

بعد أن أجاز المشرع الجزائري تعدد الزوجات باجتماع المبرر الشرعي ونية العدل والحصول على موافقة الزوجة السابقة واللاحقة؛ ترك تحديد مدى توافر ذلك لجهة محايدة ممثلة في رئيس المحكمة لمسكن الزوجية، ومنحه المشرع سلطة أكبر في الترخيص بالزواج من عدمه. انطلاقاً من مدى إمكانية الزوج على العدل بين الزوجات، واعتماداً على المؤهلات البدنية والاقتصادية والاجتماعية¹، التي يجتهد الزوج في تقديم ما يثبت ملازمتها لحياة التعدد.

كما أن رفض طلب الإذن غير قابل لأي طعن لدخوله ضمن الأعمال الولائية للقاضي، وبذلك يكون شرط التصريح بالتعدد منوطاً بالقاضي حتى مع موافقة الزوجة السابقة واللاحقة²، وهنا يكون المشرع قد وافق الآراء التي دعت لتقييد التعدد تأسيساً على قاعدة تقييد ولي الأمر للمباح، وتجنب وقوع الزوج في الظلم الذي يقع على المرأة وكرامتها.

وبالرغم من هذه الترسانة من الإجراءات والشروط التي قيد بها المشرع تعدد الزوجات، إلا أنه لا يوجد أي جزء يقع على المتحايين على القانون بالهروب إلى الزواج العرفي، الذي يدفعهم إليه عجزهم عن توفير الشروط الكاملة للتعدد أو عدم الحصول على موافقة الزوجة عليه، لذا فتقييد التعدد بهذه الشروط التعجيزية رغم الانحسار التدريجي للظاهرة في مجتمعنا المعاصر يساهم في هشاشة بعض الأسر، وما يصاحب ذلك مشاكل ومخاطر الزواج العرفي غير الموثق، علاوة على أن تعليق التعدد على ضرورة الحصول على الترخيص القضائي يصير دون جدوى في حالة اللجوء إلى الزواج العرفي ومن ثم توثيقه بحكم قضائي طبقاً لأحكام المادة 19 من قانون الأسرة.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، مرجع سابق، ص 191.

² عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 92.

من جهة أخرى، فالتضييق والتشديد التشريعي لإباحة التعدد قد يحرم الكثير من النساء من حقهن في الحصول على حياة زوجية خاصة النساء المتقدمات في العمر اللاتي تلجأن بنسبة أكبر إلى التعدد وفقاً لما أثبتته الواقع.

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من القوانين العربية مضت نحو التضييق على دائرة التعدد، لعل أبرزها القانون المغربي الذي عمل على تنظيمه بإدراج قواعد تفصيلية له وعمل على تقييده وتقليص مجال ممارسته، بسبب الحركات النسوية التي طالبت بمنعه كلياً لمخالفته للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المغرب، وكذا للسجل المجتمعي القوي الذي نتج عن ما يسمى بخطة إدماج المرأة في التنمية¹، التي ألفت بتأثيرها على قانون الأسرة الجديد بالمغرب²، وأضحى التعدد ممنوعاً إذا خيف عدم العدل بين الزوجات أو أن يكون التعدد قد حسم منذ البداية وذلك باشتراط الزوجة عدم التزوج عليها³، ولا يباح حسب المادة 41 إلا بإذن من القضاء بوجود مبرر شرعي استثنائي الذي يقع اثباته على الزوج والمحكمة، التي تقدره وتكيفه مع توفر الإمكانات المادية لإعالة أسرتين وبموافقة الزوجة المراد الزواج عليها⁴، ويرفض طلب التعدد إذا تأكد للقاضي عدم قدرة الزوج على الإنفاق على زوج ثانٍ وعدم قدرته على المساواة في جميع أوجه الحياة بعد التحري عن حالته المادية⁵.

وخلافاً لما هو عليه في الجزائر رتب المشرع المغربي المسؤولية الجزائية في حالة التدليس، بأن يقدم الزوج معلومات خاطئة حول عنوان الزوجة أو تحريف اسمها عنوة لأجل الحيلولة دون تسلمها لاستدعاء المحكمة للتحقق من موافقتها⁶.

¹ سمية بن خلدون، آثار ومطالب اتفاقيات ومؤتمرات المرأة الدولية على المغرب، أوراق عمل مؤتمر: اتفاقيات ومؤتمرات المرأة الدولية وأثرها على العالم الإسلامي، مركز باحثات لدراسات المرأة، المنامة، أبريل 2010، ص 229.

² رفع الاتحاد النسائي للعمل في 7 مارس 1992 عريضة بمليون توقيع لأجل تعديل مدونة الأحوال الشخصية، كانت مطلبها الرئيسي مساواة الرجل بالمرأة في الحقوق والواجبات، وإلغاء تعدد الزوجات، أنظر في ذلك:

- Souad Eddouada, *Feminism in Morocco: Between the Local and the Global*, SUR-Int'l J. on Hum Rts, vol. 13, no 24, 2016, p67.

³ الفصل 40 من مدونة الأسرة المغربية.

⁴ ويتحقق من موافقتها بعد استدعائها شخصياً وفقاً للمادة 43 من مدونة الأسرة.

⁵ سهيل عبد الله، تعدد الزوجات بين قانون الأحوال الشخصية و مدونة الأسرة، أعمال الندوة الوطنية: مدونة الأسرة بين النص والممارسة - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب، يناير 2006، ص 42.

⁶ الفصل 43-3 من مدونة الأسرة، التي تحيل إلى تطبيق المادة 361 من قانون العقوبات المغربي. القانون رقم 70.03 المتضمن مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1421 (5 فبراير 2004) ص 418.

أما بخصوص القوانين التي منعت التعدد، فهو ما اختصت به مجلة الأحوال الشخصية التونسية باعتبارها القانون العربي الوحيد الذي منع التعدد مطلقاً، حيث عمد المشرع إلى منع تعدد الزوجات بالفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية، لاعتبار الحكومة التونسية وأطراف عديدة من المجتمع التونسي أن التعدد فيه من تمييز بين الرجل والمرأة وتأسيساً على عدم إمكانية العدل بين الزوجات مما يؤدي في غالب الأحيان إلى إقامة مجتمع هش، علاوة على اعتباره امتيازاً لصالح الرجل يضعه وفي وضع أعلى بالنسبة للمرأة ومنافياً للمساواة في الكرامة بين الزوجين، وهو ما لقي ترحيباً خاصة من الحركة النسوية لما شكله في نظرهم خطوة إيجابية لتحرير المرأة في تونس، لذلك تم رفض أي حلول بديلة بإدراج استثناء يبيح التعدد عند تقنين مجلة الأحوال الشخصية¹، وأضحى التزوج بثانية وفقاً لنفس الفصل 18 جريمة يعاقب عليها القانون بعام سجن وخطية (غرامة) مالية قدرها مائتان وأربعون ديناراً أو إحدى العقوبتين.

الفرع الثالث

التعدد وحق المرأة في المساواة بالرجل في القانون الدولي

رغم عدم تعرض الميثاق الدولي صراحة لتعدد الزوجات، إلا أنه صار شائعاً في القانون الدولي لحقوق الإنسان من خلال التقارير والتوصيات، أن تشريع التعدد يعد انتهاكاً لحق المرأة في المساواة بالرجل، وهو ما يظهر من توصيات وتقارير لجان الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان والمرأة.

أولاً: موقف القانون الدولي من تعدد الزوجات

تضمنت العديد من الميثاق الدولية أحكام تقر بالمساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، إلا أنها لم تحضر صراحة تعدد الزوجات، ولأن أحكام الميثاق الدولية ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، نصت على الحق في الزواج دون تمييز بين الجنسين وعلى قدم المساواة، مما يوحي بأن الدول الأعضاء قد تحضر أو تسمح بتعدد الزوجات دون خرق لأحكام تلك الميثاق والمعاهدات².

¹ Sahidatul Chusnayaini Ayyus, Dynamics of Tunisian Polygamy Law in Gender Perspective, Jurisdiction vol. 5, no 2, 2014, p 133-135/ Jaouida Guiga, Le code du statut personnel symbole de l'émancipation de la femme tunisienne, RJL, N° 9, 1996, p7 /

- ساس بن حليلة، قانون العائلة بين التطور والجمود، مجلة دراسات قانونية، ع8، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، 2011، ص 36.

² Ruth Gaffney-Rhys, Polygamy: A Human Right or Human Rights' Violation?, Women in society, Vol. 2, 2011, p 3.

- كما أشار كما أشار بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في مادته 6/ج إلى ضرورة تشجيع الزواج الأحادي باعتباره الشكل المفضل للزواج.

غير أن الحاصل في الفقه القانوني الدولي هو التوافق المتزايد على أن تعدد الزوجات لا ينتهك فقط حق المرأة في المساواة لأنه مقتصر على الرجل، بل يتعداه إلى انتهاك حقها في التحرر من العديد من أشكال التمييز، وذلك بالتعدي على العديد من حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها في القانون الدولي، كالتعدي على حق المرأة في الكرامة والاحترام، وفي هذا الصدد يقول أحد الباحثين القانونيين وهو "سيباستيان بولتر Sebastian Poulter" - "بما أن نظام التعدد يمنح للزوج عدة زوجات في الدول الأفريقية وعند المسلمين فهو تمييز جنسي في الاحترام، لأنه يسمح للرجل بزوجتين، ولكنه لا يسمح للزوجة بأن يكون لها زوجان، مما يعطي الزوج الحق الحصري في تغيير الحياة الأسرية لزوجته أو زوجاته من جانب واحد"¹.

ويتضح الموقف المعادي للجان حقوق الإنسان لتعدد الزوجات من خلال تعليقاتها وتوصياتها باعتباره أمراً ينتهك معايير حقوق الإنسان، وتحديدًا حق المرأة في المساواة وعدم التمييز، على الرغم من عدم النص على ذلك صراحة في نصوص الاتفاقيات، فهو ينتهك في نظرها الحقوق التي ينبغي حمايتها بموجب المعاهدات التي تشرف عليها، وربطه بمعيار أساسي وهو التمييز على أساس الجنس، وهو ما يتجلى في التعليق العام رقم 28 للجنة حقوق الإنسان في فقرته 3 المتعلقة بالمساواة في الحقوق بين الرجال والنساء بنصها على "أن المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالحق في الزواج تعني أن تعدد الزوجات لا يتفق مع هذا المبدأ" واعتبرته انتهاكاً لكرامة المرأة، "ويمثل تمييزاً غير مقبول ضدها"، لذا ينبغي إلغاءه بصفة عالمية².

وإلى نفس الأمر أشارت بوضوح التعليقات والتوصيات التي قدمتها اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة التي دعت إلى حظر وتثبيط تعدد الزوجات من أجل ضمان الامتثال الكامل لأحكام الاتفاقية، لا سيما الفقرة 14 من التوصية العامة رقم 21، التي اعتبرت أن التعدد مخالفاً لحق المرأة في المساواة بالرجل، وبالتالي فالاتفاقية شأنها في ذلك شأن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، أدانت تعدد الزوجات لاعتبارها أنه يربط أثاراً اجتماعية وعاطفية واقتصادية خطيرة على النساء والأطفال³.

¹ Samuel Chapman, polygamy, Bigamy and Human Rights law, Xlibris Corporation, Canada, 2001.p 67.

² اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، التعليق العام رقم 28 المادة 3 (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء)، مرجع سابق، الفقرة 24.

³ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، مرجع سابق، الفقرة

لذا فحظر تعدد الزوجات في القانون الدولي يجد تأسيسه في المبادئ الأساسية التي تبنتها الصكوك الدولية لحقوق الإنسان لا سيما حق المرأة في المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية وعدم التمييز، وهو ما يعكس الهيمنة الغربية وتوجهات الحركة النسوية خاصة فيما يتعلق بصياغة توصيات لجان متابعة تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان والمرأة.

ثانيا: موقف لجان متابعة الاتفاقيات الدولية من التعدد في قانون الأسرة الجزائري

ثبت لنا من خلال البند السابق أن تعدد الزوجات من منظور القانون الدولي يشكل انتهاكا لحقوق المرأة المحمية بموجب المواثيق الدولية لا سيما الحق في المساواة وعدم التمييز؛ وفي المقابل لم يحضر المشرع الجزائري التعدد بصفة مطلقة بل عمد إلى التضييق من مجال ممارسته من خلال المادة 8، وتقييده بشروط تقلل من وقوعه بالرغم من أن نسب التعدد في تضاؤل مستمر في الجزائر.

وبالرغم من هذه التعديلات المدرجة سنة 2005، إلا أن لجان الرصد المنشأة بموجب الاتفاقيات الدولية ترى في الإبقاء التشريعي على نظام التعدد بأي حال من الأحوال من قبيل التفريق في المعاملة بين الرجل والمرأة، ومن الأعمال التمييزية ضدها. لذا لا تزال تبدي قلقها بشأن الإبقاء على تعدد الزوجات، ابتداءً من اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بمناسبة إبداء ملاحظاتها الختامية، حيث اعتبرت أنه بالرغم من التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة الجزائري إلا أنه لا يزال يسمح بتعدد الزوجات، لذا أوصت اللجنة الجزائر بإجراء تعديلات إضافية تمنع تعدد الزوجات بصفة نهائية¹.

ولم يختلف الأمر عند لجنة اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث أبرزت الجزائر في ردها ضيق نطاق التعدد في المجتمع الجزائري واصفة وجوده بالحالات الاستثنائية، علاوة على إبراز زيادة التضييق عليه من خلال التقليل من اللجوء إليه بإضافة شروط مشددة زادت من صعوبة ممارسته²، وعلى الرغم من خضوع تعدد الزوجات لقيود مشددة تحد من نطاقه بموجب المادة 8، وثناء اللجنة على ما اعتبرته "الالتزام بالتحسين التشريعي بما يتوافق مع أحكام الاتفاقية وتنفيذها بشكل كامل"، إلا أنها لا تزال ترى في الإبقاء على التعدد في أي تشريع وطني تعارضا مع نصوص الاتفاقية في المساواة التامة في الزواج وحقوقه

¹ اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادتين 16 و 17 من العهد، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشأن الجزائر، مرجع سابق ص 5.

² التقرير الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 19.

وواجباته، لذلك لم تغير من موقفها حول كون التعدد من قبيل الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة بتكريسه على حد تعبيرها "مركزا قانونيا منقوصا للمرأة"، وعليه أوصت اللجنة مجددا بحضر تعدد الزوجات ممارسة وقانونا وفقا للتوصية العامة رقم 21 المشار إليها سابقا¹.

المبحث الثاني

المساواة بين الزوجين في آثار عقد الزواج

إذا ما تم عقد الزواج صحيحا وفقا لما يتطلبه القانون للطبيعة النظامية لعقد الزواج التي يحدد القانون أركانه وشروط انعقاده؛ فإن عدة نتائج قانونية تترتب على عقد الزواج وتنظم العلاقات الشخصية المادية والمالية بين الزوجين وهو ما يعرف بالحقوق والواجبات، والتي اتجه المشرع الجزائري بخصوصها الى إحداث تقارب أكبر بين المركز القانوني للزوجين في التعديل الأخير لقانون الأسرة، ومحاولة لتبني وإدخال "مبدأ التعاون المشترك" فيما يخص الحقوق والواجبات المادية بين الزوجين، باعتباره مظهرا من مظاهر المساواة التي تنادي بها المواثيق الدولية أثناء العلاقة الزوجية.

وإذا كان الأصل في هذه الآثار أنها تكون بحكم الشارع؛ بما رتبته القانون والشرع من آثاره الملزمة للطرفين، فإن المشرع سمح بتبني الشروط الاتفاقية في عقد الزواج شرط ألا تتنافى مع طبيعة عقد الزواج ومقاصده الشرعية والقانونية².

وبناءً على ذلك، سنتناول بالتقسيم هذه المسائل من خلال هذا المبحث، بالتركيز على الحديث عن المساواة في الحقوق والواجبات الزوجية ومسايرة المشرع للمواثيق الدولية والاستثناءات الواردة على ذلك في المطلب الأول، ويليه الحديث عن تحقيق التساوي بين الزوجين في اشتراط الشروط في المطلب الثاني.

¹ الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع

المقدم من الجزائر، الدورة 51، CEDAW/C/DZA/CO/3-4، ص 16.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 305.

المطلب الأول

المساواة في الحقوق والواجبات الزوجية

بعد أن حددت المواثيق الدولية نطاق المساواة بين الجنسين لدى انعقاد الزواج وشددت على ضرورة تبني تلك الأحكام في التشريعات الوطنية، ركزت على ضرورة كفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما فترة قيام الزواج وسريانه، وهو ما تبناه قانون الأسرة الجزائري حيث وسع من مجال المساواة بعد تعديله من خلال إعادة تنظيمه للعلاقة الزوجية واضفاء مفهوم جديد قائم على الشراكة والتعاون في تسيير شؤون الأسرة، مع استثناءات على مبدأ المساواة بالإبقاء على التمايز بين الزوجين في الحقوق والواجبات المالية، وهو ما أحدث اضطراباً في التوازن بين الحقوق والواجبات من حيث التقابل والتبادل، بسبب التمييز الإيجابي لصالح المرأة، حيث خالف المشرع أحكام الشريعة الإسلامية في بعض المسائل الخاصة بالمرأة وأسقط حقوقاً كانت مكفولة للزوج بما قلص من مفهوم رئاسة العائلة، وواجبات كانت تلتزم بها الزوجة كمقابل لواجبات الزوج نحوها.

الفرع الأول

إنهاء التفاضل بين الزوجين في الحقوق والواجبات المعنوية

عد المشرع من خلال قانون الأسرة الجديد إلى إعادة تنظيم حقوق وواجبات الزوجين وتشييدها على أسس وأحكام مشتركة من خلال تعديل المادة 36 و37 وإلغاء كل من المادتين 38 و39، التي كانت تميز بين الحقوق والواجبات المشتركة وحقوق وواجبات كل زوج تجاه الآخر بصفة منفصلة، وتمنح سلطة تسيير ورعاية شؤون الأسرة للرجل، سالكا نهجا جديداً يتماشى مع فلسفة المواثيق الدولية في المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات ورعاية شؤون الأسرة لا سيما الفقرة الأولى -بند ج و د- من المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، دون إنكار دور الضغوطات الداخلية.

أولاً: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

ألزمت مختلف المواثيق الدولية لحقوق الإنسان الدول الأطراف بأن تضمن التساوي الكامل بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات وتسيير شؤون الأسرة، ورفع كل التمييز الواقع على المرأة في هذا المجال، والذي يجد أساسه وتنظيمه من الدين والأعراف.

فلقد رفضت المواثيق الدولية أي تمايز بين المراكز القانونية للزوجين أثناء سريان العلاقة الزوجية، ودعت في أحكامها إلى تحقيق التوازن في الحقوق والواجبات بمنح المرأة نفس الحقوق والمسؤوليات القانونية

التي تنشأ بموجب القوانين المنظمة للزواج على قدم المساواة مع الرجل، بداية من المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا المادة 4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية¹، وكذا في ديباجة اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، التي نصت على ضرورة العمل على إقرار المساواة الكاملة في الحقوق بين الرجل والمرأة أثناء قيام العلاقة الزوجية.

كما لا تعترف اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة بأي فروقات في الحقوق والمسؤوليات الممنوحة للرجل والمرأة، ومنه وجوب تغيير الصورة المتصلة بالأعراف الاجتماعية والثقافية التي ينظر إليها للرجل والمرأة في مسؤوليتهم الأسرية، بحيث نص كل من البند "ج/د" من المادة 1/16 من الاتفاقية على القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وذلك بأن تضمن الدول الأطراف للمرأة على أساس المساواة "نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه من خلال الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، وفي كل الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال لاسيما فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية عليهم".

وقد بينت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان فيما يخص المادة 4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أنه 'يتعين أن يتمتع الزوجان أثناء الزواج، بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات داخل الأسرة، وتمتد هذه المساواة إلى جميع المسائل المترتبة عن الرابطة الزوجية، مثل اختيار المسكن، وإدارة شؤون البيت، وتعليم الأولاد، وإدارة الأموال'².

وعادت اللجنة وأكدت على ذلك في تعليقها العام رقم 28 وفق الخبرة التي اكتسبتها من أنشطتها على كفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما، من خلال إشراك الزوج والزوجة في المسؤولية والسلطة دون تمييز وعلى قدم المساواة في إطار الأسرة³.

¹ تنص المادة 4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم".

² الفقرة 8 من المادة 4/23 / أمير فرج حسين، موسوعة حقوق الإنسان طبقاً لأحدث الاتفاقيات والمواثيق والاعلانات والبروتوكولات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2008، ص 583.

³ اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية الدورة الثامنة والستون (2000) التعليق العام رقم 28، مرجع سابق، الفقرة 25.

ولأن المساواة في الحقوق والواجبات المترتبة عن الزواج من المسائل التي تثير الكثير من الجدل انطلاقاً من الدفاع عن حقوق المرأة، وقدما لما يوصف بالتمييز ضدها¹، وهو ما يظهر على المستوى التشريعي الداخلي للدول؛ لاحظت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة اعتماد العديد من الدول في تنظيم حقوق ومسؤوليات الشريكين في الحياة الزوجين على القوانين الدينية والعرفية بدلا من الامتثال للمبادئ الواردة في الاتفاقية، لذا أعربت عن قلقها من العواقب التي تتأثر بها المرأة، إذ ترى أن تلك الأحكام المطبقة تقيد حقوق المرأة في التساوي في المركز والمسؤولية أثناء الزواج باعتماد التقسيم التقليدي بين الأدوار، الذي يمنح الرجل مركز رئيس الأسرة ويجعله المسؤول الأول عن اتخاذ القرارات وهو ما يخالف أحكام الاتفاقية².

ولم يكن قانون الأسرة الجزائري في منأى عن ملاحظات اللجنة، حيث أعربت من خلال توصياتها قبل تعديل قانون الأسرة، عن استمرار ما وصفته "بالممارسات التمييزية وقوة المواقف المقولبة"، التي تؤثر سلبا على تمتع المرأة بحقوقها المتعلقة بالأدوار والمسؤوليات داخل الأسرة، وهو ما يعيق التطبيق الكامل للاتفاقية، لذلك أوصت الجزائر "بتكثيف جهودها لتغيير تلك المواقف المقولبة والقواعد التقليدية في أدوار الرجل والمرأة ومسؤولياتهما داخل الأسرة"³.

وتبعا لهذه الالتزامات الدولية والضغطات الداخلية التي مارسها التيار الرافض للتمايز بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات؛ جاء في مشروع لتعديل قانون الأسرة مقدم من الجمعيات النسوية بعنوان "من أجل حق المرأة في العائلة"، والتي كان ضمن مطالبه إقرار الرعاية الأسرية المشتركة للزوجين دون تخصيص أو تقسيم للمهام⁴؛ جاء تعديل قانون الأسرة ليدعم إلى حد ما أوجه المساواة في الحقوق والواجبات، ومكرسا ما يعرف "بمبدأ التعاون المشترك" المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي الذي ألغى سنة 1970 مفهوم "رب العائلة"، وهو توجه يرمي إلى منح المرأة حق التعاون وجعلها عنصراً مساويا للرجل لا عنصراً ثانويا، لتحقيق التوازن داخل الأسرة الذي كان يغلب عليها سيطرة الرجل سواء على المرأة أو حتى الأطفال⁵، هو المبدأ الذي يساير مبادئ وأحكام المواثيق الدولية.

¹ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول-الزواج، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1436هـ/2015م، ص 380.

² لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 17.

³ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28 يناير 2005، التعليقات الختامية بشأن الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/DZA/CC/2، ص 6.

⁴ الجمعية الوطنية للمرأة في اتصال، نشرة إعلامية خاصة بتعديلات قانون الأسرة، 1998، ص 2.

⁵ جلول شليبي، واجب التعاون بين الزوجين، رسالة تخرج من المعهد الاعلى للقضاء، تونس، 1995، ص 43.

ومن خلال ذلك جاء في تقرير الجزائر، أن قانون الأسرة بموجب المادة 36 أضحى ينص على الواجبات المشتركة بين الزوجين، وحذف كل مفهوم أو واجب يخل بذلك كمفهوم الطاعة¹، وكرست المادة 36 التعاون الفعلي والمشارك بين الزوجين حيث أضاف المشرع بموجبها واجبات جديدة، وساوى بين مركزيهما داخل الأسرة وحملهما نفس الحقوق والواجبات، لذلك سنتطرق إلى هذا التقسيم الجديد المبني على مبدأ المساواة في المعاملة في الحقوق والمسؤوليات.

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجب الحياة المشتركة

جاء التصنيف على هذا الواجب بشكل عام دون التفصيل في الواجبات المشتركة للزوجين، ويمكن القول بأن هذه الواجبات، هي الواجبات التي يبيحها عقد الزواج ويتحقق بها المقاصد التي شرع الزواج من أجلها، وهي تكاد تنحصر في حل الاستمتاع بين الزوجين أو ما يعرف بمباشرة الفعل الحميمي، الذي يتحقق به مقصد "حفظ البضع" أي الفرج، والمساكنة الشرعية، والتي تجد لها إشكالات وتضاربا في المفاهيم مع مبادئ المساواة في الوثائق الدولية لحقوق الإنسان.

أ- حل الاستمتاع بين الزوجين: وهو الحق الأصلي المشترك بين الزوجين وفق ما يقتضيه الطبع الإنساني في ميول كل جنس للآخر، ولا يباح إلا للأزواج²، مصداقا لقوله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)³، وعليه فهذا الحق مكفول للمرأة كما هو للرجل دون تمييز، وإذا منعت منه جاز لها طلب التطليق للهجر في المضجع وفقا لأحكام المادة 53 ق.أ.

ونشير هنا إلى أن قضية المساواة بين الزوجين في مباشرة الفعل الحميمي، أضحت تطرح إشكالات عند عدم رضا وقبول الطرف الآخر لاسيما المرأة، وصارت تكيفها التيارات المتطرفة المناصرة لحقوق المرأة على أنها "اغتصاب زوجي". الذي يجد له تأسيسا في المساواة المطلقة بين شريكي عقد الزواج، حيث تشدد هذه الرؤى على تجريم كل اعتداء لأحدهما على إرادة الآخر وقبوله الانخراط في الممارسة الجنسية بشكل

¹ التقرير الجامع للتقريرين الدوريات الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 18.

² عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 182.

³ سورة المؤمنون، الآية 5 و6.

طوعي ورضائي، وإبداء كل منهما لرغبته وموافقته المسبقة قبل الشروع في العملية الجنسية¹، ولو كان دون عنف بدني أو جرح ينتقل بالفعل الى مصاف العنف الزوجي والمسؤولية الجنائية.

لا ريب أن إدخال كل مباشرة للفعل الحميمي أو بعبارة أخرى واقعة الرجل لزوجته دون رضاها ضمن دائرة التجريم هو هدم لفكرة الزواج، فالعلاقة الجنسية في الزواج ما شرعت إلا لإحصان الزوجين وتقادي الوقوع في الرذائل والتهيه في العلاقات المحرمة، وهو ما باتت تتبناه بعض الحركات النسوية ولجان حقوق الإنسان، هذه الأخيرة التي أصبحت تطالب الدول بتبني مصطلح الاغتصاب الزوجي والعقاب عليه في التشريعات الجنائية، وهو ما طالبت به لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الجزائر كي تُضمن الاغتصاب الزوجي ضمن مفهوم جريمة الاغتصاب التي ترتكب دون موافقة الشخص في قانون العقوبات².

واتجهت العديد من التشريعات الأوروبية صوب تجريم لجوء أي من الزوجين إلى ممارسة العلاقة الشرعية دون إبداء الطرف الآخر موافقته المسبقة، وهو ما سنتناوله أكثر تفصيلا عند تطرقنا إلى المساواة الجنائية بين الزوجين في الباب الثاني من هذه الدراسة.

ب- المساكنة الشرعية: لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة المساكنة، بل تعرض في المقابل إلى واجب المعاشرة بالمعروف، وطالما أن المعاشرة بالمعروف تتطلب وجود السكن الذي يستقر فيه الزوجان، والمعاشرة لا تتم بدونها، وبما أن المعاشرة تكون أثناء الحياة الزوجية والاختلاط والتعايش والمعاملات اليومية، تكون المساكنة وسيلة لتحقيق العشرة الزوجية وفرع من فروعها.

والمقصود بالمساكنة؛ التزام المسكن المشترك للزوجين والاستقرار به. أو هي حق كل من الزوجين على الآخر في أن يساكنه في نفس بيت الزوجية³، إذ تعد المساكنة الشرعية أهم أثر لعقد الزواج لاحتوائها على الحياة الزوجية وخصوصياتها. وتعني أيضا "المساكنة القانونية" أي المساكنة في إطار عقد الزواج

¹ عبد العلي عدنان، المساواة بين الزوجين في مباشرة الفعل الحميمي بين المرجعية الدينية والأفاق الحقوقية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع 122-123، ماي 2015، المغرب، ص 247.

² الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر، الدورة 51، مرجع سابق، ص 10.

³ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 479.

المستوفي لشروطه القانونية¹، وهو ما يميزها عن المخادنة أي المساكنة غير الشرعية التي تتم دون عقد زواج صحيح.

ويغلب في المساكنة الجانب الروحي لقوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً)²، جاء في التفسير الميسر: "من آياته الدالة على عظمته وكمال قدرته أن خلق لأجلكم من جنسكم - أيها الرجال - أزواجًا لتطمئن نفوسكم إليها وتسكن، وجعل بين المرأة وزوجها محبة وشفقة"³.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة 4 من المادة 15 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، نصت على أحقية المرأة في اختيار مكان إقامتها و مسكنها⁴، وهو ما تحفظت عليه الجزائر لتعارض المسألة مع أحكام قانون الأسرة الذي يلزم المرأة المتزوجة بالإقامة في مسكن الزوجية، وما يثير استغرابنا أن رد الجزائر جاء مخالفا لما هو واقع في المجتمع الجزائري وحتى قانون الأسرة، حيث جاء في تقريرها بخصوص الفقرة 4 من المادة 15 من الاتفاقية، أن اختيار مكان المسكن أو الإقامة في ظل الزواج قد ترك تقريره لتقدير الزوجين عند إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة⁵، والمقصود هنا الاشتراط في عقد الزواج، أي أنه يمكن للمرأة حسب هذا الرد أن تشتترط على زوجها الإقامة في منزل منفصل عن زوجها أو العكس، وهو لا شك مخالف لمقتضيات عقد الزواج ومقاصده طبقا للمادة 33 من ق.أ.

ويضيف تقرير الجزائر ادعاء آخر باطل، بنصه على أنه "في واقع الحياة اليومية أصبح هذا التحفظ بدون مفعول، وبسبب التحولات الاجتماعية والاقتصادية، يُضطر ماديا العديد من المتزوجين إلى عدم التعايش في نفس المسكن نتيجة لبعدهم مقر عمل القرين"⁶.

¹ فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، مجلة القضاء المدني، السنة 3، ع 6، المغرب، خريف 2012، ص 252.

² سورة الروم، الآية 21.

³ التفسير الميسر، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ط 2، 1430هـ/2009م، ص 406.

⁴ الفقرة أيضا تمنح للمرأة أو الفتاة حق السكن بعيدا عن والديها، وهو محاكاة للمجتمع الغربي ومدعاة للانحراف.

⁵ التقرير الجامع للتقريرين الدوران الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 17-18.

⁶ التقرير الجامع للتقريرين الدوران الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 16.

2- واجب حسن المعاملة

يعد واجب حسن المعاملة أهم واجب تبادلي مفروض على الزوج تجاه زوجته الآخر، فهو واجب مفروض على عاتق كل زوج مثلما هو حق له يلتزم به الطرف الآخر. لذلك أضاف المشرع حق المعاشرة بالمعروف ضمن المادة 36 بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة، مستدركا بذلك إغفال أهم حق من الحقوق الزوجية¹.

إن هذا الحق يجد أهميته في قوله تعالى (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)²، ويقول ابن كثير في تفسيره بشأن المقصد من ذلك "أي طيبوا أقوالكم لهن، وحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم كما تحب ذلك منها، فافعل أنت بها مثله"³.

فالمعاشرة بالمعروف مرتكز أساسي للعلاقات الأسرية في الشريعة الإسلامية، ومن الملفت للانتباه أن الأمر القرآني "بالمعروف" في العلاقات الأسرية تكرر أربعاً وعشرين مرة وهو ما يوحي التشديد في إلزامية تطبيقه⁴، ومعالماً إحسان الزوج معاملة زوجته ورعايتها رعاية حسنة، يقابل ذلك طاعة المرأة لزوجها⁵.

وتظهر قيم العدل والمساواة في هذا الحق بإدراجه ضمن التقسيم الجديد للحقوق والواجبات، حيث أن المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة لمقابلة كل من الرجل والمرأة، وعدم الإضرار بالطرف الآخر مادياً ومعنوياً، لتجاوز العقلية التي تضع المرأة في درجة أدنى من زوجها في المعاملة، وتجعل الرجل يتحكم وحده في كيفية المعاملة وأحياناً دون التحلي بالضوابط الدينية والأخلاقية.

3- التعاون المشترك والتشاور في تسيير شؤون الأسرة ورعاية الأولاد

يعكس هذا الواجب أهم مظهر من مظاهر المساواة، بحيث تضعف معه سلطة الرجل في رئاسة الأسرة بإشراك المرأة في المساهمة في تسيير شؤون الأسرة وتعزيز دورها الإيجابي، إلا أن ذلك لا يتطلب

¹ سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص 55.

² سورة النساء، الآية 19.

³ عماد الدين اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، مرجع سابق، ص 242.

⁴ أحمد الخليلي، حقوق الرجل والمرأة بين الرؤية الإسلامية والرؤية السائدة في ثقافة المجتمع الإسلامي، مجلة الواضحة،

ع2، 1425هـ، 2004م، دار الحديث الحسنية، الرباط. <http://www.edhh.org/wadiha/index.php/magazine-2>

⁵ عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 293.

تقاسم هذا الدور مناصفة بغية تحقيق المساواة لاستحالة ذلك، فالمقصد منه هو التقليل من السلطة المطلقة للرجل وهيمنته على تسيير شؤون الأسرة والتفرد باتخاذ القرارات وإقصاء الزوجة تماما دون الرجوع إلى رأيها والتشاور معها، وهو ما فيه من الإجحاف والظلم للمرأة، الأمر الذي كان سائدا في المجتمع الجزائري إلى وقت قريب خاصة في المناطق الريفية التي لا تزال تشهد مثل هذه الممارسات.

وإذا كان هذا التقسيم قد سلب الرجل حق رئاسة العائلة، إلا أننا نرى أن هذا السلب لا يتجاوز نصوص القانون، دون أن يصل هذا السلب إلى الواقع المعيشي، استناداً على الخصوصية الثقافية للمجتمع الجزائري، وما جاء في القانون هو رغبة في دعم مركز المرأة في تسيير شؤون الأسرة ورفع الغبن عنها بتهميش دورها الأسري.

ومن بين ما أهم ما يدخل في التعاون المشترك على مصلحة الأسرة، أن تُحفظ أموالها ولا تبذر وتبدد عبثاً، وأن تحفظ أعراضها بحفظ أسرارها ودفع كل الظنون والشكوك التي تعصف بها وباستقرارها¹.

كما نصت المادة 36 على التشارك في تربية وتنشأة الأولاد واعتبارها مسؤولية مشتركة بين الزوجين، وكذا مسؤولية الإشراف عليهم، وهو ما يتفق مع فلسفة المواثيق الدولية التي لطالما حاربت النظام "الأبوي Patriarch- الذي يجعل الأب هو الذي يمتلك ويتحكم في الأسرة بدلا من التعاون والمساواة²، وفي هذا السياق حثت لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة بخصوص تقاسم الحقوق والمسؤوليات الأبوية المنصوص عليها في المادة 16³، على أن تكفل قوانين الدول الأطراف للأبوين تقاسم الحقوق والمسؤوليات تجاه أطفالهما، وتعزيز هذه المشاركة قانونا وعند الاقتضاء من خلال المفاهيم القانونية المتمثلة في القوامة وولاية الأمر والوصاية والتبني⁴.

¹ محمد محدة، مرجع سابق 351.

² يجد النظام الأبوي أصله في للبطريركية هو مصطلح يوناني قديم ويعني: ' حكم الأب '. في الأصل استخدمت هذه الكلمة لتعني جمعيات الرعي في العهد القديم حيث كانت سلطة الأب على أفراد الأسرة مطلقه، والنظام الأبوي يستخدم هذا المصطلح للإشارة إلى هيمنة الذكور على كل الميادين وتبعية المرأة للرجل.

- Farah Chowdhury Deeba, Theorising Patriarchy: The Bangladesh Context, Asian Journal of Social Science, vol. 37, no 4, 2009, p 600/ Veronica Beechey, On Patriarchy, Feminist Review, vol. 3, no 1, 1979, p 66.

³ المادة 16 /1 البند د-و.

⁴ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992، التوصية العامة 21، وثيقة الأمم المتحدة A/49/38، المادة 16 (1) (د) و(و)، الفقرة 19 و20.

كما لم تهمل المواثيق الدولية واجبات المرأة بصفتها أمًا تجاه أولادها، فقد نصت اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على واجب المرأة بجانب الأب في حماية الأمومة وكل ما يتعلق بهذا المفهوم، وتقديم مصلحة الطفل الفضلى، وعدم اعتبار التنصيص على تدابير خاصة لحماية الأمومة من الأعمال التمييزية¹. ومن بين ما يعاب على الاتفاقية، اعتبارها في المادة 5-ب لوظيفة الأمومة وظيفه اجتماعيه غير منوطة بالمرأة وحدها أو لصيقة بها اقتضاءً لتكوينها الخقي والنفسي، وذلك من باب المساواة والتماثل المطلق، كما يتضح من التعليق العام رقم 21 للجنة بخصوص ذلك أنها تحاول إلزام الرجل اقتسام وظيفة الأمومة مع المرأة، وإلزامه قانوناً بذلك²، وهو ما تم التأكيد عليه في مؤتمر بكين 1995، "بتشجيع الرجل على تحمل نصيبه بالتساوي -مع المرأة- في رعاية الأطفال والعمل داخل البيت"³.

كما يلاحظ أنه بالرغم من إقرار المساواة في تسيير شؤون الأسرة والرعاية المشتركة للأولاد، غير أن هذه المساواة نسبية وغير مكتملة في قانون الأسرة، طالما أنه لا يمنح للأم مشاركة الأب في النيابة الشرعية على أبناءهما القصر، ومنح القانون لها الحلول محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، ولا تكون الأم ولية على أولادها القصر إلا في حالة وفاة الأب أو إسناد الحضانة إليها، طبقاً لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة.

وهذا ما انتقدته اللجنة ووصفته "بالإمكانية المحدودة للمرأة لتحل محل الأب كولي قانوني للأطفال" معتبرة إياه حكماً تمييزياً ينبغي مراجعته، وإقرار المساواة بين الأبوين في الوصاية على الأبناء القصر على قدم المساواة في جميع مناحي الحياة، وفقاً لمعيار مصلحة الطفل الفضلى الوارد في اتفاقية حقوق الطفل⁴.

4- التشاور بشأن تباعد الولادات

يدخل هذا الحق ضمن مسألة تنظيم الحمل أو النسل، لا قطعه نهائياً، حيث عبرت عليه المادة 36-4 بالتشاور في "تباعد الولادات" وليس التشاور على الحد منها، فهذا التوجه يجد شيوفاً عند الأسر الجزائرية

¹ المادة 1/4 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

² التدابير الوقائية، ص 102.

³ تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة بيجين 1995، الفصل الرابع، ج/107، الفقرة ج، مرجع سابق، ص 51.

⁴ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، مرجع سابق، ص 16.

والعربية في الوقت الراهن لما يرون في قلة أفراد الأسرة مع توفرها على كل المقومات المادية التي تحتاجها أفضل من كثرة عدد أفرادها.

ويكون تنظيم النسل باستعمال طرق معروفة لا يراد منها إحداث العقم أو القضاء على وظيفة الجهاز التناسلي، بل التوقف عن الحمل فترة من الزمن لمصلحة يراها الزوجان، والقصد من ذلك مراعاة الحال الاجتماعي للأسرة وشؤونها، كالحالة الصحية أو المادية وظروف عمل أفرادها¹.

هذا الأخير الذي رأى جوازه المجمع الفقهي الإسلامي في قراره بشأن تنظيم النسل حيث جاء فيه بأنه "يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباحة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وألا يكون فيها عدوان على حمل قائم"².

وخلافاً لذلك نجد أن "الحرية في عدد الأطفال" الذي نصت عليه المادة 1/16 هـ من اتفاقية المرأة³، يخالف الشريعة الإسلامية، بمنح المرأة الحرية في تحديد عدد الأطفال وقطع النسل نهائياً، من منطلق ملكية المرأة لجسدها وحريتها في التصرف فيه، ودون موافقة الزوج، خلافاً لما نصت عليه المادة 36 من ق.أ بخصوص التشاور على تباعد الولادات، علاوة على أن الاتفاقية تقصد المرأة بصفة عامة ولو خارج عقد الزواج.

5- إنهاء التفاضل في واجب صلة الأرحام

خلافاً لما كان الأمر عليه في قانون الأسرة قبل تعديله، والذي كان يوجب على الزوجة احترام والدي الزوج وأقاربه دون أن يلزم الزوج بذلك؛ أوجب المشرع على طرفي العلاقة الزوجية بضرورة صلة رحم كل طرف لرحم الطرف الآخر، وهو ما تناوله بشيء من التفصيل لتوضيح معالمه الأساسية من خلال الفقرات

¹ الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، السعودية، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. "تحديد النسل". مجلة البحوث الإسلامية: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء المجلد 2، ع1، 1977، ص 114.

² قرار رقم: 39 (5/1) [1] بشأن تنظيم النسل، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 الموافق 10 - 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الرابع، ج1، ص 73.

³ أنظر المادة 1/16 هـ من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، مرجع سابق، الفقرة 21.

5 و6 و7 من المادة 36 على التوالي، لما في ذلك من المحافظة وتقوية الروابط الأسرية، التي لا تتحقق إلا بتحميل هذا الواجب لكلا الزوجين.

فالزوجة في الشريعة الإسلامية لا تخرج من بيتها إلا بإذن من زوجها، ولها حق زيارة والديها وأرحامها كل ما اقتضى الأمر حتى لا تكون موصوفة بالعقوق وقطيعة الأرحام¹، كما أن صلة الأرحام والمحافظة على الروابط الأسرية لا تتحقق إلا بحسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربهما واحترامهم والإحسان إليهم وحسن استضافتهم.

لذلك ذكرت الجزائر في تقريرها أن قانون الأسرة الجديد لم يعد ينص سوى على الحقوق الواجبات المتبادلة بين الزوجين، وحذف الأعباء الملقاة على الزوجة بصفة منفردة بوجوب احترام والديه وأقاربه، تماشياً مع إلغاء مفاهيم طاعة الزوجة لزوجها وقوامته عليها²، وهو ما سنتناوله في البند الموالي.

ثانياً: تحقيق التساوي بحذف واجب الطاعة وحق القوامة

تماشياً مع ما اعتمده المشرع من فلسفة المساواة في تنظيم الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين؛ ألغى قانون الأسرة واجب طاعة الزوجة لزوجها وحق الزوج في القوامة عليها، وهو ما يتوافق مع أحكام المنظومة القانونية الدولية في المساواة بين الجنسين.

1- حذف واجب الطاعة

وفقاً للنظرة الشمولية للمساواة بين الزوجين؛ ألغى المشرع مفهوم الطاعة الزوجية لئيتناسب مع الأمر مع تبني واجب التعاون المشترك، بإلغاء المادة 39 من قانون الأسرة³، التي كانت تلزم الزوجة بطاعة زوجها باعتباره رئيس العائلة، وهو ما يضعف سلطة الزوج على زوجته وأسرته مثلما تنادي به الفلسفة النسوية للمواثيق الدولية في هذا المجال.

¹ أحمد حسين فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، 1986، ص 242.

² التقرير الجامع للتقريرين الدوران الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 18.

³ كانت المادة 39 قبل إلغائها تنص على:

يجب على الزوجة: - طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.
- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.
- احترام والدي الزوج وأقاربه.

إن وجوب طاعة الزوجة لزوجها في غير معصية الله أمر رباني وقوام الحياة الزوجية، الأمر الذي دلت على وجوبه نصوص الكتاب والسنة، فدلّل ذلك في القرآن الكريم قوله تعالى في الآية 34 من سورة النساء (قَالَصَالِحَاتٌ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ) وقد أجمع أهل التفسير على أن المقصود بالقاننات المطيعات لله ولأزواجهن، وما يدل على ذلك أن هذا الحكم جاء بعد قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)، كما جاء في آخر الآية قوله تعالى (فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلًا تَبْغُوا عَلَيَّهِنَّ سَبِيلاً)، يقول القرطبي في تفسيره: "هذا كله خبر، ومقصوده الأمر بطاعة الزوج والقيام بحقه في ماله وفي نفسها في حال غيبة الزوج"¹.

ومن السنة ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت)².

وخلافا لما يصوره المتحاملون على واجب طاعة الزوجة لزوجها، على أنه نظرة دونية للمرأة بجعلها أشبه ما تكون بالمتاع، يملكها كما يملكه، ويتصرف فيه كيفما يشاء، فحقيقة هذا الواجب أنه سبيل لتحقيق المودة والراحة والاطمئنان في البيت³، وتجنب الخلاف والتناحر بما لا يقوم معه للأسرة قائمة ولا استقرار.

وبالرغم من الغاء واجب الطاعة والتأكيد على ذلك من خلال رد الجزائر على التوصية 25 و 26 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، لا تزال المحكمة العليا تقرر في قراراتها بواجب طاعة الزوجة لزوجها رجوعاً في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 ق.أ، واستناداً على المادة 39 رغم إلغائها، بالرغم من أن الاجتهاد القضائي في الجزائر تبعاً للأنظمة القانونية اللاتينية التي يعد فيها الاجتهاد القضائي مجرد مصدر تفسيري، خلافاً للأنظمة الأنجلوسكسونية التي تعتبر الأحكام القضائية مصدراً رسمياً للتشريع، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا "ينبغي على الطاعن على القرار المطعون فيه كونه منعدم التسبب لمخالفته لأحكام المادة 39 من قانون الأسرة التي توجب الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره

¹ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج 3، مرجع سابق، ص 11.

² أخرجه ابن حبان، الحافظ الهيثمي، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، ج 4، دار الثقافة العربية، دمشق، ط1، 1412هـ/1991م، ص 230.

³ سامي الصالح، حقوق الزوج على الزوجة، مجلة هدى الإسلام، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردنية، المجلد 51، ع 7، آب / شعبان 1428هـ/ 2007م، ص 68.

رئيس العائلة" وفق ما كرسته المحكمة العليا سابقا "بوجوب متابعة الزوجة لزوجها والالتحاق به أينما طاب له العيش"¹.

2- إلغاء مبدأ القوامة

تعد مسألة قوامة الرجل على المرأة من المسائل التي شغلت حيزا كبيرا من الجدل في زمننا المعاصر، حيث اعتبرها الحداثيون والمتأثرين بالثقافات الغربية من المفاهيم التمييزية ضد المرأة والممتهنة لها تزامنا مع الاهتمام بحقوق المرأة ومساواتها مع الرجل على مستوى القانون الدولي، متناسين أن قوامة الرجل مفهوم سائد لدى جميع الشعوب والحضارات منذ أن أوجد الله البشر على الأرض، فرضه الاختلاف الفطري والتركيب الفيزيولوجي بين الرجل والمرأة.

أ- المقصود بالقوامة

يقصد بالقوامة في اصطلاح الفقهاء، قيام الرجل على المرأة وتولي أمرها بالإتفاق عليها ورعايتها وإصلاح حالها، ويدخل فيها الأمر والنهي والطاعة مقابل ذلك².

ودليل ثبوتها قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)³ جاء في تفسير البغوي أن "القوام والقيم بمعنى واحد والقوام أبلغ، وهو القائم بالمصالح والتدبير والتأديب"⁴.

كما جاء في قوله تعالى (وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) قال القرطبي: "الدرجة إشارة إلى حض الرجال على حسن العشرة، والتوسع للنساء في المال والخلق، أي أن الأفضل ينبغي أن يتحمل على نفسه"⁵.

فالدرجة التي فضل الله بها الرجال على النساء هي الزيادة في الفضيلة الحقوقية، وهو ما يدفع توهم المساواة بين الرجل والمرأة في كل الحقوق⁶.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 403557، غير منشور.

² أنظر، محمد الرازي، تفسير الفخر الرازي، ج 10، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1401هـ/1981م، ص 90 / جلال الدين السيوطي، الدرر المنثور في التفسير المأثور، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 4، 1436هـ، 2015م، ص 371.

³ سورة النساء، الآية 34.

⁴ محمد البغوي، معالم التنزيل، ج2، دار طيبة، الرياض، ط1، 1409هـ/1989م، ص 207.

⁵ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج 2، مرجع سابق، ص 83.

⁶ محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج2، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص 400-401.

إن مسألة القوامة لا تعني استعباد المرأة والاستعلاء عليها مثلما أساء استخدامها العديد من الجهال من الرجال، بل هي وظيفة تعني مسؤولية الزوج عن تسيير الأسرة ورعاية أفرادها وعلى رأسهم الزوجة، وبذل المهر وتوفير النفقة والسكن وضروريات الحياة، وليس على الأزواج استغلالها في التقليل من شأن الزوجة والإساءة إليها¹، وبهذا تكون القوامة تكليف يقع على الرجل بما يتناسب ما منحه الله من قوة بدنية والقدرة على العمل وحماية المرأة والأسرة.

وتسقط قوامة الرجل إذا لم يكن مؤهلاً علماً وقدرة على الكسب، لأنها تستحق بالفضل لا بالتغلب والقهر²، فإذا عجز عن الانفاق لم يكن قواماً على المرأة، وجاز لها طلب الفرقة، عند الاعسار بالنفقة والكسوة وهو مذهب مالك والشافعي³.

أما إساءة استعمالها، فلا يكون حجة لإلغائها، فعلى حد قول مصطفى السباعي أن:

"كل نظام في الدنيا يساء استعماله، وكل صاحب سلطة لا بد من أن يتجاوزها إذا كان سيئ الأخلاق ضعيف الوازع الديني، ومع ذلك فلا يخطر في البال أن تلغى الأنظمة الصالحة لأن بعض الناس يسيئون استعمالها، أو أن لا تعطى لأحد في الدولة أي صلاحية، لأن بعض أصحاب الصلاحيات تجاوزوا حدودها، فالإسلام أقام دعامة الأولى في أنظمتها على يقظة ضمير المسلم واستقامته ومراقبته لربه، وسلك لذلك سبلاً متعددة، تؤدي -إذا روعيت بدقة وصدق- إلى يقظة ضمير المسلم وعدم إساءته ما وكل إليه من صلاحيات"⁴.

ب- موقف قانون الأسرة والمواثيق الدولية من القوامة

بموجب التساوي التام في الحقوق والواجبات بين الزوجين، فإن المواثيق الدولية لا تعترف بقوامة الرجل على المرأة لما ترى فيه من تفضيل الرجل على أساس غير مقبول وهو الجنس، فقد جاء في المادة 5 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة أن "تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة"، واعتبرت التوصية

¹ محمود أحمد صالح الدوسري، مرجع سابق، ص 626-627.

² الزمخشري، الكشاف، دار الفكر، بيروت، ط1، 1397/1977، ج1، ص 523.

³ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج 3، مرجع سابق، ص 111.

⁴ مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 90-91.

العامّة رقم 21 أن أسباب تدهور حال المرأة في الأسرة يعود إلى تبني النظام الأبوي الذي يمنح الأفضلية للرجل داخل النظام الأسري¹.

كما تدخل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة القوامة ضمن المواقف المبنية على القوالب النمطية التي تشكل حسبها انتهاكا صارخا لمبدأ المساواة، لذلك ولموائمة تشريع الأسرة مع المادة 16 من الاتفاقية، حثت الجزائر على تنفيذ إصلاحات تشريعية على قانون الأسرة وإزالة الأحكام التمييزية والمواقف النمطية بشأن أدوار ومسؤوليات المرأة والرجل داخل الأسرة²، وهو ما قبلت به الجزائر دون التحجج بالخصوصية الثقافية وما تمليه المبادئ الدينية السائدة في البلاد كما تفعل بعض الدول، وذلك بإشارة ممثل الجزائر إلى أن من أولويات الجزائر الموائمة التدريجية لتشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقية³، فكان من بين مفرزات ذلك إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة التي كانت تمنح قوامة الرجل على زوجته ووصفه برئيس الأسرة، وتبعاً لذلك أشار تقرير الجزائر إلى "تطور الأسرة الجزائرية من أسرة يرأسها ويقودها الزوج إلى وحدة عائلية تقوم على تقاسم المهام والتعاون بين الرجل والمرأة"⁴.

ج- آثار الغاء مبدأ القوامة

يصبح الرجل رئيساً لأسرته بموجب مبدأ القوامة، وهو ما يترتب عليه عدة آثار قانونية على بقية أفراد أسرته تجد أساسها في الشريعة الإسلامية، تكمن في نسبة الرجل لأبيه وحمل اسمه، هذه المسائل التي تدخلها اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة ضمن الحقوق الشخصية التي تجب المساواة فيها.

وبالرغم من توسع المشرع الجزائري في المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات وحذفه لمبدأ القوامة، إلا أن نسبة الابن لأبيه بقيت مكرسة في قانون الأسرة على أنها أثر من آثار الزواج الصحيح، تمسكاً من الجزائر بتحفظها التفسيري على المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، وهو ما لا ينسجم مع فلسفتها في منح الجنسين نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، سواء كانت العلاقة شرعية أو غير شرعية، ومعلوم أن الشريعة الإسلامية لا تنسب الولد الناتج عن العلاقات

¹ الفقرة 42 من التوصية.

² تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، وثيقة الأمم المتحدة A/60/38، ص 66 و 132.

³ تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة الخاص بالجزائر، الدورة الثانية والثلاثون، مرجع سابق، ص 29.

⁴ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 17.

غير الشرعية لأبيه وهو ما عبرت عنه المواد 40 و41 من قانون الأسرة¹، كما لا يحق للمرأة نسب أبناءها إليها إلا في حالة الزنا.

وبما الأنساب ثابتة في الشريعة الإسلامية ولا تتغير سواء بالزواج أو بغيره، فإن مسألة الحق في اختيار اسم الأسرة لا ينسجم مع هذا المبدأ، ووفقا لهذا المبدأ المكرس في القانون الجزائري، تبقى المرأة محتفظة باسمها الأصلي ولا تضطر بموجب القانون أو العرف إلى تغيير اسمها عند الزواج أو فسخه وهو ما اعتبرته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حرمان لحقها وتمييزا على أساس الجنس²، فحق اختيار الاسم لا ينسجم مع أحكام النسب في الشريعة الإسلامية إذا حملت المرأة اسم زوجها، وهو ما يجد شيوعا لدى الأنظمة القانونية الغربية.

ومن مفاصد اعتماد اسم المرأة كاسم للأسرة الذي ينتج عنه حمل الأولاد لاسم أمهم، والذي يُفضي إلى اختلاط الأنساب ومقاصد نسب الأبناء لأبيهم، فإذا ما أنجب الرجل أولادا مع أكثر من زوجة، فإن العلاقات الأخوية تختفي بين أبنائه لأن كلا منهم سينتسب إلى أم مختلفة، كما أن الأمر فيه دعوة لتقنين الزنا ويكون من حق المرأة أن تحمل من أي رجل دون أن يسألها أحد عن والد هذا الطفل الذي ينسب إليها تلقائيا³.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن واجب الأم في إرضاع الأولاد قد تم حذفه مع الغاء المادة 39، نتيجة لإقرار مبدأ التعاون المشترك وإرساء المساواة في الحقوق والمسؤوليات بين الزوجين، مما يجعلنا نتساءل عن مصير هذا الواجب الذي يعد بمثابة حق للأبناء على أمهم، فهل سيقوم الرجل بإرضاع أولاده كنتيجة للمساواة وتحقيق التعاون المشترك؟

أم سيكون بالاستغناء عن الإرضاع الطبيعي تحقيقا لرفاهية المرأة واستبداله بالحليب الاصطناعي وتوزيع مسؤولية القيام به بين الأب والأم؟

¹ تنص الفقرة الأولى من 40 على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32 و33 و34) من هذا القانون"، وتنص المادة 41 على "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32 و33 و34) من هذا القانون".

² لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة 21، مرجع سابق، المادة 16 (1)(ز)، الفقرة 24.

³ محمد أحمد صيرة، إنسانية المرأة وقضاياها بين الإسلام والأديان ودعاة التحرر، ص 166، منشور على:

<http://saaid.net/book/21/15698.pdf>

الفرع الثاني

التمايز بين الزوجين في الواجبات المالية

رغم أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوجين في الحقوق والواجبات المعنوية من خلال التعديلات الواردة على قانون الأسرة، إلا أنه أبقى على عدم المساواة في النفقة التي بقيت واجباً ملقى على الزوج وحقا خالصا للزوجة، كما حافظ المشرع على أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة لميراث الزوجة والمرأة عموماً، المسألة التي تثار ضدها الشبهات في النظام الدولي لحقوق الإنسان، دون النظر إلى تكامل نظامي النفقة والميراث الذي يبرر الاختلاف في أنصبة الرجل والمرأة في بعض الحالات المحدودة.

أولاً: الإبقاء على واجب الزوج في الإنفاق

بالرغم من تبني المشرع الجزائري للمساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات غير المالية، وما تبع ذلك من إلغاء لمفاهيم القوامة والطاعة تكريساً للمسؤولية المشتركة في تسيير شؤون الأسرة، والذي يقتضي معه إلغاء واجب الزوج في الإنفاق على زوجته والتحول إلى إقرار الإنفاق المشترك على الأسرة على أساس تقاسم الواجبات مثلما فعل مع الواجبات المعنوية، إلا أن المشرع احتفظ بحق الزوجة في النفقة، وتحميل الزوج الإنفاق على الأولاد وكل ما يخص الأسرة دون أن يلزم الزوجة بذلك، وهو ما لا ينسجم مع الرؤى الدولية في المساواة التامة في العلاقة الزوجية.

هذه التوطئة لا تعني أبداً قبولنا للمساواة في النفقة، مثل عدم قبولنا لإلغاء مبدأ القوامة والطاعة لثبوت هذه المسائل في الشريعة الإسلامية بصورة قطعية -مثلما مر بنا-، بل هو تحليل لمنهج المشرع في تنظيمه للعلاقات بين الزوجين في ظل مبادئ المساواة مقارنة بأحكام المواثيق الدولية وتأثيراتها على قانون الأسرة.

1- المقصود بالنفقة ومشروعيتها

يراد بالنفقة عموماً كل ما يحتاج إليه الإنسان في معيشته من طعام وكسوة ومسكن¹، وتوابع ذلك² من لوازم الحياة ومتطلباتها الضرورية³.

¹ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 437.

² منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1402هـ/1982م، ص 461-460.

³ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 169.

وقد نظم المشرع الجزائري النفقة في فصل خاص من المادة 74 الى المادة 80 من قانون الأسرة، مستعرضا شروط وجوبها ومشمولاتها وظروف تقديرها، طبقا لما جاء في الفقه الإسلامي.

فقد اتفق أهل العلم على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، متى كان عقد النكاح صحيحا قائما، مترتبة عليه آثاره، وكانت الزوجة سالحة للحياة الزوجية من الاستمتاع، والخدمة، وانحباس الزوجة معه حيث يقيم، شرط توفير الاستقرار للزوجة¹، بدليل وجوبها من الكتاب والسنة.

وتجد نفقة الزوجة على زوجها دليلها من الكتاب في قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)²، وقوله تعالى في الآية 6 من سورة الطلاق: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِنُضَيْبِهِنَّ عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) والآية 7 من سورة البقرة (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ).

فدلت الآيات على أن الله تعالى أوجب نفقة الزوجة على الزوج وقدرها تعالى، بحسب حال الزوج³.

ومن السنة النبوية " ما روته عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة جاءت تشتكي زوجها أبي سفيان للنبي صلى الله عليه وسلم، لأنه لا يعطيها ما يكفيها من النفقة وولدها إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)⁴.

ولتفادي أي اختلاف في تأويل مشتملاتها على المستوى التشريعي، تضمنت المادة 78 بوضوح لمشمولاتها وحصرتها في الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

2- شروط استحقاق الزوجة للنفقة

تعتبر الزوجية السبب الرئيسي في وجوب النفقة، فمتى فقد هذا الشرط لم يكن الزوج ملزما بأي حال من الأحوال بتأديتها، وقد اجمع الفقهاء على شروط لوجوبها:

¹ نقل إجماع الفقهاء في ذلك من مختلف المصادر والمراجع الفقهية للمذاهب الأربع: محمد بن أحمد بن علي واصل، أحكام نفقة الزوجة العاملة، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مج8، ع4، 2015، ص 1449.

² سورة البقرة، الآية 233

³ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ/2000م، ص 871.

⁴ الحافظ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الأفضية، باب قضية هند، ص 680.

- أولها عقد الزواج الصحيح، فإذا كان الزواج فاسداً، فلا نفقة على الزوج، لأن عقد الزواج الفاسد يجب فسخه، ولا يمكن اعتبار الزوجة معه أنها محبوسة لحق الزوج، "ولأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح، ولا يستحق ما في مقابلته".¹

- كما يشترط أن تسلم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم²، وألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مسوغ شرعي، أو بسبب ليس من جهته، فالاحتباس ليس مقصوداً لذاته، ولكن مقصوداً للانتفاع به، من وطء أو من دواعيه، أو للاستئناس أو الخدمة³، فإن فات حقه بغير مبرر شرعي كالنشوز، أو بسبب من جهته، فإن الزوجة تستحق النفقة، ولا فرق بين مسلمة أو غير مسلمة، مثلما هو متفق عليه⁴.

- أن تكون الزوجة سالحة للمعايشة الزوجية وتحقيق أغراض الزوجية، بالانتقال إلى بيته حقيقة أو حكماً بأن تكون مستعدة للانتقال متى طلب منها ولم تمتنع⁵.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أن المادة 78 منه قد نصت على أن وجوب "نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، وعليه أوجب القانون نفقة الزوجة على زوجها بتوفر الشروط القانونية التالية:

أ- **عقد الزواج الصحيح:** وهو السبب في وجودها، ويستلزم أن يكون عقد الزواج صحيحاً مستوفياً لأركانه طبقاً للمواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة. والعقد الصحيح موجب للنفقة مهما كان حال المرأة من فقر أو غنى، حتى وإن لم يتبع العقد دخول، طالما أن الزوجة مستعدة للاحتباس، أو كانت محتبسة فعلاً⁶، ولا نفقة في الزواج الفاسد لأن الفاسد لا يترتب عليه وجوب الاحتباس كما في عقد الزواج الصحيح.

ب- **الدخول بالزوجة:** وليس بمجرد إبرام العقد وهو مبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية ومبني على الواقع المعيش، حيث كان المسلمون فيما مضى يسمحون بزواج الصغيرة، ولا يتم الدخول حتى تصبح أهلاً

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ج7، ط2، 1985، ص 789-790.

² علاء الدين الكاساني، ج4، مرجع سابق، ص 16.

³ منذر عبد الكريم أحمد القضاة، الواضح في شرح أحكام الأسرة- أحكام الزواج والطلاق، مكتبة الرشد-ناشرون، الرياض، ط1، 1436هـ/2015م، ص 112.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 790/ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق ص 440.

⁵ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 157.

⁶ محمد محدة، مرجع سابق، ص 356-357.

للمعاشرة الزوجية¹ ولا يشترط الدخول الحقيقي بل يكفي أن تتم الخلوة الصحيحة بالزوجة²، فحق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما³.

ونذكر هنا مسألة غاية في الأهمية، والمتمثلة في الانفاق على الزوجة الناشز، فقد كانت المادة 37 قبل تعديلها تنص على سقوط واجب النفقة عليها، وتزامنا مع حذف واجب الطاعة بإلغاء المادة 39، أصبحت المادة 37 تنص بفقرتها على استقلال الذمة المالية والنظام المالي للزوجين، وحذفت الفقرة الخاصة بالنشوز دون أن يفصل التعديل الجديد في المسألة، ولعل الأمر أن المشرع بموجب نهجه الجديد في المساواة وإقرار التعاون المشترك، يتجه إلى عدم اعتبار المرأة ناشزا مطلقا مادامت أنها غير ملزمة بطاعة زوجها بموجب القانون، وخلافا لما كان عليه الأمر سابقا، وعلى سبيل المثال فإن خروج المرأة من المنزل دون رضاه لا يعتبر نشوزا في الوضع الحالي، خاصة إذا علمنا أن المادة 1/53 تبيح للزوجة طلب التطلاق في حالة عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه.

أو أن الأمر يحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222. فالجمهور يرى عدم وجوب الانفاق على الزوجة الناشز، خلافا للإمام مالك الذي يرى عكس ذلك⁴، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)⁵.

3- واجب الانفاق على الأولاد

مثلما تقضي المساواة التماثلية بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات في الاشتراك في الانفاق على الأسرة، تقضي المساواة أيضا الانفاق على الأولاد إن وجدوا، ومثلما أبقى المشرع إنفاق الزوجة على الزوج، كذلك أبقى هذا الواجب على الأب وحده دون إشراك الزوجة في ذلك.

¹ تقيية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائر، 1999-2000، ص 170.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول-أحكام الزواج، ص 343-344.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39394، قرار بتاريخ 10/02/1986، المجلة القضائية، ع 44، ص 151. ذكره العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول-أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 343.

⁴ ذكر ذلك: محمد محدة، مرجع سابق، ص 362.

⁵ أنظر: الحافظ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الحج، مرجع سابق، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ص 456.

فبحذف مبدأ القوامة وواجب الطاعة اللذان يعدان من الثوابت في الشريعة الإسلامية، فإن هذا الإلغاء في نظرنا لا يتجاوز المستوى التشريعي ولا يمتد بالضرورة الى الواقع المعيش، لتكيف الأسرة الجزائرية على هذه المبادئ والمقومات، وحتى في حالة النزاع فإن القضاء لا يزال يقر بواجب المرأة في طاعة زوجها رغم الغاء المادة 39 من قانون الأسرة.

وعكس مسألة القوامة والطاعة، فإن الغاء وجوب النفقة على الزوج وحده سيجده ضعاف النفوس من الرجال مطية للتملص من هذا الواجب، والتحجج بعدم مشاركة الزوجة في الانفاق على الأسرة خاصة إذا كانت غير عاملة، لذلك فالإبقاء على هذا الواجب يجد أهميته في استقرار الأسرة تبعاً لما تعارف عليه المجتمع الجزائري، ولصعوبة تحقيق الأحكام القانونية الدولية في المساواة في جميع الحقوق والواجبات بما فيها المساواة في الأعباء المالية.

ومثلما أن نفقة الزوج واجبة على زوجها ولو كانت أغنى منه، يبقى واجب الانفاق على الأولاد مسؤولية الزوج وحده، طبقاً للمادة 75 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، الأمر الذي يتناقض مع الأحكام الدولية ذات الصلة.

ولا تكون الزوجة مكلفة بالإنفاق على الأولاد إلا في حالة عجز الأب عن تأدية واجبه وكان لها مقدرة مالية على أداء ذلك¹، حماية للأطفال واستقرار الأسرة وتحقيقاً للتعاون المشترك، وهو أمر بديهي لأي أم ستترك أولادها دون نفقة مع استطاعتها على ذلك، كما أن الواقع المعاصر يثبت اشتراك الزوجة العاملة أو التي لها مال في أعباء الانفاق على الأسرة وحاجياتها المالية، دون الحاجة لوجود نص قانوني يلزمها بذلك، وعليه اقتصر المشرع على حرمان الزوجة من نفقتها في صورة واحدة وهي عسر زوجها وعجزه عن الإنفاق. وتشمل النفقة على الأسرة في كلتا الحالتين -سواء على الزوجة أو الأولاد- الغذاء، والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وفقاً للمادة 78 من قانون الأسرة.

¹ المادة 76 من قانون الأسرة.

4- تقدير النفقة

نصت المادة 79 من قانون الأسرة على المعايير التي تُقدر بموجبها النفقة بنصها على أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". فإذا تم تجاهل هذه المعايير مجتمعة كان الحكم القاضي بتحديد عرضة للنقض والإلغاء مثلما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا-المجلس الأعلى سابقاً- "أن المجلس الأعلى لما قضى بتحديد النفقة من تاريخ رفع الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات، يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

5- نفقة الزوجة العاملة ومقتضيات المساواة

تعتبر المواثيق الدولية ودعاة المساواة بأن التمايز بين الزوجين في الأعباء يجسد مظهرًا من مظاهر الاجحاف والإهانة للمرأة، وعدم الاعتراف بدورها الإيجابي داخل الأسرة، ويرجع ذلك إلى ما يعتبرونه أعرافاً تمييزية جعلت المرأة تابعة للرجل ينفق عليها مقابل طاعته، الأمر الذي أكدته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حين اعتبرت أن بعض الدول تجيز ترتيب الزواج "بواسطة الدفع أو التفضيل"، الذي يشكل انتهاكاً لحق المرأة في اختيار زوجها بحرية، وعبارة "الدفع أو التفضيل" تشير إلى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته مالا للعروس أو أسرتها².

ويوافق التيار الحدائثي من النسويات في المغرب العربي على هذا التصور، فيرى بعضهم أن تحويل الزوج حق الانفاق منحه سلطة على زوجته وأشعرها بأنها أدنى درجة منه³، وفي ذلك تقول كنانة المرئسي وهي إحدى النسويات المغربيات معلقة على واجب الزوج وحده في الانفاق على الزوجة والأسرة في مدونة الأحوال الشخصية "أن المرأة في مدونة الأحوال الشخصية أداة ومتاع يملكه الرجل مقابل الصداق الذي

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم 51715، قرار بتاريخ 1986/01/16، المجلة القضائية، 1992، العدد 2، ص 55.

² اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 29 بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية. الدورة الرابعة والخمسون، 2013، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/GC/29، ص 8.

³ حميد مسرار، مرجع سابق، ص 287.

يدفعه لها ونفقته عليها، وتضيف " أن المدونة تعتبر المرأة في إطار علاقة الزواج ملكا يشترطه الزوج مقابل المال الذي يدفعه لها كشرط للزواج بها ومقابل النفقة على الأسرة التي يتحمل الاشراف عليها"¹.

لذلك، فإنه بمقتضى المساواة ومساهمة المرأة وتعزيز مركزها في الأسرة، يطالب دعاة المساواة الكاملة إلى تقاسم واجب الانفاق متى كانت المرأة قادرة على ذلك، ولا شك أن المرأة العاملة في المقام الأول الموصوفة بالقدرة على الانفاق.

الأمر الذي نلمسه أيضا في مطالب الجمعيات النسوية في الجزائر الرامية إلى تعديل قانون الأسرة الجزائري، بإدراج الرعاية الأسرية المشتركة للزوجين دون تخصيص أو تقسيم في المهام².

وإلى هذا الأمر، اتجه التشريع التونسي في الفصل 5/23 من مجلة الأحوال الشخصية التي ألزمت الزوجة صراحة بالمساهمة في الانفاق على الأسرة إن كان لها مال، تدعيما لمبدأ التعاون بين الزوجين، وعليه فالمشرع التونسي قد وضع على عاتق الأم المقتدرة ماليا واجب الانفاق على الأبناء على قدم المساواة مع الزوج، علاوة على إمكانية إلزامها قضائيا بتسديد قيمة مساهمتها عند الاخلال بهذا الالتزام، ويلاحظ رغم ذلك عدم تسجيل أي قضايا تجاه الأم أو الزوجة من أجل إلزامها بالمساهمة في الانفاق على أبنائها³.

وإذا كان جر المرأة الى القضاء ومطالبتها بالمساهمة في الانفاق مع استطاعة الزوج وقدرته المالية على أداء واجبه يعتبر عند أنصار المساواة دعما لحقوقها ورفعاً للتمييز عنها، فنحن لا نراه سوى إهانة لها وانتهاكا لحقوقها التي كفلتها لها الشريعة الإسلامية.

ثانيا: الميراث

يعد التوارث بين الزوجين حقاً ثابتاً مترتب على الزواج مادامت الزوجية قائمة وانتهت بالوفاة؛ وقد عرفت المرأة في مسألة الميراث تمييزاً وحرماناً على مدار العصور، سواء كانت زوجة أو ابنة أو مهما كانت درجة قربتها، حيث كانت المرأة قبل مجيء الإسلام مصنفة في جميع الأحوال على أنها أدنى منزلة من الرجل.

¹ كنزة لمراني، الأسرة المغربية ثابتة ومتغيرات، التجديد في النشر والتوزيع، ص 58. مقتبس عن: حميد مسرار، مرجع سابق، ص 287.

² الجمعية الوطنية للمرأة في اتصال، مرجع سابق، ص 2.

³ فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة، مرجع سابق، ص 111.

وبالرغم من أن موضوعنا هنا هو المساواة بين الزوجين في الميراث، إلا أننا سنتناول المسألة في نطاقها الواسع، أي ميراث المرأة عموماً.

ففي القانون الروماني مُنح الحق للأب في أن يتصرف في تركته دون قيد، وله أن يحرم أولاده من ميراثه أو أحد أقاربه بما فيهم المرأة، شريطة أن يذكر ذلك في وصيته، ولم يكن للأُم الحق في أن تترث مطلقاً من فروعها لسبب أنها ليست وارثاً أصلاً، وما لبث الأمر حتى تغير في قانون الألواح الاثنا عشر، وتُقرر بموجبه عدم حرمان الأولاد بأي طريقة والتسوية بينهم، وبقيت الأُم إلى أن صدر قرار معروف بالقرار "الأرنيثيناني" وأقر التوارث بين الأُم وأولادها¹.

أما الزوجة فقد ظلت مهدورة الحقوق ولا تترث مطلقاً أو العكس إلى غاية إصدار الإمبراطور "جوستينيان" مرسوم بعد مائة عام من تطبيق قانون الألواح الاثنا عشر، ومنحها الحق في الحصول على أموال زوجها في حالة وفاته ولم يترك أصولاً ولا فروعاً أو ذو أرحام، تحت وصف "مستحقة بوضع اليد على الأموال"². وانحصر الميراث عند اليهود على فئة الذكور، فلا تترث البنت إلا إذا انعدم الولد ولا تترث الزوجة من تركه زوجها مطلقاً، مثلما لم يكن لدى المسيحيين نظاماً محدداً للميراث، لعدم وضع الإنجيل تشريعاً محدداً بعد نسخ أحكام التوراة، فكان الشخص يتصرف في مآل تركته كيفما شاء أثناء حياته، كما كان للكنيسة حق إعادة توزيع الحصص وفقاً لما يتفق عليه الورثة³.

2- المساواة في الميراث في المواثيق الدولية

مثلما هو حاصل مع تعدد الزوجات؛ لم تتضمن المواثيق الدولية على نصوص صريحة تحكم مسألة الميراث، غير أن الكثير من الحقوقيين يرى دخول ذلك ضمن المساواة بين الجنسين في الحقوق الاقتصادية وحماية موارد المرأة المالية، وبخصوص التوارث بين الزوجين، يوسع أنصار المساواة تفسير النصوص التي تساوي بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات.

ومن صور ذلك، أوصى المجلس الاقتصادي والاجتماعي الدول بضمان حق التوارث بين الرجل والمرأة اللذان تجمعهما نفس درجة القرابة بالمورث وعلى حصص متساوية في التركة، والحق في مرتبة

¹ عبد السمیع أسامة السيد، ميراث المرأة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني (دراسة مقارنة)، سلسلة فكر المواجهة 12 حول الإسلام وحقوق المرأة، رابطة الجامعات الإسلامية، القاهرة، 2004، ص 177-181.

² المرجع نفسه، ص 183-186.

³ زكي علي السيد أبو غضة، مرجع سابق، ص 208-214.

متساوية في ترتيب الورثة¹، كما اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن اعتماد الدول على قوانين وممارسات تميز بين الرجل والمرأة في الحصول على حصص متساوية من تركة الأب أو الزوج، ممارسة لتمييز خطر ضد المرأة، وترى أنه نتيجة لهذه المعاملة غير المتكافئة يمكن أن تحصل الزوجة من ممتلكات الزوج أو الأب على حصة أقل مما يحصل عليه الرجل في نفس الأحوال، لذا وجب الغاء ذلك لمخالفته أحكام الاتفاقية².

كما اعتبرت اللجنة في ملاحظاتها الختامية لسنة 2012، أن أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري تشكل تمييزاً ضد المرأة لأن القانون يمنح الابن الأحقية في الحصول على ضعف ما تحصل عليه البنت من التركة، وتبعاً لذلك طالبت الجزائر بإعادة النظر في قانون الميراث مع مراعاة تجارب بلدان أخرى لديها خلفيات ثقافية ونظم قانونية مماثلة كانت عدلت قوانينها لتمكين المرأة من الميراث على قدم المساواة مع الرجل³.

وعليه فقد توسعت اللجنة في تفسير المادة 16 واعتبرت أن المساواة في الإرث من المسائل التي تدخل في نطاق الاتفاقية، بالرغم من أنه بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للاتفاقية، وفي وقت كتابة المادة 6 كانت مسألة المساواة في الميراث من المسائل التي أُزيلت من المسودة النهائية لمشروع للاتفاقية، وألغى واضعو مشروع الاتفاقية الإشارة إلى مسألة المساواة في حقوق الميراث التي كانت مدرجة في المادة 6/1/4⁴. لذلك فقد أضحى من غير المقبول أن تأتي هذه الملاحظات والتوصيات والتي هي أصلاً في حقيقتها ضغوطات على الجزائر والدول الأخرى من حيث العموم، من لجان يسيطر عليها التوجه الغربي والنسوي- خصوصاً- ويكرس الهيمنة لهم ولتوجهاتهم، وهو ما يؤدي بنا إلى التساؤل حول من يحمي حقوق المرأة في العالم؟

¹ قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 884 (د-32)، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم

21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، مرجع سابق، الفقرة 34.

² لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، مرجع سابق الفقرة 35.

³ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 51، مارس 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، مرجع سابق، ص 16-17.

⁴ Marsha A Freeman, Article 16, op. cit., p 409-414.

هذا التساؤل الأخير يجد بعض من الإجابة عنه في مقال "عزيزة الهبري"¹، حيث كشف المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا عام 1993 عن وجود فجوة واسعة تفصل بين النساء في العالم الثالث، فعند وصولهن إلى المؤتمر لمناقشة قضايا حقوق الإنسان، فوجئت نساء العالم الثالث برؤية هذه المهمة قد أديت بالنيابة عنهن من قبل نساء العالم الأول، ورفض معاملة نساء العالم الثالث على قدم المساواة، الأمر الذي أدى بكثير من الناشطات في ميدان حقوق الإنسان المحتسبات على العالم الثالث وبعض الدول الإسلامية بالإحباط والاستياء من سياسة التهميش والانتقاء الذي اتبعته الناشطات الغربيات في اختيارهن للممثلات عن العالم الثالث ممن يحملن نفس وجهات النظر والتوجهات الغربية، وهو ما حصل أيضا في مؤتمر التنمية والسكان المنعقد بالقاهر سنة 1994، حيث أثرت الحركة النسوية الأمريكية بشكل واسع على قراراته، الأمر الذي أدى ببعض نساء العالم الثالث لحمل لاقفات خلال الأيام الأخيرة من المؤتمر منتقدة عدم الاستجابة لشواغلهن².

3- ميراث المرأة في قانون الأسرة

يأخذ قانون الأسرة الجزائري في تنظيم أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية بصفة مطلقة، النظام الذي أثرت حوله العديد من الشبهات بالتدرج بقاعدة "للذكر مثل حظ الانثيين"، لتكون أساسا لإثارتها، ولأنه بموجب هذه القاعدة؛ تأخذ المرأة نصف نصيب الرجل الذي يعادلها في الدرجة.

لذا كان لزاما أن نتعرض بإيجاز الى معايير تقسيم الميراث في الشريعة وأسباب التفاضل في أنصبة الذكر والأنثى، علاوة على توضيح أنصبة المرأة في قانون الأسرة.

فخلافًا للحضارات السابقة التي كانت تعتمد في كثير من الأحيان معيار الذكورة والانوثة في تنظيم الميراث وتوزيع أنصبتها. خلافا لما عليه نظام الميراث في الإسلام، فالمتمائل في توزيع الميراث في الإسلام يجد أن قيام ذلك على ثلاث معايير³:

¹ "عزيزة الهبري" أكاديمية أمريكية من أصل لبناني، وأستاذة قانون فخرية بكلية تي.سي وليامز للقانون بجامعة ريشموند، تشغل منصب المحررة المؤسسة بجريدة "هيباتيا المختصة بفلسفة الحركة النسائية" ومؤسسة جمعية كرامة. وتعد من باحثي مؤسسة فليبرايت، ولها العديد من الكتابات حول قضايا الإسلام والديمقراطية وحقوق المرأة المسلمة وحقوق الإنسان في الإسلام، عينها الرئيس باراك أوباما لتكون بمثابة المفوضة في لجنة الولايات المتحدة بشأن الحرية الدينية العالمية، كما عملت كمستشار للمجلس الأعلى لشؤون الأسرة في قطر والمعني بتطوير قانون الأحوال الشخصية بها"، نقلا عن موقع ويكيبيديا:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D8%B2%D9%8A%D8%B2%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%87%D8%A8%D8%B1%D9%8A

² Azizah Al-Hibri, Who Defines Women's Rights? A Third World Woman's Response, Human Rights Brief, vol. 2, no. 1, 1994, article 13, p 9.

³ حسنين السعيد حسنين، ميراث المرأة المسلمة بين الإنصاف والإجحاف، مجلة كلية التربية بالإسماعيلية، ع 6-7، مصر، أكتوبر 2006، ص 84.

- درجة القرابة: درجة القرابة بين الوارث والمورث فكلما اقتربت صلة القرابة ازداد النصيب في الميراث بغض النظر عن جنس الوارث.

- موقع الجيل الوارث من التتابع الزمني للأجيال: ينسجم هذا المعيار مع طبيعة حياة الإنسان ومتطلباته المالية، فالوارث الصغير لا شك بأن حاجته المالية تفوق حاجة أفراد الجيل الذي سبقه.

- الأعباء المالية التي يتحملها الرجل في الإسلام أكبر من أعباء المرأة: بل إنه في كثير من الأحيان يكون الرجل مكلفاً بتحمل الحاجيات المالية للمرأة كالالتزام بالإئفاق عليها. وهو المعيار الوحيد الذي يثمر تفاوتاً بين الذكر والأنثى، ففي حالة تساوي الوارثين في درجة القرابة، وتساويهم في موقع الجيل الوارث من الطابع كالإخوة الأشقاء، يكون تفاوت العبء المالي هو السبب في اختلاف أنصبة الميراث¹.

لذلك فإن مبرر قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، يرجع إلى مراعاة النظام الاقتصادي للمجتمع، من حيث الواجبات والمسؤوليات المالية التي أوجبها الإسلام على الرجل دون أن يوجبها على المرأة، يقول الإمام النووي في بيان الحكمة من تفضيل الرجال على النساء في الإرث: "أن الرجال تلحقهم مؤن كثيرة في القيام على العيال، والضيغان، والأرقاء، والقاصدين، ومواساة السائلين، وتحمل الغرامات، وغير ذلك"²، فهذا العبء هو المعيار الوحيد الذي يثمر تمايزاً واضحاً يحمل الذكر مسؤوليات، وتكون الأنثى غير ملتزمة مالياً تجاه أي طرف آخر وأحياناً حتى على نفسها، وتكون الطرف الرايح بأدخار الأموال التي ترثها³، وكل الأموال التي تحصلها، فلا التزامات مالية كالإئفاق على أسرتها طيلة حياتها أو بذل المهر عند الزواج.

وهو ما يجعلها أكثر حظاً في الميراث بالنظر إلى مجموع كل تلك التكاليف التي يلتزم بها الرجل، فهو ملزم بالإئفاق من عدة جهات؛ فإذا كان مقبلاً على الزواج، كان ملزماً بالمهر وتجهيز المسكن، وبوصفه زوجاً وأباً يكون ملزماً بالسعي على زوجته وأولاده والإئفاق عليهم، وعلى كل شؤونهم المتعلقة بالأسرة وحتى في غيرها، ولا تلزم الزوجة بشيء من ذلك كله ولا على نفسها وإن كانت غنية، وبوصفه ابناً، فهو دون البنت ملزماً بالإئفاق على والديه المحتاجين، وبذلك يكون التفاوت في الميراث مجرد تفاوت ظاهري⁴.

¹ رفعت محمد مرسي طاحون، حقائق الإسلام وأباطيل خصومه حول قضايا المرأة، ج4، حقائق الإسلام وأباطيل خصومه حول ميراث المرأة، دار غار حراء، دمشق، ط1، 2015 ص 76.

² محيي الدين يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على مسلم، مرجع سابق، ص 53.

³ رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص 269.

⁴ رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، ج2، دار الفاروق، القاهرة، ط1، 2007، 186-192.

ومن خلال ذلك نجد أن الإسلام راعى في تنظيم مسألة الميراث مركز الشخص في الرباط الاجتماعي والأسري، تبعا للواجبات الاجتماعية الملقاة على الفرد في الأسرة والمجتمع ودوره المالي، فكان توزيع تلك الأنصبة على مبدأ العدالة لا المساواة، فلو تم تقديم مبدأ المساواة دون النظر إلى واجبات الفرد لوقعنا في الاجحاف في حق الرجل وذلك بالنظر إلى واجباته المالية مقارنة بالمرأة، أو ننساق وراء دعوة المساواة ومنهج المواثيق الدولية، ونغير في الأدوار التقليدية للرجل والمرأة وفقا لما يدعى بثقافة "الجندر"، وننكر الطبيعة الفطرية للرجل والمرأة التي جاءت النصوص الشرعية موافقة ومهذبة لها.

ولتحقيق المساواة المطلقة سنضطر إلى "تجاوز كل من الرجل والمرأة، وما استكن في هذه الطبيعة المتغايرة من الخصائص، والوظائف العضوية والنفسية، وإن تساويا في الإنسانية"¹.

2.1- حالات ميراث المرأة

إن قاعدة (لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) ليست مطلقة في الشريعة الإسلامية، فطبقا لمعايير توزيع الإرث في الاسلام هنالك حالات ترث فيها المرأة تماما مثل نصيب الرجل وحالات ترث فيها أكثر منه.

أ- حالات ترث فيها الأنثى نصف نصيب الرجل

باستقراء أحكام المواريث نجد أن الحالات التي ترث فيها الانثى نصف ميراث الذكر، عند تماثلهم في نفس درجة القرابة للميت المورث، وهي تنحصر في الحالات التالية:

- وجود البنت مع الابن:

إذا مات الشخص وترك أبناء ذكورا وإناثا فإن البنت ترث نصف نصيب أخيها، وهو ما ثابت بقوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)²، ويلحق بهذه الحالة إذا وجد من أولاد الأولاد مهما نزلوا مع بنات الأولاد في درجتهم مثل ابن ابن مع بنت ابن، فيرث الجميع وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين³.

- عند وجود الأب مع الأم ولا يوجد فرع وارث (أولاد) ولا زوج أو زوجة:

فتأخذ الأم الثلث لقوله تعالى (فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ)⁴ ويرث الأب الثلثان الباقيان تعصيبا لقوله صلى الله عليه وسلم (ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفرائض، فأولى رجل ذكر).

¹ الشيخ جاد الحق علي جاد، حول اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، هدية مجلة

الأزهر، الأزهر، القاهرة، صفر 1416هـ/ يوليو 1995، ص3-4.

² سورة النساء، الآية 11.

³ صلاح الدين سلطان، التوازن بين حقوق المرأة في الميراث والنفقة في الشريعة الإسلامية، مجلة كلية دار العلوم جامعة

القاهرة - مصر، ع 19، 1996، ص 96.

⁴ سورة النساء، الآية 11.

- التوارث بين الزوجين

يجد حق التوارث بين الزوجين أساسه في قوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)¹.

ويعتبر التوارث على ذلك من الحقوق المتبادلة بين الزوجين²، وقد نصت المادة 126 من قانون الأسرة على أن القرابة الزوجية سبب من أسباب الإرث، فيحق للزوج أن يرث من زوجته إذا ماتت وهي في عصمته بمجرد العقد ولو لم يقع البناء³، أو لا تزال في فترة العدة من طلاق رجعي، وترثه الزوجة إذا ماتت وهي زوجته أو أثناء العدة من طلاق رجعي⁴، ما لم يكن هنالك مانع من موانع الإرث كالقتل العمد⁵، أو ثبت بطلان النكاح⁶ أو في حالة اللعان والردة فلا توارث إذاً بين الزوجين⁷.

ويرث الزوج من زوجته نصف تركتها إذا لم يكن لها فرع وارث ولا يوجد بسبب مانع كاختلاف الدين، طبقاً للفقرة 1 من المادة 144 من قانون الأسرة لقوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ)، وينزل نصيبه إلى الربع إذا وجد الفرع الوارث سواء كان ذكراً أو أنثى لقوله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ) ، وهو ما تم النص عليه في الفقرة 1 من المادة 145.

أما الزوجة، فتستحق ربع تركتها زوجها إذا لم يكن له فرع وارث تطبيقاً لقوله تعالى (وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ) ، وهو ما تم تقنينه في الفقرة 2 من المادة 145، فإن كان لزوجها فرع وارث صار نصيبها الثمن لقوله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ) ، هو ما نصت عليه المادة 146، ويشترك الزوجات في الأحوال السابقة في النصيب المقدر في حالة التعدد.

¹ سورة النساء، الآية 12.

² محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة: الزواج - انحلال ميثاق الزوجية وأثاره - الولادة ونتائجها، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 7، 2015، ص 113.

³ المادة 130 من قانون الأسرة.

⁴ المادة 132.

⁵ المادة 135.

⁶ المادة 131.

⁷ المادة 138.

- في حالة اجتماع الأب والأم مع البنت

إذا كانت بنت واحدة تأخذ نصف التركة، وتأخذ الأم السدس، وسدس للأب مع الباقي تعصيباً، حسب المواد 1/144 و2، والمادة 2/153، تطبيقاً لقوله تعالى (وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَوَلَدٌ)¹، فيصبح نصيب الأب إجمالاً الثلث وهو ضعف السدس.

ب- حالات تتساوى فيها الأنثى مع الذكر

هنالك أيضاً حالات يتساوى فيه نصيب المرأة مع الرجل، نذكر منها:

- اجتماع الأب مع الأم ووجود ابن ذكر أو بنتين²:

في الحالة الأولى، يكون نصيب الأبوين السدس لكل منهما لقوله تعالى (وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَوَلَدٌ)³، والباقي للابن الذكر تعصيباً، وهو ما تضمنته المادة 1/149 ف1 و2. في الحالة الثانية يكون نصيب الأبوين السدس لكل منهما (المادة 149 فقرة 1 و2)، وثلثان للبنات (المادة 147) وسدس باقي يأخذه الأب تعصيباً (المادة 153) ويتساوى الأب مع البنتين، ثلث لكل منهم. وتكون المسألة بهذه النتيجة حسب المواد 149 فقرة 1 و2.

ونخلص إلى نفس النتيجة في الحالتين السابقتين إذا كانت جدة سواء لأب أو لأم وكانت منفردة في مكان الأم، حسب المادة 4/149.

- ميراث الإخوة للأم

يتساوى دائماً في الميراث نصيب الأخ والأخت لأم، في ميراث الكلاله وهو المورث الذي ليس له لا فرع ولا أصل وارث، لقوله تعالى (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ)⁴، ويكون نصيبهم حسب قانون الأسرة السدس لكل واحد منهم حسب الفقرة 7 من المادة 149، فإن تعدد الإخوة لأم اشتركوا بالتساوي في الثلث دون تفضيل الذكر على الأنثى حسب الفقرة 2 من المادة 148، تطبيقاً لقوله تعالى (فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ)⁵.

¹ سورة النساء، الآية 11.

² صلاح الدين سلطان، مرجع سابق، ص 100.

³ سورة النساء، الآية 11.

⁴ سورة النساء، الآية 12.

⁵ سورة النساء، الآية 12.

- حالة تساوي الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق في غير اجتماع¹: نذكر هذه الحالة لتبين أن الميراث له خصوصيته في كل مسألة على حده، ففي هذه الحالة يكون النصيب في الإرث على أساس درجة القرابة لا على أساس جنس الوارث ذكرًا كان أم أنثى.

ويكون ذلك في حالة وجود زوج وأخ شقيق أو أخت شقيقة، فيأخذ الزوج النصف، والنصف الباقي تعصبا للأخ الشقيق، تطبيقا للمواد 1/144 و 3/153 من قانون الأسرة، وتأخذ الأخت الشقيقة كذلك النصف في الحالة الثانية والنصف الآخر من نصيب الزوج. وفقا للفقرة 1 و 4 من المادة 144.

- حالات ترث فيها الأنثى نصيبا أكبر من الذكر

ترث الأنثى نصيبا أكبر من الذكر في أحوال متباينة؛ في حالات قد تكون درجة قرابتها للمورث أقرب من الذكر الذي ترث نصيبا أكبر منه، وقد تكون على نفس الدرجة².

ومثال ذلك³، وجود زوج وبنت وأب وأم وابن ابن، فتكون حصة الزوج الربع (م 1/145)، والنصف للبنت (م 2/144)، وسدس لكل من الأب والأم (م 1/149 و 2)، ولا يرث ابن الابن (تعصبا م 1/153) حيث يكون في المسألة عول، ويستغرق أصحاب الفروض كل التركة ولا يبق له شيء، كما أن مجموع أنصبة الإناث في هذه الحالة أكبر من مجموع أنصبة الرجال، بحيث إذا جمعنا كل من الأنصبة، يكون نصيب الإناث ثلثان 2/3 مقابل 12/5 للرجال.

المطلب الثاني

إقرار التساوي الكامل في وضع الشروط الاتفاقية والمالية في عقد الزواج

تعد مسألة الإرادة والحرية في الزواج محورًا أساسيا في أحكام المواثيق الدولية لأجل ضمان المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج والضمن الأمثل لهذه المبادئ أثناء سريان العلاقة الزوجية، فبالإضافة إلى ما منحه المشرع الجزائري لإرادة الجنسين في إنشاء عقد الزواج وجعلها كافية لانعقاد الزواج دون أن يتوقف ذلك على طرف ثالث؛ منح المشرع كذلك أهمية كبرى للإرادة التعاقدية للزوجين دون تمييز بينهما،

¹ صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر، مدينة السادس من أكتوبر، ط1، 1999، ص 28.

² محمد أحمد شحاته حسين، الميراث الأنثوي، المؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية (حقوق المرأة في مصر والدول العربية)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ديسمبر 2010، منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، - 2010، 2011، ص 1778.

³ زكي علي السيد أبو غضة، مرجع سابق، ص 221.

وذلك عن طريق تفعيل آلية الاشتراط (أولا)، وتنظيم الأموال المشتركة أثناء الحياة الزوجية بتبني النظام المالي بين الزوجين (ثانيا).

الفرع الأول

حرية الزوجين في وضع الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

بالإضافة إلى ما يرتبه عقد الزواج من حقوق وواجبات؛ مكن القانون لطرفي عقد الزواج بأن يدرجا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حقوقاً وواجبات أخرى، أو تقييد حقوق أحد طرفي عقد الزواج بمقتضى الإرادة والاتفاق، دون أن يكون الاشتراط الزامياً فهو متروك للحرية الكاملة للأطراف، وهو ما يتفق مع نهج المساواة في المواثيق الدولية وما كرسته من الأبعاد المختلفة للمساواة في حقوق الزواج أثناء انعقاده وسريانه، ومثلما هو منصوص عليه في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة وغيرها من أحكام المواثيق الدولية التي تنص على تحقيق المساواة والحرية أثناء انعقاد الزواج وسريانه دون تمييز أو اختلاف في المعاملة بين الجنسين على المستوى التشريعي لدخول ذلك في حقوق الإنسان، هذا الأمر الذي يدعنا نتساءل عن مدى شرعية هذه الشروط في ميزان الشريعة الإسلامية؟ وكيف نظم المشرع الجزائري ذلك؟

أولاً: حرية الزوجين في الاشتراط في الفقه الإسلامي

تعد نظرية الشروط من بين أهم الموضوعات التي أقرها الفقه الإسلامي، فألية الاشتراط تمنح لكل من الزوجين أو للجانب الضعيف منهما مزيداً من الأمن على نفسه وضمان علاقة زوجية مستقرة¹، غير أن مدارس الفقه الإسلامي لم تتفق أو تجمع على جواز الاشتراط في عقد الزواج، وتباينت آرائهم بين مضيق يرى الأصل فيه الحظر، وموسع يرى الأصل في الاشتراط الجواز.

والمقصود بالشرط هنا، الشرط التقييدي المقترن بالعقد، وليس الشرط الذي يكون العقد معلقاً عليه، فالعقد المعلق على شرط يُعلق ويُربط تحققه بتحقق الشرط، فلا وجود للعقد إلا بوجود الشرط²، أما شرط

¹ رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ط1، 1421هـ/2001م، ص 229.

² محمد بن أحمد بن صالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، المجلد الأول، ص 314/ محمد تقي، الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 50.

التقييد فيكون مقترنا بالعقد بحيث يكون العقد منجزا في الحال وخاليا من أداة من أدوات الشرط كإن وإذا¹، كأن يقول الرجل تزوجتك بشرط ألا تعلمي، أو تقول تزوجتك بشرط ألا تتزوج علي.

1- الأصل في الاشتراط الحظر

ويطلق على أصحاب هذا الموقف بالمضيقين، حيث يتجه هذا الرأي إلى تقييد الإرادة والتضييق عليها في باب العقود والشروط²، وهو ما ذهب إليه الظاهرية بالقول "أن الأصل في العقود والشروط المنع إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع"³، وأبطلوا كل ما لم يثبت جوازه بنص أو إجماع، واستصحابوا الحكم الأصلي الذي قبله وهو المنع⁴، فلو وضعت المرأة شرط ألا يخرجها من بلدها أو يرحلها من دارها أو يتزوج على زوجها، فإذا كان الشرط في العقد فهو مفسوخ، وإن كان بعد العقد فيصح العقد ويبطل كل شرط⁵، والقول بجوب ما لم يجبه الله تعالى عن طريق القياس أو إسقاط ما لم يسقط الله تعالى قياسا فهو تعد على حدود الله⁶، لقوله تعالى (وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)⁷.

لذا، فالعقود والشروط وفقا لهذا الرأي لا تنشأ من العقود إلا ما جاء عليه النص بإباحته، وكل عقد وشرط خلاف ذلك فهو باطل⁸.

وعليه، فالشروط الجائزة في عقد الزواج عند أصحاب هذا الرأي هي الشروط التي يقتضيها العقد وهي محددة سلفا بمجرد الدخول في العقد دون الحاجة لذكرها أو اشتراطها في العقد، وهو أساس نظرية مقتضى العقد التي تنحصر فيها الإرادة فقط في الدخول والالتزام بالآثار المترتبة عليه دون التغيير فيها؛ والمراد بمقتضى العقد "مجموعة الالتزامات التي يستلزمها العقد، فيعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر، حيث جعلها الشارع من آثار العقد الذي ينشئها بحسب

¹ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 79.

² عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، دون طبعة وسنة نشر، ص 393.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 157.

⁴ نعمان بن مبارك جعيم، حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، ع 16، 1998، ص 308.

⁵ محمد ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 9، ص 123.

⁶ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط 2، 1403م/1983م، ص 18.

⁷ سورة الطلاق، الآية 1.

⁸ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 393.

الحاجة، تحقيقاً للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والواجبات¹، ويحصرها ابن حزم في شرطين لا يصح عنده غيرهما، وهو الشرط الخاص بالصداق مفسراً قوله صلى الله عليه وسلم (إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج) "إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، وهو الذي استحل به الفرج لا ما سواه"²، وما يدخل في المعاشرة بالمعروف كأن لا يضر بها في نفسها ومالها³، لثبوت المعاشرة بالمعروف بالنص.

2- الأصل في الشروط الاباحة

يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء فالأصل في الشروط العقدية عندهم هو الاباحة لا الحظر، إلا أنهم اختلفوا في مجال هذه الشروط بين مضيق وموسع، لذا درج على تقسيم الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى شروط صحيحة، وشروط غير صحيحة، وشروط لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها مصلحة.

أ- الشروط الصحيحة

الشروط الصحيحة عند أكثر الفقهاء هي الشروط التي تكون من مقتضى العقد، أي تكون جزءاً من العقد أو أثر من آثاره، أو يقوم الدليل على وجوب الوفاء بها نص أو عرف.

1.أ- الشروط التي يقتضيها عقد الزواج

وهي الشروط التي يوجبها عقد الزواج ولا تثبت شيئاً جديداً غير الذي يقتضيه العقد، فمضمونها ثابت يجب الوفاء به⁴، لأن العقد يقتضيه⁵، فأكدته دون أن تأتي بشيء جديد، فيستوي اشتراطها أو عدم اشتراطها، كأن يشترط الرجل على الزوجة طاعته أو عدم الخروج إلا بإذنه، أو كأن تشترط المرأة أن يعطيها مهراً أو أن ينفق عليها ويكسوها أو يعاشرها بالمعروف أو يهيئ لها مسكن الزوجية.

2.أ- الشروط التي دل نص شرعي بجوازها

وهي كل الشروط التي ثبتت بدليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الاجماع على جوازها أو وجوب الوفاء بها، دون أن تكون من مقتضى العقد أو أثر من آثاره، ومثالها كأن يشترط طلاقها متى شاء، أو أن يهجرها في المضجع في حالة النشوز.

¹ نعمان بن مبارك جغيم، مرجع سابق، ص 309.

² محمد ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج9، ص 126.

³ المرجع نفسه، ص 123.

⁴ محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 70.

⁵ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ص 99.

3.أ- الشروط التي جرى بها عرف

نجد هذا الشرط ضمن تقسيمات الأحناف للشروط المقترنة بالعقد، فالشرط في العقد عند الأحناف يكون صحيحا إذا ورد به الشرع، أو اقتضاه العقد، أو جرى به عرف صحيح، تأسيسا على قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والثابت بالعرف كالثابت بالنص"¹، وهي الشروط التي جرى العرف اشتراطها في الزواج كاشتراط تعجيل المهر أو بعضه أو تأجيله.

ب- الشروط الباطلة

وهي الشروط التي اتفق الجمهور على بطلانها، وهي كل الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد مقتضاه، ولم يجزها الشارع بدليل يقضي بصحتها، أو ورد النهي عنها كشرط يحل حراما، أو يحرم حلالا، وهي قسمان: شروط تناقض مقتضى العقد، وشروط ورد نهي الشارع عنها.

1.ب- الشروط المناقضة لمقتضى العقد

وهي الشروط التي تنافي المقصود من الزواج²، ولم يقدّم دليل من الشارع بنص على جوازها أو وجوب الوفاء بها، ولم يجر بها العرف، كأن يشترط ألا يكون لها مهرا، أو ألا ينفق عليها، أو ألا يعاشرها بالمعروف، أو تشترط الزوجة شروطا مثل ألا يطنها أو يفضلها في القسم على ضررتها، فهذا النوع من الشروط بالاتفاق باطلة في نفسها لأنها تناقض مقتضى العقد، ولتضمنها إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فهي لاغية ولا يلزم الوفاء بها ويصح عقد الزواج مع بطلانها³.

وفي المشهور عند المالكية في حال وجود مثل هذه الشروط في الزواج القول بفسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول مع الغاء الشرط⁴.

¹ معنى القاعدة أن " أن المعروف بالعرف الشائع بين الناس في زمن من الأزمان كالشرط المشروط في العقود وغيرها من المعاملات في تقدير الأحكام بشرط أن يكون غير مناقض للشرع" أنظر في ذلك: محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، ط1، 1997، ص 160.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 55.

³ أحمد بن احمد المختار الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005، ص44 / محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 158.

⁴ محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج5، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2002م، ص81-82.

أما الشافعية، فيفصلون في حكم الشروط المنافية لعقد الزواج، ويختلف حكم العقد باختلاف مشروطته، كمثل أن يتزوجها شرط على ألا يطنها، فإن كان الشرط من جهتها، فتزوجته على ألا يطنها فالنكاح باطل، لأنها قد منعت ما استحقه عليها من مقصود العقد، وإن كان هذا الشرط من جهته، فالنكاح على مذهب الشافعي صحيح، لأن ذلك حق له فيجوز له تركه، وله أن يمتنع عن ذلك دون شرط¹ لقوله صلى الله عليه وسلم (فأيا شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط)، أما الشرط الذي يسقط النفقة والصداق فيعرف عندهم بشرط رفع بدل المقصود بالعقد، فإن كان الشرط من جهتها فيبطل الشرط ويبطل العقد ولها مهر المثل والنفقة، وإن كان الشرط من عنده ففيه قولان²:

الأول: أنه يؤثر في صحة النكاح فيبطله.

الثاني: لا يؤثر في صحة النكاح ولها مهر المثل.

أما الحنابلة فلا يبطل عندهم عقد بسبب الشروط المنافية لمقتضى العقد وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فيكون الشرط فاسد في نفسه والعقد صحيح، مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو ألا ينفق أو تشترط عليه ترك وطئها، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، ولا تبطل العقد لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به".³

2- الشروط المنهي عنها شرعا

وهي الشروط المخالفة للشرع في أمره ونهيه، كأن تشترط طلاق ضررتها لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه في قوله (لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها وإنما لها ما قدر لها)⁴، لأنها أبطلت حقه وحق زوجته فلا يصح الشرط⁵، وقيل يصح الشرط وإن خالفه يحق لها الفسخ. ومنها ما يبطل النكاح

¹ يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني أبو حسين الشافعي اليمني، البيان في مذهب الشافعي ج9، دار المنهاج، بيروت، ط1، 1421هـ/2001م، ص 390 / علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، مرجع سابق، ص 508

² عبد الواحد بن إسماعيل الروياني أبو المحاسن، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج9، ط1، 2009، ص 487/ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، المرجع سابق، ص 508

³ ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخراقي ومعه الشرح الكبير على متن المقنع، ج 8، مرجع سابق، ص 559.

⁴ رواه البخاري، ج2، كتاب الشروط، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، حديث رقم 2723، ص 80.

⁵ ابن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير معهما الانصاف للماوردي، ج 20، هجر للطباعة والشر والتوزيع، ط1،

1416هـ/1996م، ص 395 / شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص 86.

من أصله بالاتفاق، كاشتراط التأقيت في النكاح أو "زواج المتعة"، أو اشتراط التحليل لمطلقها وهو نكاح المحلل وذلك بأن يتزوج المطلقة ثلاثاً ثم يطلقها لتحل لزوجها الأول¹، أو نكاح الشغار² لعدة اشتراط عدم المهر³، وصورته أن يزوج الرجل ابنته بشرط أن يزوجه من تحت ولايته دون أن يدفع أحدهما مهراً.

ج- شروط لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها منفعة

لا يندرج هذا النوع من الشروط ضمن الشروط الصحيحة ولا الباطلة، ويمكن القول بأن هذه الشروط نوع ثالث أورده الفقهاء. فهي ليست من مقتضى العقد ولا تحقق أو تخل بمقصد من مقاصده، ولم يقد دليل شرعي على وجوبها أو النهي عنها ولكنها تحقق منفعة للمشتراط⁴، أو لكليهما، كأن تشترط المرأة في العقد ألا يتزوج عليها، أو ألا ينقلها من بلدها، أو يشترط كلاهما على الآخر الالتزام بالإقامة في بلد عملهما، أو يشترط عدم وضع الأولاد لدى حاضنة أو العكس.

ويعد هذا الضرب من الشروط من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، من حيث صحتها وبطلانها، ومدى لزوم الوفاء بها، مع الاتفاق على صحة العقد المقترن بهذا النوع من الشروط لعدم منافاته لمقتضاه ومقاصده، ولعدم ورود دليل شرعي بالنهي عنه، فيرى جانب من الفقه أن هذه الشروط لاغية ولا يلزم الوفاء بها، وكرهها جانب آخر مع الإقرار بصحتها، أما الفريق الأكثر توسعاً فيرى مع صحتها وجوب الوفاء بها، على النحو التالي:

1- الشروط لاغية لا يلزم الوفاء بها

يُدرج الأحناف الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها ضمن الشروط الفاسدة التي لا يلزم الوفاء بها، فإن اشترطت الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها أو لا يسافر بها فهذه الشروط فاسدة فإن وقع مثل

¹ خالف في ذلك الإمام أبو حنيفة والشافعي واقفهم في ذلك الإمام الأوزاعي، وسبب اختلافهم في قوله صلى الله عليه وسلم (لعن الله المحلل) فمن حمله على الإثم فقد قال بصحته ومن حمل التأثيم على فساد العقد. أنظر في ذلك: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج 2، مرجع سابق، ص 99-100/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 59. /عبد الكريم زيدان، ج6، مرجع سابق، ص 139.

² ويصح عند أبو حنيفة والشافعي بفرض صدق المثل ويرى أن النهي عنه للكراهة، فيكون الشرع أوجب فيه الكراهة ومهر المثل/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 116.

³ وقيل العلة هي تشريك البضع، فجعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى ولا يرجع إليها فتنتقه به، أنظر في ذلك: محمد بن صالح الأحمد، مرجع سابق، ص 367.

⁴ رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 478.

هذه الشروط في العقد لم يكن الزوج ملزماً بالوفاء بها، ولا يحق لها الفسخ لأنها منعت من أمر مشروع وله فعله¹.

كما لا يؤثر فساد الشرط في صحة النكاح عند الأحناف والمشهور عند الشافعية مطلقاً²، إلا إذا ورد نص ببطلانه كنكاح المتعة، وتلحق هذه الشروط بالشروط اللاغية التي يصح العقد معها³، طالما أن هذه الشروط لم يرد دليل شرعي على وجوبها مستدلين بحديث (فأما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط)، وكذا بقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) "وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه"⁴.

2- كراهة الشروط وعدم الالتزام بالوفاء بها

يعد هذا النوع القسم الثالث في تقسيم المالكية للشروط المقترنة بعقد النكاح، وقد ذهب الإمام مالك إلى كراهة الشرط الذي لا يقتضي العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض، كأن لا يتزوج عليها...فهذا النوع لا يفسد به النكاح ولا يلزم الزوج الوفاء به لما فيه من التحجير على الزوج، لذلك كره المالكية التزوج على هذه الشروط والاشهاد عليها، فإن اقترن الشرط بما يستلزم الوفاء به كأن يعلقه بطلاق أو تملك لزمه ذلك⁵.

3- الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها

يعد هذا الرأي الذي اشتهر به الحنابلة، أوسع الآراء احتواءً للشروط التي لا تقتضي العقد ولا تنافيه، مع الالتزام بالوفاء بها، لذلك أخذت به معظم القوانين العربية بما فيها المشرع الجزائري-مثلاً سنها-، نظراً لشبوح مثل هذه الشروط في المجتمع المعاصر، وكذا لتعزيز مركز المرأة باعتبارها الطرف الأضعف الذي

¹ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ص 507.

² محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج5، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م، ص 589.

³ إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دار الحامد، عمان، ط1، 1429هـ/2009م، ص 108.

⁴ ابن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، ج7، ط1، 1405هـ/1985م، ص 71.

⁵ أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 238/ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، بيروت، ط1، 1404هـ/1984م، ص 331-332/ سليمان أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس، ج3، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ص 296.

يرغب المشرع في حمايته، وضمان حماية أكبر لحقوقها في العلاقة الزوجية. وكذا تحقيق أكبر قدر من رغبات المرأة باعتباره المذهب الميسر في هذا الباب¹.

لقد اعتبر الحنابلة أن الأصل في الشروط المقترنة بالنكاح الصحة واللزوم إلا ما دل الشرع على بطلانه²، فكل الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها مصلحة للمتعاقدين صحيحة ويلتزم الطرف المُشترط عليه الوفاء مطلقاً بها. فكل شرط يعود بالنفع والفائدة كأن تشترط ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو يسكنها وحدها أو لا يتزوج عليها فهو لازم، وإن امتنع الزوج جاز لها فسخ الزواج، وهو ما ذهب إليه جمع من الصحابة كعمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو ما اختاره الإمام والأوزاعي³، وقال ابن تيمية هو "أعدل الأقوال وأوسطها"⁴، ووافقته تلميذه ابن القيم في أن الأصل في العقود الصحة حتى يقوم دليل على بطلانها وتحريمها⁵ ووجوب الوفاء بهذا النوع من الشروط، ومتى لم يفى الزوج بما اشترطه لها فللزوجة الفسخ، لقول الامام أحمد⁶.

ويستدل الحنابلة ومن وافقهم في هذا الرأي بأدلة من الكتاب والسنة والأثر:

فمن الكتب قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)⁷، وكذا قوله تعالى في سورة الإسراء (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)⁸.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم (أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج)⁹ فوجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ما يستحل به الفروج التي هي من الشروط أحق بالوفاء من غيره¹⁰،

¹ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 177.

² أحمد ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج 29، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، دون طبعة، 1425هـ/2004م، ص 346.

³ ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص 71.

⁴ أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج 32، مرجع سابق، ص 169.

⁵ شمس الدين ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، مرجع سابق، ص 108.

⁶ شمس الدين ابن القيم، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج5، ط3، 1418هـ/1998م، ص 98.

⁷ سورة المائدة، الآية 1.

⁸ سورة الإسراء، الآية 34.

⁹ رواه البخاري، ج2، كتاب الشروط باب الشروط في المهر عند عقده النكاح حديث رقم 2721، ص 80.

¹⁰ أحمد ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ/1987م، ص 90.

فالحديث أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج ولو لم يكن له نص أو دليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط، يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم اللفظ، وشمول ما يدل عليه، وتأكيد الوفاء به¹.

كما جاء في الأثر أن رجلاً تزوج امرأة وشرط عليها البقاء في دارها، فلما أراد نقلها اختصماً إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، "فقال لها: شرطها، فقال الرجل إذا يطلقنا"، فقال عمر: "إنما مقاطع الحقوق عند الشروط"، ولأن الشرط به منفعة لا تمنع مقصود النكاح².

ويرد المعارضين لموقف الحنابلة بحديث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط)، حيث يرى ابن رشد أن سبب الخلاف حول وجوب الوفاء بهذه الشروط هو معارضة العموم للخصوص، على اعتبار أن الحديث السابق جاء للعموم، في حين أن حديث (أحق الشروط أن يوفى به ما استحلتم به الفروج) هو للخصوص، "والمشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم، وهو لزوم الشروط... وإن كان المشهور بشأن الشروط خلاف ذلك"³.

ثانياً: المساواة في حرية الإشتراط في قانون الأسرة

منح المشرع الجزائري للزوجين أو المقبلين على الزواج حرية واسعة في وضع الشروط التي يريانها ضرورية لتلافي النزاع مستقبلاً وتحقيق الاستقرار للحياة الزوجية، ومنظماً تلك الأحكام من خلال المادة 19 المعدلة بالأمر 05-02، والتي برز من خلالها أخذ المشرع بمدرسة الفقه الحنبلي بفتح الباب أمام الزوجين لوضع أي شرط لم يرد عنه نهي، لما في هذا الرأي من موائمة لفلسفة المشرع في تحقيق المساواة في العلاقة الزوجية، حيث ورد في المادة 19 من ق.أ أن "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

¹ أنظر في ذلك، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 160.

² ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمى بالشافعي على متن المقنع، ج7، مرجع سابق، ص 230 / سعيد بن منصور أبو عثمان بن شعبة الخراساني، سنن سعيد بن منصور، ج1، القسم الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، ص 181/ أحمد بن علي الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج11، مرجع سابق، 497.

³ محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط6 جديدة كاملة في مجلد واحد، 1438-2017م، ص 483.

1- أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة

جعل المشرع بموجب أحكام المادة 19 من اللجوء الى آلية الاشتراط، حقّ مكفول بالتساوي لكلا الزوجين طالما أن لجوء أي طرف لهذه الآلية يخضع للمبادئ التي نصت عليها المادة 19.

ويتم صب الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، لضمان حق المشتراط في الوفاء ويكون بمثابة الحجة عند وجود أي نزاع حول الشرط أو عقد الزواج، وهو ما لا يتحقق إلا بتسجيل عقد الزواج، الأمر الذي تم النص عليه في المواثيق الدولية¹، كاتفاقية الرضا بالزواج، واتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، التي تلزم الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات التشريعية لتسجيل جميع عقود الزواج في سجل رسمي².

كما نصت المادة 19 على المبدأ العام للاشتراط، والمتمثل في كون جميع الشروط التي فيها مصلحة ملزمة مالم تناقض وتخالف أحكام قانون الأسرة. وبذلك تكون الإباحة والحرية هي الأصل في الاشتراط، غير أن هذه الإباحة والحرية مقيدة باستثناء عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة ومبادئه العامة³.

ولأن المادة 19 لم توضح المعالم الكاملة لآلية الاشتراط لعدم إمكانية حصر الشروط التي تخالف أحكام قانون الأسرة، جاء التوضيح أكثر في فصل النكاح الباطل والفاسد وتحديدًا في المواد 32 و35، بحيث يتم على أساسها التمييز بين الشروط الصحيحة والباطلة، وكذا مصير الزواج المقترن بها.

وبالرجوع الى المادة 32 التي تنص على إبطال الزواج "إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، والمادة 35 بنصها على أنه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، وعلى ضوء ذلك، تنقسم الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة إلى:

أ- الشروط الصحيحة

إضافة إلى المادة 19 السابق ذكرها، وباستقراءها مع النصين السابقين نخلص ابتداءً إلى أن المشرع اعتبر أن كل الشروط التي لا تخالف أحكام قانون الأسرة ولا تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج؛ شروطا

¹ عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2015/2014، ص 50.

² أنظر المادة 3 من كاتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج 1964، والمادة 2/16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، ط3، 1996، ص

صحيحة يجوز تضمينها في عقد الزواج ولزوم الوفاء بها، والحكم على هذه الشروط ينبغي الاعتماد فيه على المعايير المنصوص عليها بصفة مجتمعة.

وعليه، إذا اشترطت المرأة ما يوافق مقتضيات العقد كأن ينفق عليها كان الشرط صحيحا. كما يكون الشرط صحيحا إذا كان لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وبه مصلحة كأن تشترط مسكنا خاصا، أو أن تكمل تعليمها أو تواصل العمل أو ممارسة وظيفتها، فإن هذه الشروط كلها لا تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ومقاصده، ولا تخالف قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه¹، وفي حال إخلال الزوج بالوفاء ومخالفته ما اشترطه لزوجته، فيحق لها طلب الفسخ للإخلال الزوج بالتزامه العقدي طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة².

أما في حالة إخلال الزوجة بشرط لزوجها فلا نجد في ذلك نصا قانونيا يعالج المسألة، فإذا كان المشرع قد سمح للزوجين باللجوء إلى الاشتراط على قدم المساواة، فإن هذه المساواة ناقصة بما يوحي أن الهدف من التوسع في الاشتراط هو دعم مركز المرأة ولصالحها.

حتى أن قرارات المحكمة العليا في ظل قانون الأسرة قبل وبعد تعديله قد اختلفت في هذا الجانب، بحيث نجد في قرار صدر قبل التعديل يوافق المالكية في كراهة الوفاء ببعض الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، وكمثال على ذلك جاءت قراراتها فيما يخص شرط الإقامة متباينة بين الإلزام وعدمه، بحيث اعتبرت إحدى القرارات "أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي"³.

وجاء في قرار آخر أنه "من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به، ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية"⁴.

¹ سليمان ولد خسال، قضايا الزواج المقترن بالشروط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، مج 5، ع 9، 2004، ص 37.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 172-173.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1971/02/03، نشرة القضاة، ع 2، 1972، ص 41.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/06/20، ملف رقم 49575، المجلة القضائية، ع 2، 1991، ص

ثم استقر موقفها بما يتوافق مع فلسفة قانون الأسرة الجديد في المساواة بين الزوجين وتماشيا مع الغاء واجب الطاعة والقوامة، وهذا بالتوسع في الشروط التي يمكن تضمينها في عقد الزواج، ومثلما جاء في المذهب الحنبلي، حيث قررت في إحدى القضايا أن الزوجة "تقيم كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها، ويحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام الزواج"¹.

ب- الشروط الباطلة

نصت المادة 32 من قانون الأسرة على بطلان العقد "المشتمل" على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، ثم أردفت المادة 35 النص على أن عقد الزواج "المقترن" بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.

وباستقراء النصين نجد أن المشرع لم يوفق في الصياغة التشريعية للمادتين اللتان تحملان غموضا حول ماهية الشروط التي اعتبرتها المادة 35 باطلة ولا تؤثر على صحة العقد، والشروط التي تبطل العقد من أساسه مثلما هو منصوص عليه في المادة 32.

وبسبب ما ذكر أعلاه، لطالما اعتبر المختصون ورجال القانون أن مضمون المادة 35 يخالف ويعارض المادة 32 ويتعذر الجمع بينهما، فتارة نحكم على العقد المقترن بشرط ينافي مقتضياته بالبطلان، وتارة نحكم بصحة العقد ويقتصر البطلان على الشرط فقط².

ومحاولة لفهم مقصود المشرع من المادتين، وبالاستقراء الحرفي لنص المادتين نجد أن المشرع قد جمع في المادة 32 بين مصطلحي المانع والشرط، وموانع الزواج الشرعية طبقا للمادة 23 إلى غاية المادة 30 من قانون الأسرة يبطل معها الزواج من أساسه، وعليه فإن كل شرط يبطل العقد من أساسه كالتأقيت والشغار، يتساوى مع موانع الزواج في تأثيرها على صحة العقد، في حين اقتصرت المادة 35 فقط على مصطلح الشرط، بنصها على أنه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، وعليه فكل عقد افترن بشرط لا يصل إلى درجة التأثير في صحة العقد وإبطاله، يقتصر فيه البطلان على الشرط وحده.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006/04/12، ملف رقم 358665، المجلة القضائية، ع1، 2006، ص 491.

² عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 153.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي؛ فإننا نجد أن الاجماع حول الشروط التي تبطل العقد من أساسه واردة في نصوص شرعية مثلما هو الحال مع موانع الزواج، أما الشروط المختلف في وجوب الوفاء بها فاتجاه المشرع واضح في الأخذ بالمذهب الحنبلي، وهو ما استقرت عليه قرارات المحكمة العليا بعد تعديل قانون الأسرة.

وفي كل الأحوال تبقى المادتان مفترقتان إلى خصائص القاعدة القانونية من حيث الوضوح، وفي الحاجة إلى مراجعة وتعديل¹، خاصة وأن أغلب الزيجات تتم أمام ضباط الحالة المدنية وليس الموثق، الذي يقع على عاتقه التحقق من صحة الشروط من عدمها، لاسيما من حيث تكييف الشروط التي لا يصح العقد معها.

فمراقبة صحة الشروط تتطلب من الموظف المؤهل قانوناً بتحرير عقد الزواج أن يكون على دراية كافية بأحكام قانون الأسرة حتى يتسنى له قبول الشرط أو عدم قبوله، وضمان عدم وقوعه في أخطاء²، ويكون الغموض حول المادتين عرضة لارتكابها، لذا وجب أن تكون هذه الشروط واضحة وصريحة ولا تحتمل أي تأويل أو اختلاف في التفسير.

ج- شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة

أدرج المشرع الجزائري صراحة جواز اشتراط المرأة عدم الزواج عليها ومواصلة ممارسة عملها من خلال التعديل الأخير للمادة 19 من قانون الأسرة، تفاديا لأي نزاع وخلاف حول جواز اشتراط هذين المسألتين اللتان تعدان من أكثر المسائل التي تثار في العلاقة الزوجية وتؤثر على استقرارها، وكذا لارتباطهما الوطيد بالمساواة بين الزوجين في العلاقة الاسرية، لتعلق كل من الشرطين بالمرأة.

وبالنسبة لاشتراط المرأة مواصلة عملها بعد الزواج، فإن ذلك يدخل في توجه المواثيق الدولية والمشرع الجزائري في تمكين المرأة على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، وخطوة نحو تحقيق المساواة في الأعباء

¹ وكاقترح لمراجعة المادتين، يرى كل من الأستاذ عبد القادر داودي والأستاذ رشيد بن شويخ، أن الأنسب حذف عبارة "شرط يتنافى ومقتضيات العقد" من المادة 32، والاكتفاء بما جاء في المادة 35 و19 من قانون الأسرة. أنظر في ذلك: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 153، الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م، ص 129.

² يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2007/2006، ص 90.

المالية للأسرة، ولأن انقطاع المرأة عن العمل بسبب الزواج وأعباءه أو فرضه عليها من قبل الزوج أمر ترفضه المنظومة القانونية الدولية، لاعتبارها منع المرأة عن العمل مضر بحقوقها الاقتصادية، فترى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن انقطاع المرأة عن الدراسة وتركها العمل وتحملها مسؤوليات رعاية الأطفال يعد حائلاً بينها وبين العثور على عمل مستقر بأجرة تكفي لإعالة أسرتها بعد انقضاء العلاقة الزوجية، لأن الخسائر وسوء الحالة المالية التي تلحق بالمرأة بعد الطلاق، لا تكاد تقارن مع ما يصيب الرجل نتيجة لانقطاعها عن عملها، لذا فإن عديداً من النساء يواجهن عندئذ انخفاضاً ضخماً في دخل أسرهن المعيشية ويزداد اعتمادهن على برامج الرعاية الاجتماعية إن وجدت¹.

كما أن اشتراط مواصلة العمل أو الوظيفة في عقد الزواج، يتناسب مع المساواة على المستوى القانوني والتوجه الحكومي والتشريعي الذي يرمي إلى إزالة كل أشكال التمييز بين الجنسين²، ابتداءً من المادة 55 من الدستور التي تنص على أن "لكل مواطن الحق في العمل".

إلا أنه يُلاحظ أن ظروف العمل في الجزائر لا تراعى فيها الضوابط الشرعية المتطلبة لعمل المرأة كالاختلاط مع الرجال والخلو بهم، فإن كان عمل المرأة يساهم في رفاهيتها أو يحررها من سلطة الزوج، إلا أنها الأمر تحت هذه الظروف يدخلها تحت سلطات عديدة متعاقبة تحكمها المادية³، كما قد يساهم في تفكك الأسر والاضرار بالمرأة نفسها لافتتان الرجال بزميلات العمل وغيرهن على زوجاتهن كنتائج للعمل المختلط⁴، فما ذنب الزوجة الماكثة بالبيت في خسارة زوجها وحققها في الاستئثار به.

وبخصوص شرط عدم تعدد الزوجات؛ فهو يكرس التقييد التشريعي المفروض على التعدد، إذ لم يكتفي المشرع بالتضييق من نطاقه بموجب الشروط المتطلبة للجوء إلى التعدد، بل زاد ومنح الحق للزوجة في اشتراط عدم الزواج عليها، فإذا اشترطت المرأة في عقد زواجها ذلك، ستكون قد حسمت مسألة التعدد من البداية، ولا يحق للزوج في هذه الحالة التوجه إلى القضاء للمطالبة بالترخيص بالزواج من ثانية، علاوة

¹ أنظر، التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة مرجع سابق، ص 2-11.

² بلقاسم بن زنين، المرأة الجزائرية والتغيير: دراسة حول دور وأداء السياسات العمومية، الفقرة 38، المجلة الجزائرية في الأنثروبولوجيا والعلوم الاجتماعية، إنسانيات/ insaniyat، ع 57-58، 2012، منشور على موقع المجلة الإلكتروني:

<http://journals.openedition.org/insaniyat/13678>

³ محمد السيد محمد الزعبلوي، الأمومة في القرآن الكريم والسنة النبوية، دار ابن حزم، بيروت، ط 6، 1419هـ/1998م، ص 175.

⁴ المرجع نفسه، ص 182.

على أن المشرع يشترط أصلا الحصول على موافقة زوجته دون الحاجة إلى وجود مثل هذا الشرط-أي شرط عدم الزواج عليها- وفقا للمادة 8 من قانون الأسرة.

كما منح القانون للزوجة الحق في طلب التظليق طبقا للمادة 9/53 إذا خالف الزوج الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج، مثلما لها الحق في طلب التظليق في حالة الزواج دون علم زوجته الأولى والحصول على موافقتها، مما يجعل اشتراط التعدد مع وجود هذه الأحكام الخاصة بالتعدد مع حق الزوجة في التظليق مجرد تكرر، طالما أنه يترتب على التعدد الحاصل دون الحصول على موافقة الزوجة نفس الأحكام في حال مخالفة شرط عدم التعدد، ويكون بذلك الأمر سوى تأكيد لها.

وفي الأخير يجدر بنا التساؤل حول إمكانية مراجعة الشرط والإعفاء منه في الحالة التي يصعب معها الوفاء به، كأن تشترط المرأة عدم الزواج عليها ثم يتبين أنها عاقر لا تلد، ويصير الشرط هنا مخالف لمقصد الزواج الأصلي وهو حفظ النسل، لأن قانون الأسرة الجزائري لم يعالج هذه المسألة صراحة أو ضمنا.

فإذا وقعت مستجدات تجعل من الوفاء بالشرط مرهقا أو مستحيلا، كأن يُشترط على الزوج التزامات مالية، وينهار ماليا بعدها، أو يتبين أن الزوجة عاقر لا تلد أو تصاب بمرض يفقدها القدرة على الانجاب... فلا مناص من الرجوع إلى القانون المدني لأجل تعديل أو الغاء الالتزام المرهق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة 3/171، لاستحالة تطبيق المادة 110، لأن عقد الزواج ليس من قبيل عقود الإذعان، وفي ذلك نصت المادة 3/171 على أنه:

"إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين حيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

خلافا للمشرع المغربي الذي أخذ بنظرية الظروف الطارئة في مدونة الأسرة بالرغم من أن المشرع المغربي لم يأخذ بقاعدة عامة تقنن وتنص على هذه النظرية، واقتبس من مبادئها في الفقرة الثانية من المادة

148¹، ونص على إمكانية مراجعة الشرط بتعديله أو حتى إلغائه إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا²، وذلك بتوفر شرطان أساسيان لتدخل القضاء³:

الأول: حدوث ظروف أو وقائع كانت غير متوقعة وقت الالتزام بالشرط، كأن يكون الالتزام ذو طابع مالي بالتعهد بنفقة أولاد زوجته أو والديها وتسوء ظروف الزوج ويفتقر بما يحول عن الوفاء بهذه الالتزامات المالية، أو يكون الالتزام غير مالي مثل التزام الزوجة بعناية أبوي زوجها أو أولاده وتربيتهم، ويستجد عليها مرض وتصير عاجزة عن ذلك⁴.

الثاني: أن يكون الاستمرار في تنفيذ الشرط مرهقا للملتزم، بأن يزيد الظرف الطارئ من تحمله للالتزام، أو يجعله عاجزا تماما عن الوفاء بالتزامه أو لا يطيقه إلا بضئك وضيق شديد⁵.

واستنتجت المدونة رغم ذلك، شرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة، حين استتنت المادة 48 من مقتضيات المادة 40 التي تمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، ليصير التزم الزوج بعدم التعدد نهائيا، ولا يقبل أي سبب لإلغائه مهما بلغت أهميته⁶.

الفرع الثاني

المساواة في تدبير الأموال المشتركة

عانت المرأة في عديد الأزمنة من حرمانها من ممتلكاتها المالية والاعتداء على استقلالية ذمتها المالية بإلحاقها بذمة زوجها، خلافا للاستقلال المالي الذي تحظى به في التشريع الإسلامي، فأموالها وممتلكاتها في ظل أحكام الشريعة الإسلامية تحظى بالاستقلالية الكاملة ولا تختلط أو تلحق بأموال زوجها سواء اكتسبتها قبل أو بعد زواجها، وهو الأصل العام المنصوص عليه في قانون الأسرة.

¹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 253.

² الفقرة 2 من المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية.

³ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 425.

⁴ محمد الكشور، المرجع سابق، ص 254.

⁵ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 426.

⁶ المرجع نفسه، ص 427-428.

ولقد تزايدت اهتمامات المواثيق الدولية بضمان حقوق المرأة ومساواتها في استقلاليتها بممتلكاتها وحرية التصرف فيها، كما دعت تأسيساً على المساواة في الحقوق والمسؤوليات أثناء انحلال الرابطة الزوجية إلى حق المرأة في اقتسام الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، الأمر الذي يعد من المسائل الحديثة التي تبناها المشرع الجزائري ونظمها بطريقة خاصة.

أولاً: المساواة في الاستقلالية المالية

يعد نظام الفصل بين أموال الزوجين المبدأ الرئيسي الذي يقوم عليه النظام المالي بين الزوجين في تشريع الأسرة الجزائري، الأمر الذي لم تغفل عنه المواثيق الدولية ولجانها المتخصصة لدخوله ضمن المساواة في العلاقة الأسرية.

1- المساواة في الاستقلال المالي للزوجين في قانون الأسرة

يعد الانفصال بين أموال الزوجين أو الاستقلال النظري¹، خلافاً للتشريعات الغربية؛ المبدأ السائد في القوانين العربية، تأسيساً على مبدأ استقلال الذمة المالية المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية، فلا يوجد في الفقه الإسلامي ما يعرف بالنظام المالي، ولا نظام الأموال المشتركة بحيث يكون كل من الزوجين مستقلاً بأمواله.

فمن خلال مجمل الأحكام والقواعد التي تحكم العلاقة المالية بين الزوجين، تخضع هذه العلاقات المالية لمبدأ استقلال الذمة المالية²، بحيث تظل الزوجة في الشريعة المالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج وبعده، ولها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه دون إذن أو تدخل من الزوج³، ولا تتأثر ذمتها بزواجها، وتظل منفصلة مثلها مثل ذمة الرجل، لاستقلال كل من الزوجين بتصرفاته المالية وضمان أثر تلك التصرفات في حدود ذمته المالية دون سريان ذلك الضمان إلى ذمة الآخر⁴.

¹ هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، لمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع 1، 1994، ص. 158-167.

² عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص 107.

³ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1994، ص 64.

⁴ عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق ص 13.

وللمرأة في الشريعة الإسلامية حق التصرف المطلق في مالها كله أو بعضه، فلها أن توصي به، ولها أن تتصدق أو تتبرع، وتتبع وتشتري، ما لم يقع مانع من سفه أو جنون، ولا تقيد إرادتها في ذلك بإذن زوجها أو وليها على الراجح من قول الجمهور¹.

وهو المبدأ السائد في القانون الجزائري، فللزوجين طبقاً للمادة 1/37 من قانون الأسرة² الأهلية الكاملة في التصرف في أموالهما مهما كانت طبيعة هذه التصرفات، ويتمتع كلاهما بنفس الحقوق والسلطات دون أن يكون للزواج تأثير على هذه الأهلية³، وتبعاً لذلك، فلكل واحد الحرية في التصرف دون تدخل أو مراقبة من الآخر، الأمر الذي يكرس المساواة في الأهلية بين الرجل والمرأة.

كما أن التنصيص على مبدأ استقلال الذمة المالية يتجلى في الحفاظ على الغاية السامية من الزواج، وذلك بالحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الذمة المالية للزوج الآخر، أو السعي إلى ركوب مطية الزواج بهدف الاغتناء على حساب الآخر، وضمان هذا الاستقلال على المستوى التشريعي فيه حماية لكلا الزوجين في الحفاظ على ثروته المكتسبة قبل الزواج وتنميتها في استقلال تام عن الذمة المالية للزوج⁴.

¹ ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، ج6، ط3، 1415هـ، ص133/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، مرجع سابق، ص 453،

- وفي قول للمالكية والحنابلة أن الزوج له حق منعها فيما زاد على الثلث وليس له الحق فيما دون ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها).

- أبو بكر أحمد البيهقي، السنن الكبرى، ج6، باب الخبر الذي ورد في عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث رقم 11330، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003، ص 100/ محمد بن عبد الله الخرشبي، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية العدوي على الخرشبي، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ص 262/ برهان الدين أبو إسحاق بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/ 1997م، ص 319/ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ج 14، دار المؤيد، دون طبعة وتاريخ نشر، ص 214.

² كانت مسألة حرية الزوجة في التصرف في أموالها منصوص عليها في المادة 38 من قانون الأسرة قبل الغائها، على أنها حق من حقوق الزوجة، وتم إدراج ذلك ضمن الفقرة الأولى من المادة 37 بموجب الأمر 02-05، والتي أكدت بصفة أكبر على استقلال الذمة المالية للزوجة عن زوجها بنصها على أن " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

³ هجيره دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 164.

⁴ الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، جريدة العلم المغربية، العدد

19705، الصادر بتاريخ 2004/05/04، ص 3.

وتبرز أهمية عدم التداخل بين أموال الزوجين والخلط بينها في بقاء مسؤولية كل طرف عن ديونه، دون أن تمتد إلى الذمة المالية للزوج الآخر، خصوصا عندما تكون ذمة أحدهما سلبية ومليئة بالديون¹، وإن كانت الملامح الرئيسية لأهداف هذا الفصل تكمن في حماية ذمة المرأة من السطو عليها من طرف زوجها. ومع ذلك، فإن هذا الانفصال وهذه الحرية تقيدها في الواقع بعض الالتزامات القانونية التي ينشئها الزواج في ذمة الزوج، وتصبح بموجبها أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة نتيجة للأعباء المالية التي تقع على عاتقه، كما أن فكرة الانفصال التام لا تنفي وجود نوع من التداخل المنسجم بين أموال الزوجين، لطبيعة العلاقة الزوجية التي تتطلب غالبا مساهمة كلا الزوجين بموارده المالية².

2- مظاهر النص على الاستقلال المالي للزوجين في المواثيق الدولية

لأن المرأة بعد زواجها كانت ولا تزال تُحرم من أموالها وممتلكاتها؛ لم يخفى على المواثيق الدولية النص على التزام الدول بكفالة المساواة في المسائل المتعلقة بالملكية والتملك عموما، وكفالة الأهلية الكاملة في التصرف في الممتلكات، وهو من الأمور التي اتفقت فيها مع قانون الأسرة، مثلما جاء في المادة 2/15 والمادة 1/16/ح من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، التي نصت على ضمان نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها.

كما شددت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على حقيقة أن من صور وفاء الدول بالتزاماتها بمقتضى المادة 4/23³، يكون بمراجعة تشريعاتها لضمان تمتع المرأة المتزوجة بحقوق متساوية فيما يتعلق بحيازتها للممتلكات وإدارتها، وجاء الاهتمام باستقلالية المرأة بذمتها المالية أكبر من خلال توصيات لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، لاعتبارها أن حرمان المرأة من استقلاليتها المالية يؤدي إلى ضعف مركزها الاقتصادي و يقوض من حقها في المساواة⁴، بحيث اعتبرت من خلال التوصية العامة رقم 21، أن المحور الذي يدور حوله حق المرأة في التمتع باستقلالها المالي يكون بضمان حقها في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتع والتصرف فيها.

¹ الملكي الحسين، مرجع سابق، ص 3.

² هجيره دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 157-159.

³ أمير فرج حسين، موسوعة حقوق الإنسان طبقا لأحدث الاتفاقيات والمواثيق والاعلانات والبروتوكولات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 583/ التعليق العام رقم 28 للجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، الفقرة 25.

⁴ Marsha A Freeman, Article 16, op. cit., p 433.

واعتبرت في توصية أخرى أن من بين المظاهر التمييزية والأعمال التسلطية ضم الأموال التي تتحصل عليها المرأة من خلال نشاطها الاقتصادي أو أجرها المالي، إلى بيت الزوجية وحرمانها من الحق في إدارة تلك الأموال، وهذا راجع إلى أن بعض التشريعات تسند للزوج دور الوكيل الاقتصادي على أموال الأسرة وإدارتها¹.

ثانياً: إقرار التساوي في الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية

أُلفت التطورات الحاصلة على المستوى الاجتماعي بظلالها على الأسرة وعلاقتها المالية التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع؛ فنتيجة لخروج المرأة للعمل وتوسع دخولها الأنشطة الاقتصادية مثل الرجل، ومساهمتها في تكوين الثروة العائلية. بدأت فكرة الاشتراك المالي تنتقل إلى قوانين الأحوال الشخصية العربية نتيجة لتلك العوامل التي ساهمت في تزايد نسب العمل لدى النساء، وكذا مطالبة الجمعيات الحقوقية لحماية المرأة من الاجحاف الذي تتعرض عليه في هضم حقوقها المالية وإنكارها²، إضافة إلى المطالب الدولية للاعتراف بحق المرأة في الأموال المكتسبة خلال الفترة الزوجية، الأمر الذي دفع المشرع إلى استحداث آلية لتنظيم الأموال المكتسبة بين الزوجين وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

1- حرية اللجوء إلى الاتفاق المالي بين الزوجين

إرساءً لمبدأ المساواة على مستوى ضبط العلاقات المالية بين الزوجين³، فإن الزواج في قانون الأسرة الجزائري لا يحدث أي اختلاط في ذمة الزوجين، ويضمن بقاء كل واحد منهما متمتعاً باستقلالته المالية، والاحتفاظ بمكاسبه وإدارتها، إلا أن التطور الذي عرفته العلاقات المالية بين الزوجين نتيجة ظهور مفهوم الأسرة الحديثة التي تقوم على أساس التعاون بينهما⁴، أدى بالمشرع إلى فتح باب الاتفاق المالي بين الزوجين من خلال المادة 2/37 دون الزامهما وعلى سبيل الاختيار.

¹ التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 9.

² زبيدة إقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 5، ع 1، 2012، ص 52.

³ مونية الغمري منير، المادة 49 في مدونة الأسرة: أية حماية لحق المرأة في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، ع 128، 2016، ص 213.

⁴ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة- ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري- قسنطينة، 2014/2015، ص 59.

أ- مفهوم نظام الاشتراك المالي وأصله التشريعي

لقد استحدثت المشرع بموجب الأحكام الجديدة للمادة 2/37 من قانون الأسرة نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، وهو نظام معروف في القانون المدني الفرنسي ينشأ عن مشاركة أحد الزوجين بكل أو بجزء من أمواله مع زوجه بناءً على عقد الزواج، وبهدف تحقيق غرض قانوني معين مثل اتفاق الزوجين على أن تسدد جميع ديونها الشخصية أو بعضها من هذا المال المشترك أولاً قبل مالهما الخاص، ولا تكون لهذه الوحدة المالية الشخصية المعنوية¹، كما أنه نظام اختياري بحيث يفرق القانون الفرنسي بين ثلاثة أشكال من الأنظمة يمنح بموجبها للراغبين في الزواج اختيار النظام المناسب لتنظيم علاقتهما المالية خلال الحياة الزوجية وعند انقضائها².

وبناءً على ذلك، يمكن للزوجين أن يختارا نظام الفصل بين الأموال "le régime de la séparation des biens" بحيث يبقى كل من الزوجين مستقلاً بأمواله عن الآخر³، كما يمكن أن يتم الانفصال عن طريق القضاء⁴، وقد اعتمد نظام الفصل بين الممتلكات ضمن الأنظمة الاختيارية في إنجلترا واسكتلندا ومعظم قوانين ولايات الولايات المتحدة الأمريكية⁵.

كما يمكن لهما اختيار نظام المساهمة في الممتلكات "le régime de la participation aux acquêts"، الذي يعد حلاً وسطاً بين الاستقلال المالي، والمساواة بين الزوجين وتعاونهما في العلاقات المالية⁶، حيث يخول هذا النظام للزوجين اقتسام الأموال المكتسبة فترة الزوجية عند انحلال الزواج ويحق لكل منهما نصف صافي الأموال التي اكتسبها الطرف الآخر⁷.

¹ أنظر في ذلك، بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية الأسرة- دراسة مقارنة، دار الحامد، ط1، 2009، ص 101.

² محمد إبراهيم الشافعي، النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع 37، 2002، ص 50.

³ وهو ما نظمته القانون المدني الفرنسي في المواد 1536 إلى 1542.

⁴ Henry Dyson, French property and inheritance law: principles and practice. Oxford University Press, UK, 2003, P 198/ l'article 1449 du code civil français.

⁵ Alexandre Charles Kiss, ed. Droit International de L'environnement, Droit Humanitaire International, Droit International Privé. Vol. 7. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p 54.

⁶ Gulsen Yildirim, Régimes matrimoniaux, Eds bréal, 2008, p 204.

⁷ وهو ما نظمته القانون المدني الفرنسي في المواد 1569 إلى 1581، محمد إبراهيم الشافعي، النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، مرجع

- Muriel BOURGEOIS Le régime de la participation aux acquêts: les biens du couple Publié le 06/12/2016 et Modifié le 28/06/2019, le site officiel de le figaro :

"Le régime de la communauté conventionnelle" أو اختيار نظام الاشتراك الاتفاقي والذي يطبق بقوة القانون في حالة عدم اختيار الزوجين لأي من النظامين السابقين، وتكون كل أموال الزوجين من منقولات وعقارات، المكتسبة أثناء قيام الرابطة الزوجية ضمن الشراكة المالية مالم ينص القانون على خلاف ذلك، كالأشياء المستتناة ذات الطابع الشخصي مثل الملابس و الأجهزة الخاصة بالعمل، والمنح والتعويضات المادية التي قد يستفيد منها أحد الزوجين حسب المادة 1404 من القانون المدني الفرنسي¹، كما يخرج من نطاق الملكية المشتركة الأموال المكتسبة خلال الزواج عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية².

ب- الأحكام العامة لنظام الاشتراك المالي في قانون الأسرة

بالرغم من أن القانون الجزائري قد أخذ بفكرة الاشتراك المالي من القانون الفرنسي، إلا أنه ينفرد بعدة مميزات وخصائص، فأهم ما يميز نظام الاشتراك المالي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، أنه نظام اختياري لا يفرضه القانون من جهة، ومن جهة أخرى لا يتم بموجبه دمج أموال الزوجين بحيث تصير مشتركة بينهما، وهو ما يجعله منسجما مع أحكام الشريعة الإسلامية إذ يصبح من الظلم والتعدي على ذمة الزوجين المنفصلة بموجب مبدأ انفصال واستقلال الذمة المالية، لذلك جاء النص على الاتفاق أيضا على تحديد النسب التي تقوّل إلى كل واحد منهما، دون أن يطغى طرف على آخر.

ومن خلال ذلك يكون نظام الأموال المشتركة بين الزوجين خاضعا لإرادتهما الحرة من حيث قيامه من عدمه، أما تدخل المشرع فهو تدخل محدود الغرض منه معالجة الحالات التي فرضتها الحياة الاقتصادية للأسرة الحديثة، ولأجل إضافة خيار أو نظام ثاني إلى جانب نظام الفصل بين أموال الزوجين. بغية تقادي الخصومات والنزاعات التي قد تحدث بسبب الأموال المكتسبة مدة الزواج لاسيما عند انحلال الرابط الزوجية³،

http://leparticulier.lefigaro.fr/jcms/p1_1612791/le-regime-de-la-participation-aux-acquets-les-biens-du-couple

¹ Henry Dyson, op. cit., p 197.

² المواد 1401 إلى 1408 من القانون المدني الفرنسي، أنظر في ذلك: موحى أسيدي أعمر، قراءة في نظامي الانفصال والاشترك في الأموال بين الزوجين، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، ع 6، ديسمبر 2016، ص 197/

- Camille Bourdaire-Mignot, Fiche de niveau 4, Droit de la famille / La liberté des conventions matrimoniales / Le régime de la communauté réduite aux acquêts / Juillet 2007 - http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/Les%20biens%20propres.pdf

³ العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دفا تر مخبر حقوق الطفل، المجلد 3، ع1، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، ص 37.

إلا أن حالات الأخذ بهذا النظام في المجتمع الجزائري لا تشكل نسبة تذكر، ويرجع سبب ذلك إلى حساسية الموضوع والعادات العرفية والاجتماعية، بالإضافة إلى المستوى المعيشي وعدم حاجة غالبية النساء للجوء إليه لتدني الأجور وغياب الموارد المالية والاقتصادية.

كما راعى المشرع التطورات المالية والاقتصادية التي قد تلحق بزمة أحد الزوجين، أو تظنهما بعد مدة من انعقاد الزواج بضرورة اللجوء إلى الاتفاقات المالية، بحيث لم يقتصر على إمكانية توثيق الاتفاق المالي في صلب عقد الزواج، بل يمكن أن يتم ذلك في عقد رسمي لاحق وفقا للفقرة 2 من المادة 37 من ق.أ بنصها على ما يلي "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما".

فإذا اتجهت إرادة الزوجان إلى اختيار نظام الاشتراك المالي، فإن هذه الإرادة غير كافية وحدها لإحداث الأثر القانوني. لذا يتعين على الضابط المختص بتسجيل عقود الزواج بتوثيقه وتسجيله مع العقد، وفي الغالب يختار المقبلين على الزواج ضابط الحالة المدنية لتوثيق عقد الزواج، غير أن الواقع العملي يثبت أن الاتفاق المتعلق بالأموال المشتركة لا يمكن تدوينه في الاستمارات المعدة للزواج لدى ضباط الحالة المدنية، لذا فإن ولضمان توثيق هذا الاتفاق والاحتجاج به عند النزاع، ينبغي اللجوء إلى توثيقه في وثيقة مستقلة أمام الموثق¹.

ويثار التساؤل حول دور الإرادة في إنهاء العمل بالاتفاق المالي والطريق الذي رسمه المشرع لذلك، أم أن هذا الاتفاق لا يجوز نقضه إلا بانتهاء الزواج بوفاء أو طلاق؛ فقد يتضح للزوجين أن نظام الاشتراك الذي تم اختياره عند الزواج لا يتماشى مع وضعيتهما المالية واستقرارهما العائلي أو أنها في حاجة لاستقلال كل واحد بزمته المالية تبعا لتغيير ظروف عمل أحدهما، أو لدخوله في أعمال مالية تستوجب اتخاذ القرار من جهته بصفة منفردة كتقريره رهن عقار يدخل ضمن الاشتراك المالي².

فمثلا رأينا أن القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 1449 يُمكن الزوجان من فصل أموالهما عن طريق القضاء، كذلك نص القانون التونسي في الفصل 21 من القانون 94 لسنة 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على حرية الزوجان في إنهائه أو تغييره عن طريق القضاء بعد مرسوم

¹ زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 56.

² الطيب اللومي، دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 9-11-1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، المجلة القانونية التونسية، جوان 1999، ص 31.

عامين من تاريخ الاتفاق، أما إذا تصرف أحدهما بطيش وسفه بما يضر بأموال العائلة أو الطرف الآخر، فلزوج المتضرر أن يطلب من المحكمة الحكم بإنهاء حالة الاشتراك بصفة نهائية¹.

وفي غياب مثل هذه الأحكام في القانون الجزائري، فإنه في حالة تراضي الزوجان على إلغاء الاشتراك المالي أو تعديله، فلا مانع من الرجوع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين"، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، أما في حالة رغبة أحد الطرفين اللجوء إلى فض هذا الاتفاق المالي، كأن يتسبب الطرف الآخر بالإضرار بأمواله وتبديدها، ويصير في ظل هذا الاتفاق مهدد بخسارة فادحة فيكون أساس اللجوء إلى الإلغاء أو التعديل استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة 3/171 من القانون المدني.

ومع ذلك، فإنه مع غياب نص خاص يعالج المسألة ويضع الشروط الوافية بغية ألا يصير هذا الاتفاق تحت أهواء الزوجين يغيرانه أو يلغيانه متى أرادا، يصير النص على هذا النظام مُرغماً من مقصده في تحقيق استقرار الأسرة، كما قد يضر بالغير المتعامل معهما. لذلك نجد أن القانون الفرنسي قيد اللجوء إلى تغيير نظام الاشتراك بمضي عامين على الأقل من تاريخ الاتفاق على نظام الاشتراك، إضافة إلى وجوب توفر ثلاث شروط شكلية نصت عليها المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي، لتعديل النظام المالي المعتمد من طرف الزوجين والمتمثلة في ضرورة توثيق التعديل، والمصادقة عليه من طرف المحكمة، وإشهار التغيير الذي طرأ على النظام²، وتبقى مع ذلك إرادة الزوجان قاصرة ولا تكفي وحدها لتغيير أو تعديل نظام الاشتراك المالي، فالأمر يتطلب موافقة القضاء والتأكد من أن هذه التعديلات موائمة لمصالح الأسرة، وإذا لزم الأمر يتم استدعاء جميع الأطراف الذين لهم صلة بالعقد، وحفاظاً على حقوق الدائنين يكمن لهم معارضة الحكم القاضي بتغيير نظام الاشتراك في حالة وجود تحايل يستهدف حقوقهم، وعلاوة على ذلك لا ينطبق التغيير المعتمد ولا يرتب أي أثر على جميع الأطراف إلا بعد مرور 3 أشهر على صدور الحكم القضائي، مع إلزامية ذكره على هامش عقد الزواج³.

¹ محمد الشافعي، نظام الاشتراك بين الزوجين في القانون التونسي (نموذج للقانون المغربي)، مجلة محاكمة، ع 5، يناير 2009، ص 23

² رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2006/2005، ص 227، أنظر أيضاً:

- Nadine Ruelland, L'homologation de changement de régime matrimonial en 2002, Infostat justice, n° 73, mars 2004, p4/ André Colomer, Le nouveau régime matrimonial légal en France (Loi n 65-570 du 13 juillet 1965), Revue internationale de droit comparé, vol. 18., n° 1, 1966, p 63.

³ Nadine Ruelland, op.cit., p 4. / André Colomer, op. cit., p 63.

وبموجب المادة 1443 يمكن لأحد الزوجين تقديم طلب التعديل بسبب تقصيره في أداء واجباته وسوء إدارته بما يعرض مصالح الأسرة للخطر، بعد أن كان الحق مقتصرًا على المرأة قبل صدور قانون 13 جويلية 1905¹.

الأمر الذي اقتبسه المشرع التونسي في الفصل 21 من القانون 94 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، فإذا ما تصرف أحد الزوجين في الأملاك المشتركة أو إدارتها بما من شأنه أن يعرض مصالح العائلة وأموالها للإتلاف، فللزواج الآخر الحق في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإنهاء حالة الاشتراك².

وبالرغم من الوجود الواقعي للملكية المشتركة في الحياة العملية نتيجة للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي طرأت على المجتمع الجزائري³، ففي حالة النزاع حول أموال مشتركة دون وجود اتفاق حولها، فإن قانون الأسرة لا يعالج سوى حالة النزاع حول متاع البيت المنصوص عليها في المادة 73، أما في حالة مظاهر الاشتراك العامة مثلما هو الحال في عقود الشركات التجارية فيرجع الأمر فيها إلى القواعد العامة. أما في حالة مساهمة المرأة في تنمية أموال الأسرة بعملها كما يحصل في المناطق الريفية، نجد القضاء المغربي يطبق عرف يدعى "بالكد والسعاية"، بخصوص ما تطلبه الزوجة عند الطلاق أو الوفاة من القضاء لها بجزء من المال المكتسب خلال فترة الزوجية⁴، مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية إلى جانب زوجها⁵.

¹ نفس المراجع والصفحة.

- قانون الفصل لعام 1905 المكرس لمبدأ الاستقلال المطلق بين الدولة والكنيسة، أنظر في ذلك :

- Mathilde Guilbaud, La loi de séparation de 1905 ou l'impossible rupture , Revue d'histoire du XIXe siècle, 28 , 2004, p 163.

² أنظر الفصل 18 و 21 من القانون 94 مؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك بين الزوجين، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية هدد 27 نوفمبر 1998، ذكرته فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة، مرجع سابق، ص 491.

³ العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 53-54.

⁴ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة، مرجع سابق، 440-441.

⁵ الملكي الحسين، نظام الكد والسعاية، مكتبة دار السلام، طبعة 2002، ص 12، مقتبس عن حنان ابن شقرون، الثروة المكتسبة بين الزوجين في ضوء فتاوى علماء المذهب المالكي، مركز الجنوب للنماء الثقافي والإنساني، مجلة المذهب المالكي، ع 16، ربيع 2013، 40/ عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسر المغربية- دراسة تأصيلية للمادة 400-، منشورات دار الأمان، الرباط، طبعة 2011، ص 249.

حيث يرى الفقه المؤيد لهذا النظام¹؛ بأنه يشكل إنصافاً للمرأة التي تكد وتسعى داخل البيت أو خارجه، وتهتم بالشؤون الاقتصادية للبيت وشؤون الأطفال وأحياناً بالشؤون المالية لزوجها، وهذا ما يعطيها الحق في الحصول على نصيب من الأموال التي يُحصلها زوجها².

وبالنسبة للتكييف القانوني لما يأخذه السعاة لقاء كدهم، فمن الفقهاء من يكيّفه على أنه "كراء" ويقصدون به الأجرة، فيقول هؤلاء بأن للمرأة الساعية أجر المثل في الحالات التي لم يتم فيها الاتفاق على قسط معين، ومنهم من يحمل الساعية على الشركة فيقول بأن المرأة الساعية تكون شريكة زوجها في المال المستفاد بنسبة قيمة عملها بحسب ما يراه ويقدره أهل الخبرة³.

ج- دعوة المواثيق الدولية إلى اعتماد الاشتراك المالي الكامل

ازدادت مؤخراً الدعوات إلى تبني نظام مالي بين الزوجين يضمن للمرأة اقتسام الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية مناصفة مع الرجل، ويبرز ذلك من خلال توصيات لجان حقوق الانسان الداعية إلى التتصيص على حق المرأة في اقتسام الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية بعد انتهاء الزواج إما بالطلاق أو الوفاة، حيث تدرجه لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة ضمن المسائل المتعلقة بالمساواة الاقتصادية عند انحلال الزواج.

¹ يستند المؤيدون لحق الزوج في الكد والسعاية التي افتي به أول مرة الفقيه الغربي ابن عرضون، إلى فتوى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أثناء خلافته توفي عمر بن الحارث الذي كان زوج لامرأة تزاوّل عمل النسيج والطرز، وزوجها يتاجر بما تنتجه وتصلحه، حتى اكسبهما هذا العمل مالا وعقارًا تسلمه أولياء الزوج المتوفى، ونازعتهم زوجته في ذلك لسبب مساهمتها الكبر في تحصيل هذا المال وحين اختصموا إلى عمر بن الخطاب فإنه قضى لها بنصف المال خالصا لها وبالإرث في الباقي. إلا أن بعض الأبحاث أشارت إلى أن هذه القصة المتداولة من غير توثيق ولا أصل لها، ولا للقصة في شيء من المصادر أثر. أنظر في ذلك: إدريس الفاسي الفهري، حق الكد والسعاية في الاجتهاد الفقهي المغربي المعاصر، بحث مقدم لندوة تطور العلوم الفقهية، فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقهي، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، بتاريخ 5-8 أبريل 2015، ص 28-29.

² عبد السلام الزباني، ضمان حقوق الزوجية في الأموال المكتسبة بعد الزواج ومدى فعاليته في تحقيق التنمية، أشغال الندوة الوطنية: الأسرة بين التشريع والقضاء ومتطلبات التنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس، جامعة مولاي إسماعيل، 2007، ص 177.

³ أحمد إد الفقيه، إشكالية الشغل النسوي، المرأة العاملة والقانون الاجتماعي المغربي، منشورات كلية الشريعة بأكادير-جامعة القرويين-، سلسلة أطروحات ورسائل جامعية (4)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 127 و129، نقلًا عن إدريس الفاسي الفهري، مرجع سابق، ص 37.

والممتلكات المشتركة حسب توصيات اللجنة لمختلف الدول تشمل جميع الممتلكات المتراكمة أثناء الزواج، بما في ذلك العقارات، السلع المنزلية، المدخرات والاستثمارات والشركات التجارية؛ وحتى المعاشات التقاعدية، وغيرها من الاستحقاقات التي يتم الحصول عليها خلال العلاقة الزوجية، وبصفة عامة؛ فإن الممتلكات غير الزوجية هي الممتلكات التي يملكها الزوج بمفرده قبل الزواج أو التي يحصل عليها بصفة مجانية كالميراث والهبة¹.

ولاحظت اللجنة أنه بالرغم من نص بعض القوانين على اقتسام الملكية المشتركة، إلا أنه يتم في الجانب العملي تفضيل الرجل على المرأة عند تقسيم الأموال أمام القضاء، كما أوصت اللجنة بمعالجة النتائج غير المتكافئة من خلال الاعتراف بالمساهمات المالية وغير المالية في ممتلكات الزوجية التي تتألف من الدعم المالي والأسري الذي تقدمه الزوجة من أجل تنمية رأس مال الزوج².

كما اعتبرت في التوصية العامة رقم 29 "أن القوانين والأعراف والممارسات المتصلة باستعمال منزل الأسرة ومنقولاتها بعد انقضاء الزواج، تؤثر تأثيرا واضحا على الوضع الاقتصادي للمرأة بعد انقضاء العلاقة"، وقد تُترك المرأة بدون منزل، أو بممتلكات قليلة أو معدومة تماما، لذا ترى أن الدول الأطراف مُلزَمة بتحقيق المساواة بين الطرفين عند الانفصال، فيما يتعلق بقسمة جميع الممتلكات المحصل عليها مدة الزواج، وأكدت على ضرورة الاعتراف بقيمة المساهمات غير المباشرة، بما فيها المساهمات غير المالية ذات الصلة بالممتلكات المحصل عليها فترة الزوجية³.

وقد تم النص على ذلك صراحة في بروتوكول حقوق المرأة في إفريقيا الملحق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب⁴ الذي لم تصادق عليه الجزائر، حيث أشار في المادة 7-د منه إلى النص على اقتسام الأموال المشتركة الناجمة عن الزواج بشكل منصف بين المرأة والرجل، وكمثال على ذلك، شهدت مصر خاصة بعد مصادقتها على بروتوكول حقوق المرأة، بعض التحركات العملية لإدراج تقاسم الزوجين للثروة المشتركة عند الطلاق، حيث تقدمت مؤسسة قضايا المرأة المصرية بمقترح بشأن استحداث وتعديل قانون الأحوال الشخصية، وكانت أبرز ملامحه ما عرفه مقترح "الثروة المشتركة"، بإدراج تقاسم الزوجين

¹ Marsha A Freeman, Article 16, op. cit., p 433.

² Ibid, p 434.

³ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 29، مرجع سابق، ص 11.

⁴ اعتمده الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي، وذلك أثناء انعقاد قمتها العادية الثانية في العاصمة الموزمبيقية، مابوتو في 11 تموز/يوليو 2003

للثروة بعد الطلاق على أن تختار المطلقة بين مقاسمة زوجها في ثروته التي تكونت طوال فترة زواجهما، أو النفقة الشهرية وغيرها من حقوقها الشرعية¹.

كما كان هذا المطلب في وقت سابق ضمن المقترحات التي جاء بها مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية في المغرب، حيث جاء في نص مشروع الخطة "توزيع ممتلكات الزوجين بعد الطلاق: احتراماً للعدالة كمبدأ أساسي في الإسلام، واعترافاً بتضحيات المرأة طول الحياة الزوجية، وعلى القاضي الذي يعلن الطلاق، أن يفصل في توزيع الممتلكات المحصلة خلال فترة الزواج، وأن يسمح للمرأة المطلقة بنصف هذه الممتلكات التي ساهمت فيها، سواء من خلال عملها داخل البيت أو عن طريق عمل مأجور".

وفي هذا يقول الأستاذ الملكي الحسيني معلقاً على المقترح على أنه يتعارض مع الشريعة التي تنهى عن أكل أموال الناس بالباطل كما سيؤدي إلى هدم أحكام المتعة والنفقة في العدة والنفقة على الأولاد ونظام الميراث، فضلاً عن الاضرار بأفراد الأسرة الآخرين الذين ساهموا في تكوين الثروة، كما سيدخل تعقيدات وعنتا تتعلق بضبط ممتلكات الزوجين قبل الدخول في الزواج².

¹ أحمد الحجى، الثروة المشتركة... إنصاف للمرأة محفوف بشبهة مخالفة الشريعة الإسلامية، مقال منشور على:

<https://www.al-monitor.com/pulse/ar/originals/2016/09/egypt-divorce-laws-women-rights-societal-change.html>

² الحسين الملكي، من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية، الجزء الثاني، مكتبة دار السلام، الرباط، ط1، 2011، ص 68-69.

الفصل الثاني

نطاق التمايز والتساوي بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية

لم يقتصر اهتمام المواثيق الدولية على كفالة حق المرأة في المساواة وعدم التمييز في العلاقات الأسرية على انعقاد الزواج وأثناء سريانه، بل إن أحكامها امتدت إلى كفالة هذه الحقوق عند انحلال الرابطة الأسرية بين الزوجين وما يترتب عنه من آثار مادية ومعنوية، على اعتبار أن المساواة في انحلال الزواج مسألة محورية في تحقيق التوازن بين المراكز القانونية للزوجين، الأمر الذي انعكس بتأثيره على التشريع الأسري في الجزائر الذي تجسد في إقرار مجموعة من المقترحات الجديدة في سبيل تحقيق التوازن بين مركزي الزوجين انسجاماً مع أحكام المواثيق الدولية، فما مدى تطابق أحكام المنظومة القانونية الدولية في هذا الأمر مع ما تم تبنيه في قانون الأسرة الجزائري؟ وما مدى إمكانية التوفيق بينها وبين مرجعية التشريع الأسري؟ أم أنها تعدّ آخر على الخصوصية التشريعية مما يؤدي بالاختصار على الأحكام الموائمة لهذه المرجعية والتحفظ على كل ما يخالفها؟

وانطلاق مما ذكر أعلاه، سنتناول دراسة كل هذه المسائل من خلال هذا الفصل، على النحو الآتي:

المبحث الأول: المساواة النسبية في حل الرابطة الزوجية

المبحث الثاني: التمايز والتساوي في آثار انحلال الرابطة الزوجية

المبحث الأول

المساواة النسبية في حل الرابطة الزوجية

اعتمد قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم أحكام انحلال الزواج وطرق انقضاءه، بحيث يعد الطلاق النهاية الطبيعية لهذا الرباط الذي يجمع الرجل بالمرأة، لذا ترى الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان والمرأة بوجوب تحقيق المساواة بينهما في الكيفية التي يتم بها إنهاء الزواج على المستوى القانوني من النواحي الموضوعية والاجرائية، لذا فإن استئثار الرجل لهذا الحق الذي يعد الأصل في إنهاء الزواج في التشريعات الوضعية للدول الإسلامية بما فيها الجزائر في نظر النظام القانوني

الدولي، يشكل -في نظره- خرقاً صريحاً لمبادئ المساواة وعدم التمييز، والتي عملت المنظومة الدولية طيلة سنوات لإلزام الدول بتكريسها في تشريعاتها الداخلية.

المطلب الأول

توسيع رقابة القضاء على حل الرابطة الزوجية

تطرق المشرع الجزائري لطرق إنهاء الزواج في المادة 48 من قانون الأسرة والتي نصت أنه "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، ومن خلال ذلك فإن المادة 48 تنص صراحة على حق الزوج في توقيع الطلاق، دون أن نجد حكماً مماثلاً لصالح المرأة، فهل يحق للزوج توقيع الطلاق دون قيد أو شرط وفقاً لما تقتضيه الشريعة الإسلامية؟ أم أن المشرع قيد ذلك بشروط تكفل القدر الأمكن من المساواة طبقاً للالتزامات الجزائر الدولية؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي التطرق إلى نظرة المواثيق الدولية للطلاق ومنهجها في تنظيم كفاءات وقوعه لاسيما الحقوق المكفولة للمرأة في متن هذه النصوص والاتفاقيات في الفرع الأول، ثم ينتقل بنا الأمر لدراسة كيفية تنظيم المشرع للطلاق بإرادة الزوج المنفردة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول

حق المرأة في المساواة بالرجل في حل الزواج في المواثيق الدولية

تمنح المواثيق الدولية للمرأة والرجل نفس الحقوق في العلاقات الأسرية على قدم المساواة، أبرزها الاعتراف ابتداءً بالتساوي التام في إنشاء الزواج وانحلاله، لذا فالطلاق القائم على إرادة طرف دون آخر والذي غالباً ما يكون بيد الرجل، يعد مخالفاً لمبادئ النظام الدولي لحقوق الإنسان، ومن أبرز مظاهر التمييز ضد المرأة التي ينبغي القضاء عليها.

وانطلاقاً من المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي أسست لمبدأ عدم التمييز، أكدت المادة 16 على المساواة بين الجنسين عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله.

وإعمالاً لهذا النص، فإن لكل من الزوجين نفس الحق في حل الزواج، فإذا ما تحقق للرجل الحق في هذه المسألة ومنع عن المرأة، أو كان نطاق الحق الذي تقرر للرجل يفوق ذلك المعترف به للمرأة، يعد مخالفاً صريحاً للمادة 16، فالإعلان العالمي سوى بين الرجل والمرأة في الحق في إنشاء الزواج والحق في

حلته¹. وأي تشريع يخالف هذا المبدأ ولو كان قائماً على اعتبارات دينية، يعد تشريعاً مخالفاً لروح الإعلان القائم على ضمان المساواة بين الأفراد.

كما أكدت المادة 4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ما نصت عليه المادة 16 من الإعلان العالمي، وذلك بأن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند انحلال الزواج.

وعليه، تلزم المادة 23 من العهد الدول بأن تكفل المساواة بكل ما يتعلق بفسخ الزواج؛ مما يستبعد إمكانية التنصل من هذه الالتزامات، كما ينبغي أن تكون أسباب الطلاق والإبطال نفسها عند الزوجين²، وحظر أي معاملة تمييزية فيما يتعلق بهذه الأسباب أو بالإجراءات المتعلقة بالطلاق³.

كما اعتمد المجلس الاقتصادي والاجتماعي توصيات بناءً على تقرير اللجنة المعنية بوضع المرأة سنة 1965 بعد نظرها في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بخصوص فسخ الزواج، وإبطاله، والانفصال القضائي، فضلاً عن تقارير الحلقات الدراسية الإقليمية للأمم المتحدة عن حالة المرأة في قانون الأسرة، حيث أشار فيه إلى أن بعض البلدان لا تكفل نفس الأحكام القانونية الموضوعية والإجرائية بخصوص الطلاق، والانفصال القضائي للنساء على قدم المساواة مع الرجل، وأوصت على ضوء ذلك حكومات الدول الأعضاء باتخاذ جميع التدابير الممكنة لضمان المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في حالة حل الزواج، والانفصال القضائي؛ ولضمان هذه المساواة تم التوصية في البند الخاص بوضع المرأة في القانون الخاص بالمبادئ التالية، مع مراعاة السمات الخاصة للتشريعات في مختلف البلدان⁴:

- توفير تسهيلات بخصوص إجراءات الصلح واللجوء إليه.
- حصر الطلاق أو الانفصال القضائي بيد السلطة القضائية المختصة وضمان إلزامية تسجيله.

¹ عياد علي شعبان دريال، حق المرأة في المساواة بالرجل بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة في إطار الخصوصية الثقافية للدول الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2017/2016، ص 142.

² Sarah Joseph, and Melissa Castan. The international covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary, Oxford University Press, UK, published in NY USA, 3rd Ed, 2013, p 693.

- أنظر أيضاً: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 28، مرجع سابق، الفقرة 26.

³ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 19، مرجع سابق، الفقرة 9.

⁴ Report of the Commission on the Status of Women, UN. Economic and Social Council (39th sess.: 1965: New York and Geneva), Adopted at the 1385th plenary meeting, 16 July 1965. In: Resolutions adopted by the Economic and Social Council during its 39th session, Volume I, 30 June-31 July 1965. - E/4117. - 1965. (ESCOR, 39th sess., Suppl. no. 1), E/RES/1068(XXXIX), p 21.

- أن يكون للزوجين الحقوق نفسها، من حيث التنظيم القانوني لمسائل حل وإبطال الزواج، لاسيما أسباب اللجوء الى حل الزواج والدفع القانوني في دعاوى الطلاق وإجراءات الطلاق والانفصال القضائي.

- أن يكفل القانون حق كل من الزوجين في تقديم أو الحصول على الموافقة الكاملة والحرّة في قضايا الطلاق على أساس التراضي، في البلدان التي يكون فيها التراضي سببا للطلاق.

- ينبغي ألا يكون للطلاق أو فسخ الزواج، أو الانفصال القضائي، أو انتهاء الزواج بسبب الوفاة عدم مساواة في المراكز القانونية للرجل والمرأة أي من حيث الامتيازات والحقوق والواجبات، أو في أهليتهما.

وعلى مستوى الصكوك الخاصة بحقوق المرأة، فقد سبق تبين أن إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة قد شدد على ضرورة اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين لاسيما التساوي في الحقوق وأثناء قيام الزواج وعند انحلاله¹.

ولا يختلف الحكم بشأن الطلاق في إطار المساواة الكاملة التي تتادي بها اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة التي ترى بأن تطبيق القانون المدني أو العرفي أو الديني مع عدم مراعاة المساواة في أسباب وإجراءات الطلاق يؤدي إلى انتهاك قاعدة عدم التمييز المنصوص عليها في الاتفاقية².

الأمر الذي تنص عليه قوانين الدول غير الاسلامية، في حين أن نظام الطلاق في أغلب قوانين الأسرة والأحوال الشخصية للدول الاسلامية تعترف بما منحه الشريعة الاسلامية الغراء للزوج في حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ودون أن يتوقف ذلك على موافقة طرف آخر باعتباره صاحب العصمة.

الفرع الثاني

إخضاع طلاق الزوج إلى رقابة القضاء

تبنى المشرع الجزائري في المادة 48 المبدأ الشرعي القاضي بأن العصمة بيد الزوج، ووفقا لهذه القاعدة الشرعية فإن للرجل حق إيقاع الطلاق متى شاء دون قيد أو شرط على إرادته، غير أن المشرع اشترط مرور هذا الطلاق على القضاء وإثباته بحكم قضائي بصريح المادة 49 ق.أ التي نصت على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون تتجاوز مدتها 03 أشهر.

¹ في المادة 2/6 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة.

² المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

وعليه، فإن النص لا يقضي صراحة بحرمان الزوج من حق توقيع الطلاق إلا بمقتضى حكم قضائي بل استمر في تكريس هذا الحق للزوج وتوقيعه بإرادته ومشيئته، غير أن السؤال المثار يدور حول الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج أسوار القضاء.

فمن خلال هذه الفكرة ثار خلاف وسجال فقهي حول مضمون المادة 49 والمقصود بعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي، فالتأثير من نص المادة 48 من ق.أ أن القاضي لا يملك منع الزوج من توقيع الطلاق، ولكن هل يعترف بالطلاق الشفهي ويثبت القاضي في هذه الحالة بأثر رجعي، والذي ولا يتصور إنكاره خاصة وأنه التعبير للحقيقة الشرعية للطلاق.

إن القول بأن المشرع لا يعترف سوى بالطلاق الذي يوقعه الزوج أمام القضاء، فيه من الموائمة لمبدأ المساواة وفقا للمعايير الدولية لحقوق الانسان، باعتبار أن منح الزوج قرار إنهاء الحياة الزوجية بإرادته المنفردة ومتى شاء حسب هذه المعايير، فيه تكريس لدونية المرأة، فهل أن المشرع الجزائري استجاب لبعض هذه المطالبات، وأضحى القانون لا يعترف سوى بالطلاق الواقع أمام القضاء؟

في هذا الصدد ذهبت أقلام من رجال القانون إلى التأكيد على أن الطلاق حق للزوج يمارسه كمارسته لأي حق آخر مقيد بعدم التعسف كأن يقع لمجرد الإضرار بالزوجة، لذا فهو يمارسه في كل الأحوال، ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولا دخل لإرادة القاضي في إنشاء هذا الحكم¹، والقول بأن الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي يعد خرقا وتحريفا للمادة 48 من قانون الأسرة ومخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية².

والمصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 49 هو "الإثبات" وليس "الوقوع"، وأن الحكم الذي يشترطه القانون الغرض منه إثبات واقعة الطلاق الذي تلفظ به الزوج، وليس للقضاة إلا الإشهاد بذلك وإثبات واقعة الطلاق بحكم، كما أن عبارة " لا يثبت الطلاق إلا بحكم" الواردة في المادة 49 تدل على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج يقع بمجرد صدور اللفظ الدال على الطلاق، والمقصود من المادة هو الإثبات فقط³، ودور القاضي يكمن في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه طبقا للمادة 49 من ق.أ⁴.

¹ أنظر: عبد الحكيم بن هيري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 76.

² نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، دار فسيلا، الجزائر، ط2، 2009، ص 86.

³ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص 104.

⁴ نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 59.

وما يدعم صحة هذا التفسير أن المحكمة العليا أكدت في العديد من قراراتها الحقيقة الشرعية للطلاق المبنية على أن العصمة بيد الزوج وله حق إيقاع الطلاق دون قيد أو شرط، والقول بأن الطلاق لا يقع ولا يعتد به إلا أمام القاضي يعد مخالفا لهذه الحقيقة الشرعية، وبذلك يقتضي نقض جميع الأحكام المخالفة لذلك.¹

لا شك أن قضاء المحكمة العليا فسر المادة 49 بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكما تصدر الأحكام خالية من التناقض طالما أن الزوج يعلم أن الطلاق واقع ديانة.

وفي المقابل، نجد بأن الأمر يختلف تماما من خلال تقارير الجزائر المقدمة إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، فلما أعربت اللجنة عن قلقها الدائم في عدم مراجعة أحكام قانون الأسرة والتي تضعه في قائمة القوانين التمييزية، بحرمان المرأة من الحقوق المتساوية في المسائل المتصلة بالزواج والعلاقات الأسرية، وعدم تعديل الأحكام التمييزية في الطلاق.²

أكدت الجزائر على أساس تحقيق التساوي بين الجنسين في العلاقات الأسرية، بأن الطلاق لا يتم إلا بحكم قضائي، لأن قانون الأسرة الجزائري يستبعد كل أشكال الطلاق الانفرادي لا سيما الطلاق الشفوي من الزوج³، ولم يعد في إمكان الزوج إيقاع الطلاق بمجرد رغبته في ذلك، بل إن الأمر يقتضي تقديم طلب من جانبه⁴، مما يعني أنه لم يعد هنالك أي وجود للطلاق الانفرادي الذي يوقعه الزوج دون إشراف القضاء.

والمقصود هنا الواقع القانوني لا الواقع الفعلي، أو بعبارة أخرى على المستوى التطبيقي أمام القضاء، وما يثبت ذلك أن هذا الرد جاء في تقرير الأول للجزائر والمرفوع للجنة قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة، وأن التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 لم يزل الغموض الواقع على المادة 49.

¹ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره..... ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للشريعة الإسلامية" / المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 35026 قرار بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04، 1989، ص 86.

² اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28، كانون الثاني/يناير، 2005، التعليقات الختامية حول الجزائر، CEDAW/C/DZA/CC/2، ص 5.

³ التقرير الدوري الثاني للجزائر، CEDAW/c/dza/2، 2003/02/03، ص 89.

⁴ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، محضر موجز للجلسة 412 للنظر في تقرير المقدم من طرف الجزائر CEDAW/c/sr.412، ص 11.

إن هذا الغموض متعمد في رأينا، وإبقاء صياغة المادة على حالها، الغرض منه منح القضاء الجزائري السلطة في إثبات واقعة الطلاق اللفظي كي تصدر أحكام الطلاق بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية وأعراف المجتمع الجزائري، كما أن هذا الموقف غير مبرر ويوحي بالضعف أمام لجان حقوق الإنسان التي تحاول فرض القيم الغربية على منظومتنا القانونية، كما أنه يدخل في إطار الحق في الخصوصية الثقافية كما سنراه لاحقا من خلال هذه الدراسة.

وفي هذا الصدد يشدنا موقف لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حين اعتبرت أن بعض الدول تعتمد إلى النص على المساواة الشكلية "باعتقاد قوانين وسياسات محايدة جنسانيا، ظاهرها معاملة الرجل والمرأة على قدم المساواة، أما المساواة الجوهرية فلا يمكن أن تتحقق إلا عندما تتفحص الدول الأطراف تطبيق القوانين والسياسات والآثار المترتبة عليها وتتأكد من أنها تكفل المساواة في الواقع الفعلي"¹.

الفرع الثالث

المساواة بين الزوجين في التراضي على الطلاق

سننتظر في هذا الفرع إلى مدلول الطلاق الاتفاقي الذي نص عليه قانون الأسرة الجزائري ضمن طرق حل الرابطة الزوجية ضمن المادة 49 (أولا)، وخص تنظيمه الإجرائي وكيفية مباشرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ثانيا).

أولا: مدلول الطلاق الاتفاقي

يعد الطلاق الاتفاقي أو الطلاق بالتراضي مثلما جاء عليه النص في المادة 49 ق.أ؛ من أيسر سبل الطلاق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، وأقلها منازعة لأنه يتم عن اتفاق الزوجين لحل رباط الزواج. ويكتفي القاضي بالإشهاد والمصادقة على الاتفاق المتوصل إليه²، دون البحث في حيثياته وأسبابه. كما تعد مؤسسة الطلاق الاتفاقي التي تجد جذورها في القانون الروماني³، الأكثر تطبيقا في الأنظمة القانونية الغربية، باعتبارها المظهر الأمثل للمساواة بين الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية، انطلاقا من أن

¹ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 29، مرجع سابق، ص 3.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243943، قرار بتاريخ 2000/05/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 112.

³ أنظر: عصمت عبد المجيد بكر، أصالة الفقه الإسلامي (دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة وأصالة

المبادئ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2010، ص 236

إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج من خلال التوافق والتراضي، وتمتد هذه الإرادة المشتركة لإنهاء الزواج لتوصلهما لما هو أفضل وأصلح من البقاء تحت رباط الزواج لتعذر العشرة¹.

وبالرغم من عدم وجود لهذه الصورة من الطلاق في الشريعة الإسلامية لأن الطلاق في الشريعة لا يكون إلا بإرادة الزوج أو في حال إخلال أحد الزوجين بالتزاماته²، فالتراضي على الطلاق في الإسلام يكون بمقابل تدفيع الزوجة الكارهة لزوجها وهو ما يعرف بالخلع، أما صورة الاتفاق على الطلاق بدون مقابل فهي من النوازل التي لم نجد لها حكما يماثلها لدى جمهور الفقهاء، وطالما وُجد الاتفاق بين الزوجين فلا يمكن تطبيق أحكام الخلع وفقا لقانون الأسرة الذي اقتبس الطلاق بالتراضي من القانون المدني الفرنسي.

بحيث يستطيع الزوجان إنهاء العلاقة الزوجية بالإرادة المشتركة لأن القانون الفرنسي لا يسمح لهما بذلك إلا إذا أثبت أحدهما إخلال الآخر بالتزاماته، وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسي بالطلاق اللطيف "Divorce gracieux" مقابل الطلاق بالمنازعة عند عدم التراضي بين الزوجين³، هذا الاتفاق على الطلاق يعكس ميل المشرع إلى منح الزوجين استقلالية أكبر في إدارة طلاقهما⁴، بعد أن كان الطلاق والانفصال غير ممكن طبقا لأحكام الكنيسة السائدة في فرنسا إلى غاية صدور قانون 1972 الذي أضفى الصيغة التعاقدية على الزواج، وأجاز اللجوء إلى حل الزواج بتراضي الزوجين أمام القضاء⁵ بداية من الثمانينيات عن طريق تقديم طلب الطلاق المشترك، المرفق باتفاقات الزوجين لمعالجة الآثار والعواقب المترتبة على الطلاق⁶، بحيث يكون دور القاضي مقتصرًا على منح هذا الاتفاق القوة والحجية القانونية، دون أن يفصل في أي نزاع بين الزوجين⁷.

وعليه، فالطلاق بهذه الصورة يُقصد به أن كلاً من الزوجين مقتنع بفك الرابطة الزوجية، ويرغب في ذلك لاستحالة استمراريتها لأي سبب من الأسباب أو أي ظرف كائن، يجعل من أحدهما أو كلاهما غير

¹ إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف، ع4، سبتمبر 2004، ص 68-69.

² تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص 45

³ المرجع نفسه والصفحة.

⁴ Alain Roy, Déjudiciarisation et divorce consensuel : Perspectives socio-juridiques, dans Nicholas Kasirer et Pierre Noreau (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Montréal, Édition Thémis, 2001, p 289.

⁵ Dumusc, Daniel. Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes. Vol. 14. Librairie Droz, 1980, p 16.

⁶ Adrian Popovici, Le Divorce Gracieux, 98 Rev. Notariat, n° 493, 1995, p 489-491

⁷ Bertrand-Mirkovic, Aude. Droit civil : personnes, famille. Vol. 401. Studyrama, 2004, p 264.

قادر على الاستمرار تحت مظلة الزواج، وتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق¹، دون الدخول في النزاع والصراع، مقارنة بحالات الطلاق الأخرى التي غالباً ما تشهد نوعاً من الصدام بين الزوجين.

كما يتفادى الزوجان باللجوء لهذا النوع من الطلاق الكشف عن خلافاتهما أو أي من أسرارهما، والحفاظ على سرية حياتهما الزوجية وخصوصيتها، بعدم طرح أي نزاع أمام القضاء، إذ لا يجوز للقاضي قانوناً أن يستفسر عن الأسباب الرامية للجوء لهما لحل الزواج والبحث في أسباب الانفصال، إضافة إلى أن هذا الطريق ينسجم مع فلسفة المساواة في المواثيق الدولية.

وكذا ضمان تطبيق الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في الدول الأوروبية، التي غالباً ما ترفض الاعتراف بحجية الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، لمخالفتها النظام العام في الدول الأوروبية المبني على المساواة بين الزوجين في حل الزواج، في حين أن الطلاق الانفرادي يعتبر في نظر القضاء الأوروبي مكرساً لمبدأ اللامساواة، وكذا غياب حقوق المرأة في الدفاع، والطعن في هذا النوع من الأحكام².

وبما أن المشرع قد سمح بهذا النوع من الطلاق، فإنه لا يتصور وقوع الطلاق بصورة التراضي والاتفاق، إلا ضمن الحالات التي نص عليها الفقه الإسلامي، ولكل حالة أثرها المترتب عليه شرعاً، مما يجعل الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي مغايراً للصورة التي استحدثها المشرع، وبالتالي يختلف الأثر المترتب عن كل صورة تبعاً لحكمها الشرعي، بينما لا يختلف الحكم وفق نظرة المشرع الجزائري سوى من الناحية الإجرائية بين الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي، في حين يكمن الاختلاف في الأثر المادي المتعلق بالتعويض عن الطلاق بالإرادة المنفردة إذا ما كلفه القاضي بأنه طلاق تعسفي يوجب التعويض للمطلقة حسب المادة 54 من قانون الأسرة³.

¹ باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، ط1، 2007، ص 28.

² أنظر: جمال الخمار، الوضعية القانونية للمغاربة المقيمين في بلجيكا على ضوء القانون الدولي الخاص البلجيكي، مجلة الملف، ع 16، أبريل 2010، ص 199.

³ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2009/2008، ص 603.

ولا يشذ الطلاق بالتراضي عن نوعي الطلاق المتبقيين بخصوص وجوب حصوله لدى المحكمة، لكنه يختلف عنهما باعتبارهما لا يخضع في تحقيقه إلى الاجتهاد المطلق للقضاء¹، مثلما هو الشأن بالنسبة للطلاق وتكييفه على أنه طلاق تعسفي أو تقدير مدى توفر حالة التطليق كالتطليق للضرر أو العيوب.

ثانيا: التنظيم الإجرائي للطلاق بالتراضي

نظم المشرع الجزائري الجانب الإجرائي للطلاق بالتراضي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخصه بتسع مواد، مبتدئا بإيراد تعريف قانوني في المادة 427 تؤكد قوامه المتمثل في أن الموافقة هي المفهوم الرئيسي لهذا الطلاق بنصها على أن " الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

ويتم إفراغ هذه الإرادة بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة موحدة تودع بأمانة ضبط المحكمة، متضمنة البيانات المشار إليها في المادة 429 إ.م.إ²، وإذا كان قانون الأسرة قد منح للزوجين حق الاتفاق والتراضي على الطلاق، إلا أن إرادتهما مقيدة فيما يخص شروط هذا الاتفاق بما لا يتعارض مع مصلحة الأولاد ولا يخالف النظام العام، وللقاضي أن يلغي هذه الشروط أو يعدل فيها، في حال مخالفتها لهذه المقتضيات³.

وبالرغم من أن المبدأ في الاتفاق بين الزوجين على الطلاق يتبعه اتفاق أولي ودائم طوال فترة دعوى الطلاق، إلا أنه لا مانع -قانونا- من أن ينصب الاتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية دون أن يمتد هذا الاتفاق إلى الآثار المتعلقة بالطلاق وحقوق الأبناء، وترك هذه المسائل للأحكام المنظمة لها في قانون الأسرة، وللسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

ويحتفظ قاضي شؤون الأسرة بصلاحياته في الاستماع إلى الزوجين والتأكد والوقوف على حقيقة إرادتهما وخلوها من أي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والابتزاز، عن طريق الاستماع إليهما وإجراء

¹ كارم الجوة، الطلاق بالاتفاق: الإشكاليات، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، ع 7، 2012، تونس، ص 348.

² نصت المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب تضمن العريضة الموحدة على الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب، اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما، تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر بالإضافة إلى عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق، كما يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين.

³ المادة 431 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

محاولات الصلح المنصوص على وجوبيتها في المادة 49 من قانون الأسرة، للمساهمة في الإصلاح بين الزوجين والتي لا ينبغي أن تهمل الآثار المترتبة عن الطلاق على الأسرة والمجتمع ولو كان متقفا عليه وخاليا من النزاع، غير أن مساعي الصلح في الواقع العملي تكون غالبا مآلا للفشل لأن إرادة الزوجين استقرت على حل رباط الزواج بينهما، ولصعوبة إحاطة القاضي بالأسباب التي أدت بالزوجين إلى اختيار حل الزواج ومحاولة اقناعهما بالعدول عن قرارهما بالطلاق.

وفي حال فشل مساعي القاضي في الصلح وإقناع الزوجين بالتراجع عن قرارهما، يثبت القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الحكم النهائي القاضي بالطلاق¹.

وخروجا عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 57 من قانون الأسرة التي تقضي بقابلية استئناف الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع في جوانبها المادية، مما يجعل القاضي يعمل على الإشهاد على رغبة الطرفين بالطلاق بالتراضي "ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"²، حسب ما قضت به المحكمة العليا.

كما أن الماد 57 المعدلة عدت على سبيل الحصر صور الطلاق التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدى جوانبها المادية، ولم تذكر صورة الطلاق بالتراضي بعد أن كان النص قبل التعديل عاما يشمل جميع أحكام الطلاق³، وفي ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسري عليها ما يسري على باقي الصور الأخرى، باعتبارها مجرد إشهاد فهي لا توصف بالابتدائية ولا النهائية⁴، وهو ما أكدته المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما قررت أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف، في حين أن المشرع حين تنظيمه لإجراءات الطلاق بطلب أحد من الزوجين في نفس القانون، لم يذكر بأن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف مثلما نص عليها صراحة في المادة 433 إ.م.إ.، مما يبقي على نص المادة 57 من قانون الأسرة كمرجع لهذه الصور من الأحكام⁵.

¹ الفقرة 3 من المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243943، قرار بتاريخ 2000/05/23، المجلة القضائية، مرجع سابق، ص 112.

³ كانت الماد 57 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة قبل تعديله بالأمر 05-02 تنص على أن "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية".

⁴ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 608.

⁵ عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، ط 4، 2003، ص 352.

وبذلك يكون الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي يميل إلى حد كبير ليكون من قبيل الأعمال الولائية لقاضي شؤون الأسرة، طالما أن قراره لا يقبل الاستئناف بأي حال من الأحوال.

كما يثار التساؤل حول رجوع أحد الزوجين عن الاتفاق على الطلاق بعد إيداع دعوى الطلاق لدى المحكمة أو أثناء سريانها أمام القضاء وقبل صدور حكم بات يقضي بتثبيته، فبما أن الطلاق بالتراضي يعد من قبيل الحقوق الإرادية للزوجين ويتم عن طريق دعوى مشتركة أمام القضاء، فيبقى الرجوع حقا مكفولا ولو دون اتفاقهما طالما أن طلب الطلاق لم يتم المصادقة عليه بحكم قضائي يثبتته طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة، كما أنه وفقا للمحكمة العليا فإن الطلاق بالتراضي قانونا ما هو إلا إسهاد على رغبة الطرفين في الطلاق بالتراضي¹، عن طريق القضاء لإضفاء الشرعية على قرارهما، وما دام الرجوع عن الاتفاق على الطلاق نتيجة طارئ على رغبة أحد الطرفين، يجعل الحرمان من حق الرجوع بمثابة إسهاد على إرادة لم تعد موجودة، وهو ما يعد خرقا للقانون وإرادة الطرف العادل.

وإلى نفس الاتجاه سار الاجتهاد القضائي التونسي مؤخرا خاصة إذا كان الرجوع متعلق بحقوق الأبناء، فبعد أن ظل الاجتهاد القضائي يعتبر الطلاق الاتفاقي دعوى رضائية مشتركة لا يمكن الرجوع فيها من طرف واحد، دون موافقة الطرف الآخر²، أكد قرار تعقيبي حديث إمكانية الرجوع في الاتفاق على الطلاق بالتراضي من طرف الزوجة لتعلق ابنها بوالده، ومنحها حق العدول عن الموافقة على الطلاق لما رأت فيه من تأثير الفراق على ابنها³.

المطلب الثاني

تقليص نطاق التمايز في حل الزواج بتوسيع إرادة الزوجة في التطبيق

بغية التعزيز من إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، والتقليص من نطاق التمايز المحظور في المواثيق الدولية التي نصت على حرية الزوجين وتساوي مركزيهما في اللجوء إلى الطلاق دون تمييز. عمد

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243943، قرار مشار إليه سابقا.

² أنظر في ذلك: قرار تعقيبي مدني عدد 6190 مؤرخ في 12 جانفي 1982، وقرار تعقيبي مدني عدد 76239 مؤرخ في 9 مارس 2000، منشور على موقع منظومة "دعم حقوق المرأة والطفل في تونس من خلال تكنولوجيا المعلومات" أعدده خبراء تونسيين في إطار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي وبرنامج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للتنمية في المنطقة العربية،

<http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=132>

³ محكمة التعقيب، قرار تعقيبي عدد 48779.2017، مؤرخ في 18/10/2017.

المشرع الجزائري لمسايرة هذه التوجهات والمبادئ وتنفيذا لها، إلى فتح باب التطلاق على مصراعيه¹، بتوسيع الحالات التي تبيح للزوجة التطلاق تحت رقابة القضاء. لذا سنتناول في هذا المطلب كل من حالات التطلاق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، انطلاقا من الحالات المنصوص عليها قبل تعديل قانون الأسرة بمقتضى الأمر 02-05 (الفرع الأول) ثم الحالات المضافة بموجب التعديل السابق ذكره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق إرادة الزوجة في التطلاق في قانون الأسرة قبل تعديله

وفقا لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، فإن للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة طلبها للتطلاق بإرادتها المنفردة، متى كان بقائها تحت عصمة زوجها يسبب لها ضررا، انصافا لها ورفعاً للظلم الواقع عليها²، لذا يعد التطلاق من الناحية القانونية طلاق بناءً على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي استنادا على أمر نص عليه القانون على سبيل الحصر، رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة من البقاء معه، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والانصاف³.

وإذا كانت مدارس الفقه الإسلامي على اختلافها قد تباينت مواقفها من مسألة التفريق القضائي بناءً على طلب الزوجة، بين مضيق وموسع في الأسباب التي يباح للزوجة بموجبها اللجوء للتطلاق، إلا أن قانون الأسرة الجزائري توسع في هذا الباب مقارنة بما عليه الأمر في الفقه الإسلامي، موردا أسباب التطلاق في طيات المادة 53 قبل تعديلها في سبع حالات على سبيل الحصر⁴.

¹ زكية حميدو تشوار، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ع 10، ص 121.

² إدريس فاضلي، قانون الأسرة بين الثبات والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد 4، 1996، ص 631.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول- الزواج والطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2004، ص 273/ العربي بلحاج أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 230.

⁴ خصص قانون الأسرة المادة 53 لمسألة التطلاق، وحصر جميع أسبابه في نفس المادة بحيث يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة

أولاً: التطبيق لعدم الانفاق

يعد التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من الحقوق المالية الثابتة للزوجة على زوجها، بدليل القرآن والسنة، وهو ما درجت التشريعات الوضعية على تقنيه في القوانين المنظمة للأحوال الشخصية، فالنفقة واجبة على الزوج في قانون الأسرة بالدخول وحسب وسعه، وفقاً للشروط والكيفيات المنصوص عليها في المادة 37 قبل تعديلها والمواد 78، 79 و 80 من قانون الأسرة¹، فإذا امتنع الزوج عن أداء واجبه، جاز للزوجة اللجوء إلى القضاء وطلب الفرقة.

فمن الخيارات المتاحة أمام الزوجة لتطلب التفريق إذن عدم الانفاق، وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، باعتباره ظلماً وإيذاءً لها، شريطة ألا يكون له مال ظاهر تستوفي نفقتها منه جبراً، فإذا لم يكن له مال ظاهر، فهي مخيرة بالاتفاق بين طلب الفرقة والصبر عليه، في حين يرى الشافعية أن النفقة تصير ديناً على الزوج إذا ما صبرت عليه، أما إذا طلبته الزوجة فعلى القاضي أن يمهلها ثلاثة أيام ليتحقق فيها من إعساره، ثم يفسخ العقد في صبيحة اليوم الرابع، أو يأمرها هي بفسخه².

ودليلهم في ذلك قوله تعالى (وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا)³، وكذا قوله تعالى (فَأَمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)⁴، والأمساك بالمعروف يقتضي أداء حقها في النفقة، وبالامتناع عن ذلك يكون مضراً بها خاصة مع انعدام مورد مالي لها.

وكذا يستدل الجمهور على جواز التفريق إذا أعسر الزوج بالنفقة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه فيما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم "أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني..⁵"

فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، كل ضرر معتبر شرعاً، وأخيراً لارتكاب فاحشة مبيحة".

¹ أنظر في ذلك: أحكام النفقة وشروطها في قانون الأسرة في الصفحة 110-113.

² محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص 518/ محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1997م، ص 578/ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت - ط2، 1424 هـ / 2003م، ص 509 / السيد سابق، فقه السنة، ج2، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، دون طبعة وسنة النشر، ص 186.

³ سورة البقرة، الآية 231.

⁴ سورة البقرة، الآية 229.

⁵ أنظر: محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد 13، دار ابن الجوزي، الرياض، ط 1،

1428هـ، ص 492-493.

وعلى ذلك، فإذا ما أعسر الزوج أو امتنع ظلماً عن الانفاق فإنه يُلزم بالطلاق إذا اختارت الزوجة ذلك. وقال الإمام الشافعي بخصوص الحديث السابق "هذا بيان على أن عليه طلاقها"¹.

كما استدلووا بحديث آخر للنبي صلى الله عليه وسلم "أنه في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما".

ومن الأثر ما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) "أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم: إما أن ينفقوا وإما أن يطلقوا ويبعثوا نفقة ما حبسوا"².

بينما يرى الحنفية والظاهرية عدم جواز التفريق لعدم الانفاق، فيرى الأحناف أنه من أعسر بنفقة زوجته لم يفرق بينهما وعليها في هذه الحالة أن تستدين عليه³، ومعنى الاستدانة كأن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه، فالمعسر عند الأحناف لا ظلم منه إنما الظلم هو التخليق عليه⁴، ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر فهو ظالم ولا يفرق كذلك بينهما، ويبيع الحاكم أو القاضي عليه ما يملكه ويصرفه في نفقتها، فإن لم يجد ما يملكه فيحبسه لإجباره على الانفاق ولا يفرق بينهما⁵.

وذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك؛ حيث يرى بأن المرأة مكلفة بالإنفاق على نفسها وعلى زوجها المعسر العاجز عن الانفاق وفي ذلك يقول "فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليها ولا ترجع عليه من ذلك إن أيسر"، وما يرجح ذلك عنده قوله تعالى (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا)⁶، وبما أن الزوجة وارثة فعليها نفقتها⁷.

¹ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج6، مرجع سابق، ص 277.

² أنظر: الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ص 353.

³ محمود بن أحمد العيني، البناءة في شرح الهداية، ج5، دار الفكر، بيروت، ط2، 1411هـ/1990م، ص 505.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 351.

⁵ كمال الدين محمد بن عبد بن همام، فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص 390.

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ ابن حزم، المحلى، ج10، مرجع سابق، ص 92.

كما يستدل الأحناف ومن وافقهم، من الكتاب في قوله تعالى (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)¹، وقوله تعالى: (وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ)².

ووجه الدلالة من الآية الأولى أن الزوج لا يكلف بالإنفاق على زوجته حال فقره وعجزه، ولا يعد أنما بامتناعه لعدم قدرته لذلك لم يجز التفريق بينه وبين امرأته، كما أن الخطاب في الآية يدل على أن العسر يرجى له اليسر، وفي ذلك دليل على بطلان قول من فرق بين العاجز عن نفقة زوجته وبينها³، والمرء لا يعاقب بترك ما لا يطيقه ويقدر عليه.

ودلت الآية الثانية عندهم أن غاية النفقة أن تكون دينا في الذمة، وقد أعسر الزوج بها، فكانت مأمورة بالانتظار بالنص⁴.

ومن السنة النبوية فيما رواه مسلم، أن النبي صلى الله عليه وسلم غضب على نسائه واعتزلنهن شهرا حين طالبنه بما ليس عنده من نفقة بعد أن قلن "والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أبدا ليس عنده "

كما استدلوا بحال الصحابة -رضي الله عنهم - فقد كان فيهم المعسر والموسر، ورغم ذلك لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فرق بين زوجين لإعسار الزوج بالنفقة⁵.

وعلى اعتبار أن النفقة من الحقوق الثابتة للزوجة على زوجها، والحياة الزوجية لا تستقيم دون أداء هذا الواجب خاصة عند تعسف الزوج، ولم يكن للزوجة مورد مالي، فإن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية أخذ بمذهب الجمهور في المسألة واعتبر الامتناع عن الإنفاق أول سبب من الأسباب الموجبة لطلب التطلاق طبقا لفقرة الأولى للمادة 53 من قانون الأسرة، وحسب نفس الفقرة فإن للزوجة رفع أمرها إلى القضاء وطلب التطلاق بإرادتها المنفردة، بعد صدور حكم قضائي بوجود الإنفاق دون يتوقف ذلك على الحصول على موافقة الزوج من عدمها، مالم تكن عالمة بإعساره وعجزه عن أداء النفقة وقت إبرام عقد الزواج، وتكون حرية الزوجة في هذه الحالة مطلقة في الخروج من علاقة زوجية لا ترغب فيها استنادا

¹ سورة الطلاق، الآية 7.

² سورة البقرة، الآية 288.

³ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج5، مرجع سابق، ص 361.

⁴ كمال الدين محمد بن عبد ابن همام، فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص 390.

⁵ شمس الدين ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ص 463.

للضرر الواقع عليها بسبب عدم الانفاق، فطالما أنه ثبت للقاضي عجز الزوج أو امتناعه تعسفيا في الإنفاق فليس له سوى الاستجابة لإرادة الزوجة في التفريق متى ثبت له توفر الشروط التي أوجبتها المادة 1/53 وهي كالآتي:

1- امتناع الزوج عن أداء واجب الإنفاق قصدا وعمدا.

2- ضرورة استصدار حكم قضائي يوجب نفقة الزوجة، ولا يكون ذلك إلا بناءً على دعوى ترفعها الزوجة، فإذا ثبت للقضاء حصول امتناع من الزوج عن الإنفاق، فإن القاضي في هذه الحالة ملزم بإصدار حكم يوجب ويجبر الزوج على نفقة زوجته بمشتملاتها المنصوص عليها في المادة 78، وبهذا يصير الامتناع مثبت أمام القضاء وبموجب القانون، أما في حالة رفع دعوى سابقة لهذا الشرط فإن طلب التظليق يكون مرفوضا لعدم استقواء هذا الشرط المهم ومخالفا لقواعد العدالة والانصاف، طالما أن احتجاج الزوجة بعدم الإنفاق لا يجد ما يثبتته، وكذا حماية للأسرة إذ يمكن أن ينفذ الزوج الحكم القضائي ويتراجع عن تعنته في عدم الإنفاق.

3- ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت انعقاد الزواج، فطالما أنها قبلت بالزواج بالرغم من علمها بإعسار الزوج، فلا يصح معاقبته بالاستجابة لإرادة الزوجة ما دام أن إرادتها اتجهت لإبرام عقد الزواج رغم وجود هذا العجز والاعسار، ويسقط حقها قانونا في طلب التظليق.

كما أضاف الأستاذ العربي بلحاج شرطا آخر وهو ألا يكون امتناع الزوج بسبب إعساره¹، وهو ما يوافق رأي الأحناف المشار إليه آنفا في المسألة، إلا أن هذا الرأي تضعف حجته أمام شرط جهالة الزوجة بإعسار زوجها وقت انعقاد الزواج، وعلى سبيل المخالفة فإن عدم علمها أو حصول الاعسار بعد مدة من انعقاد الزواج، فلها الحق الكامل في اللجوء إلى طلب التظليق، ويكون الاعسار طبقا للمادة 1/53 موجبا في هذه الحالة للتظليق.

4- أغفل المشرع الجزائري شرط ألا يكون للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه جبرا، فإذا طلبت الزوجة التظليق لعدم الإنفاق يمكن للقاضي أن يأمر بالتنفيذ على أموال الزوج الظاهرة واستقواء حق الزوجة في النفقة، ويتفادى القاضي الحكم بالتظليق حماية للأسرة، وهو نصت عليه العديد من التشريعات العربية كقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 110، ومدونة الأسرة المغربية في مادتها 102.

¹ العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 233.

وعلى ما تقدم، فإنه إذا ما صدر الحكم القضائي الموجب بالنفقة على الزوج لامتناعه عن أدائها طواعية، وبعد استيفاء إجراءات التبليغ المنصوص عليها في المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وامتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القضائي في مهلة 15 يوما طبقاً لأحكام القانون الجديد، يحرر المكلف بالتنفيذ أي المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، تُثبت الزوجة بموجبه أحقيتها في طلب التطلق.

ويثار التساؤل هنا حول نوع الفرقة التي تحصل بالطلاق لعدم الإنفاق حسب أحكام قانون الأسرة الجزائري، فإذا كان الأمر محل خلاف في الفقه الإسلامي بحيث ذهب جمهور الشافعية والحنابلة لاعتبار الفرقة فسخا لا طلاقاً، لوقوعه بحكم القاضي أو الحاكم، واعتبره المالكية من جهة أخرى طلاقاً رجعيًا، وللزوج أن يراجع زوجته إذا أيسر فترة العدة¹.

فإن المشرع الجزائري اعتبر جميع الأحكام الصادرة بانحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بالتطلق والخلع، طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلا بعقد جديد، وذلك بالرجوع لأحكام المادة 48 التي نصت على أنه " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". في حين اعتبرت المادة 50 أن صدور الحكم القضائي المثبت للطلاق في كل الأحوال المذكورة في المادة 49 و53 و54 يعتبر طلاقاً بائناً لا رجعة فيه، حيث قضت نفس المادة أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

ثانياً: التفريق للعيوب والأمراض

تعد مقاصد حفظ النسل والبضع أي الفرج من المقاصد الأصلية لتشريع الزواج في الشريعة الإسلامية، لذا فإن كل ما يحول دون تحقيق هذه المقاصد لإحدى طرفي الرابطة الزوجية، بوجود أمراض وعيوب عند أحد الزوجين أمر موجب لطلب التفريق عند أغلب مدارس الفقه الإسلامي. ويتضح من نص 2/53 أن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة²، فإذا تبين أو حصل نقيض ذلك بوجود العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ومقاصده وتؤثر على الحياة الزوجية، جاز للزوجة أن تطلب التطلق عن طريق القضاء.

¹ شمس الدين ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ص 457-458.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، مرجع سابق، ص 282.

وعرف الفقه الإسلامي ثلاثة مذاهب بخصوص مسألة حق السليم في طلب التفريق للعيوب والأمراض:

فلم يجز المذهب الأول الفرقة بسبب وجود مرض جسدي ولو تعلق بالأعضاء التناسلية أو كان المرض عقليا كالجنون، إلا في حالة اشتراط الزوجة السلامة من الأمراض والعيوب في عقد الزواج¹، وهو قول الظاهرية، ففي قول لابن حزم أن النكاح "لا يفسخ بعد صحته بجذام حادث، ولا ببرص، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنائة، ولا بداء فرج، ولا بشيء من العيوب"².

وحصر المذهب الثاني حق التطلاق للزوجة إذا وجدت في زوجها عيبا تناسلي يحول دون تحقيق مقاصد الوطء والتناسل، أما الزوج فلا يثبت له هذا الحق لإمكانية دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، والمرأة لا تملك ذلك، لهذا اعتبروا أن خلوها من العيب ليس بشرط للزوم النكاح ولا يفسخ على ذلك بأي عيب من العيوب الموجودة فيها³.

وهي خمسة عيوب عند أبو حنيفة وأبو يوسف، اعتبرها مخالفة لمقصود النكاح⁴، ومستدلين عدم ثبوت هذا الحق للرجل بقوله تعالى (فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ)⁵، فمادام الرجل عاجز عن الإحسان إلي زوجته ومعاشرتها بالمعروف بسبب تلك العيوب وجب تسريحها لاستحالة العشرة بينهما وتحقيق ما يتطلع إليه الأزواج، فثبت للزوجة خيار الفسخ إزالة للضرر⁶.

وتبدو الحكمة من اقتصارهم على العيوب الجنسية في أن الغاية من الزواج حفظ النسل من الانقطاع، فإذا لم يكن الرجل قادرا على ذلك، فقد أصبح تنفيذ العقد مستحيلا فلا جدوى من بقاءه، كما أن بقاء الزوجة مع هذه العيوب يلحق بها ضرراً بالغا ولا يزول إلا بالتفريق عن طريق القاضي⁷.

أما المذهب الثالث، فيرى أن التفريق للعيوب حق مشترك بين الزوجين، متى وجد أحدهما عيبا يحول دون تحقيق مقصود النكاح، وإن اختلفوا في تحديد ماهية العيب وهو قول جمهور المالكية والشافعية

¹ محمد ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج9، ص 289.

² المرجع نفسه، ص 279.

³ علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص 632.

⁴ والعيوب هي الجب، والعنة والتأخذ والخصاء والخنوثة.

⁵ سورة البقرة، الآية 229.

⁶ علاء الدين الكاساني، المرجع سابق، ج2، ص 632.

⁷ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 355.

والحنابلة، وصنفوا هذه العيوب والأمراض الى ما هو مشترك بين الرجل والمرأة وإلى ما يختص به أحدهما دون الآخر أجازوا بها التفريق بين الزوجين.

ويثبت الحق للرجل في التفريق كما للمرأة، على الرغم من إمكانية دفع الرجل الضرر عنه بالطلاق، لتلا يعد متعسفاً بالطلاق فتفرض عليه تبعات مالية أو التزامات أخرى يحملها القضاء على الرجل المتعسف. فعند المالكية¹، يفرق بالعيوب المشتركة وهي الجنون والجدام² والبرص والعنيفة³، والخناثة المشكلة، أما العيوب الخاصة بالرجل فهي الجب⁴، والخصاء⁵، والاعتراض⁶، والعنة⁷، وحصروا في المقابل العيوب الخاصة بالمرأة في خمسة عيوب وهي الرتق⁸، والقرن⁹، والعفل¹⁰، والإفشاء¹¹، والبخر¹².

أما الشافعية فيثبت خيار الفسخ بالعيوب الجنسية الخاصة بالرجل والمرأة، وهي العنة والجب عند الرجل، والرتق والقرن بالنسبة للمرأة، أما العيوب المشتركة فهي من الأمراض المنفرة وهي الجنون والجدام والبرص¹³.

ولا خلاف عند الحنابلة في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الزوجية، لكن: "إذا كان المانع موجوداً لدى الطرفين بأن يكون الزوج عنيماً والزوجة رتقاء، ففي أحد القولين لهم لا يفرق بينهما"¹⁴، أما

¹ أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج29، مطابع دار الصفوة، الكويت، ط1، 1414هـ/1993م، ص 27-28.

² مرض يصيب العضو فيحمر ثم يسود وينقطع يتناثر منه اللحم.

³ التغوط عند الجماع.

⁴ الجب عند الجمهور والمالكية هو قطع الذكر والأنثيين.

⁵ قطع الأنثيين أو رضهما.

⁶ مناطه عدم القدرة على الوطء وهو عند المالكية عدم انتشار الذكر، ويقابله عند الجمهور العنة.

⁷ هو العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه

⁸ انسداد محل النكاح بحيث لا يمكن معه الوطء.

⁹ عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر.

¹⁰ رغبة في الفرج تحدث عند الجماع تمنع لذة الوطء، وقيل ورم وقيل هو القرن.

¹¹ اختلاط مسلك النكاح مع أحد السبيلين.

¹² نتن الفرج أو الفم.

- أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 29، ص 27-28.

¹³ أنظر ابن كثير، مسند الفاروق، ج1، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1411هـ/1991م، ص 407.

¹⁴ ياسر محمد قديو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ط1، 2008، ص 256.

الأمراض غير التناسلية والمنفرة كالجنون والبرص والجذام فلآخر فسخ النكاح، ولا حق له في الفسخ إذا رضي بالعيب بعد ظهوره، وإذا فسخت الزوجة فليس لها أن تأخذ شيئاً من جهازها، ويسقط حقها في المهر إذا كان الفسخ منها قبل الدخول¹.

ومن بين ما يستدل به الجمهور على جواز التفريق للعيب قوله تعالى (فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، والإمساك بالمعروف لا يكون مع وجود العيوب التي تمنع مقصود النكاح من الوطء والعيش المشترك والمودة بين الزوجين.

ومن السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم "تزوج امرأة من بنى غفار فرأى بكشحا بياضا فقال لها: البسي ثيابك والحقي بأهلك"²، وفي رواية "قال: أرخي عليك، فخلى سبيلها، ولم يأخذ منها شيئاً"³.

فدل الحديث على أن النفور من الأمراض التي لا تستقيم معها الحياة الزوجية ولا يمكن استمرارها لنفور الزوج وعدم مقدرة الشخص على المعاشرة الزوجية مع المصاب بالأمراض المنفرة، ويقاس على ذلك العيوب التناسلية والجنسية لشدة وطئها على النفس والمعاشرة.

غير أن الحديث ضعيف ولا يصح عند أهل العلم، وبه اضطراب في متنه وإسناده⁴.

أما إذا كان العيب حادثا بعد الزواج، فاختلف الفقهاء في جواز التفريق:

فقال الحنفية "إذا جن الرجل، أو أصبح عنيماً، بعد الزواج، وكان قد دخل بالمرأة، ولو مرة واحدة، لا يحق لها طلب الفسخ، لسقوط حقها بالمرأة الواحدة قضاء، وما زاد عليه فهو مستحق ديانة لا قضاء"⁵.

وفرق المالكية في العيب الطارئ على العقد بين عيب الزوجة وعيب الزوج، فإن كان في الزوجة فلا يحق للزوج خيار الفرقة مطلقاً ويعتبر ذلك مصيبة حلت به وله دفع الضرر بالطلاق، أما إذا كان العيب حادث في الزوج فتخير الزوجة إن كان العيب فاحشاً كثير الضرر لعدم إمكانية استمرار العشرة معه⁶.

¹ أحمد ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ج32، مرجع سابق، ص 171.

² ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 6، المكتب الإسلامي، بيروت، باب حكم العيوب في النكاح، ط1، 1399هـ/1989م، ص 326.

³ السنن الكبرى للبيهقي، ج7، مرجع سابق، باب ما يرد به النكاح من العيوب، حديث رقم 14221، ص 348.

⁴ أنصر الحافظ نور الدي الهيتمي، بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنع الفوائد، ج4، دار الفكر، بيروت، 1414هـ/1994م، ص 552.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 522.

⁶ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، مرجع سابق، ص 71.

أما عند الشافعية، فيحق للزوجة في القول القديم خيار الفرقة دون أن يحق ذلك للزوج لعدم قدرتها على الطلاق، وفي القول الجديد يحق لكليهما الخيار لأن الزوجة لما استحقت عليه الخيار بالعيوب الحادثة، استحق هو كذلك عليها خيار التفريق¹، لقوله تعالى (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)²، ووافقهم الحنابلة في ذلك، واستثنى كلاهما العنين، فقالوا: "إن وصل إلى زوجته مرة ثم تعنن، لم يكن لها خيار"³.

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء على اختلاف مذاهبها، نجد اتفاق أغلبهم على حق المرأة في التطليق للعيوب، سواء كانت العيوب سابقة أو لاحقة لعقد الزواج، وضمان ذلك مراعاة لحالتها في عدم امتلاكها للطلاق بإرادتها المنفردة، خلافا للرجل الذي لا يحق له ذلك عند الكثير من أهل الفقه للإمكانية دفع الضرر عن نفسه بالطلاق.

كما حصر الفقهاء القدامى العيوب التي تجيز خيار الفرقة تبعا لما كان سائدا في وقتهم من عيوب وأمراض، خلافا لما صار عليه الحال بعدهم، وظهور العديد من الأمراض الجديدة لا سيما المعدية منها والمهلكة كتنقص المناعة المكتسب "الإيدز"؛ فقد سؤل الإمام مالك في ذلك فقال: "لا ترد، ولا ترد من عيوب النساء في النكاح إلا من الذي أخبرتك به"⁴، وقال الإمام الشافعي: "لو تزوج امرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكرة، فوجدها عجوزاً قبيحة معدمة قطعاً ثيباً أو عمياً، لا خيار له، وقد ظلم من شرط هذا نفسه"⁵.

ولأن تصنيف هذه العيوب في خانة ما يجيز الفرقة من عدمه من الأمور التي اجتهدوا فيها وفقا لما يتعارض مع مقاصد الزواج والمعاشرة بالمعروف واستمرار الحياة الزوجية تحت جناح المودة، فإنه لا مانع من إدراج العيوب والأمراض المشابهة والحديثة التي ظهرت في عصرنا والتي تشكل ضرراً أكبر وخطراً ليس فقط على الزوجين بل حتى على الأولاد والمجتمع بالانتقال عن طريق من يحملها.

¹ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، مرجع السابق، ص 347.

² سورة البقرة، الآية 228.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، المرجع السابق، ص 72.

⁴ مالك بن أنس، المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م،

ص 142.

⁵ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، مرجع سابق، ص 91.

في المقابل ذهب جمع من الفقهاء إلى عدم حصر تلك العيوب، كمحمد بن الحسن من الحنفية¹ وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة²، وهو القول السليم لتناسبه مع الواقع.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد أضحى مع تطور الطب المعاصر؛ العديد من العيوب والأمراض التي ذكرها الفقهاء قابلة للعلاج والشفاء، وبخصوص هذا الأمر يقول أحد الأطباء وهو أحمد كنعان صاحب الموسوعة الطبية الفقهية " أصبح الطب في العصر الحاضر قادراً - بفضل الله تعالى - على إصلاح كثير من العيوب، فإن كان النوع القابل للإصلاح انتفت العلة التي تبيح الخيار"³.

وبالرجوع للحديث عن موقف المشرع الجزائري من التطلاق للعيب، فقد يتبين بعد انعقاد الزواج إصابة أحد الزوجين بعيوب وأمراض منفرة وأحياناً مهلكة تمنع من تحقيق مقاصد الزواج، وتؤثر على استقرار الحياة الزوجية، كما قد تظهر بعض هذه العيوب أثناء سيران الرابطة الزوجية مما يحول دون مواصلة الحياة الزوجية بالرغم من تحقق بعض مقاصدها، والغالب في هذه الأحوال أن المرأة تكون أقل قدرة على دفع الضرر بحل الرابطة الزوجية لعدم تساويها مع الرجل في ذلك بإرادتها المنفردة، لذلك أخذ القانون بما يتيح للمرأة حل الزواج لوجود عيب ضمن الأسباب الموجبة للتطلاق في الفقرة 2 من المادة 53 من قانون الأسرة.

ولقد جاءت عبارة المادة 2/53 مطلقة دون أن تحصر أي من العيوب، لا من حيث نوعها ولا من حيث طبيعتها بحيث اكتفى المشرع بإيراد "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وعليه فإن كل عيب جنسي وتناسلي يمنع من تحقق مقاصد وأهداف الزواج من الإحصان والتناسل وحق المعاشرة الجنسية يكون مسوغاً لطلب التطلاق، وكذا كل العيوب الجسدية وحتى النفسية التي تمنع من استمرار المعاشرة على أساس المودة بين الزوجين كالأعراض المنفرة والمنتقلة والجنون وغيرها.

وبالرغم من أن هذه العيوب قد تكون في الزوجة، إلا أن المشرع لم يساوي بين الزوجين إذ أن تطبيق الصياغة الحرفية للمادة 53 يخول الحق للزوجة وحدها في اللجوء إلى التطلاق، ولو كان الزوج ضحية للتدليس، وهو تمييز لصالح المرأة تبرره الظروف المحيطة بها، وليس للزوج في هذه الحالة سوى اللجوء إلى

¹ علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص 328.

² أحمد ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، مرجع سابق، ص 464.

³ أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، عمان، ط1، 1420هـ/2000م، ص 89. نقلاً عن جهاد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1431هـ/2010م، ص 195.

الطلاق دون أن يكون متعسفا فيه إذا ما تأكد للقاضي وجود عيب بالزوجة أو مرض طبقا للمعايير المنصوص عليها في المادة 2/53.

وعليه، فإذا وجدت مثل هذه العيوب في الزوج فيحق للزوجة طلب التطلاق، وما على القاضي سوى التأكد مما تدعيه الزوجة، فإن وجد ما تدعيه صحيحا قضى بالتطلاق بينهما¹، ويكون تكيف العيب أو المرض وفقا لمعايير المنصوص عليها في المادة 2/53.

ويبدو أن ما ذهب اليه المشرع الجزائري وجيه من حيث المبدأ، بعدم حصر العيوب والعلل ووضع ضابط يمكن أن تتدرج تحته عيوب وأمراض مستجدة لم تذكرها مدارس الفقهي الإسلامي ولم تقضي أو تفصل بشأنها، ولأن العلل والأمراض لا تتوقف عند صنف معين، فهي في تنام وتجدد، وتختلف من مكان الى آخر ومن زمان إلى زمان، وهو ما يتناسب مع مقاصد الشريعة الإسلامية من حيث العموم في نفي الضرر²، ومقاصد الزواج خاصة وتحقيق ما شرع له، ببقاء الزوجة أو حتى الزوج عنوة مع الآخر سيؤدي بالإضرار بأحد الزوجين واستحالة استمرار الحياة الزوجية.

والملاحظ أيضا أن القانون لم يفرق بين علم الزوجة بالعيب والرضا به وعدمه، وكذا عدم أخذه بعين الاعتبار العيوب السابقة والحادثة لعقد الزواج، ففي كل الحالات يجوز للزوجة اللجوء إلى التطلاق، وفي هذه الحالة لا يمكن للزوج الادعاء بوجود العيب قبل الزواج ورضا الزوجة به كمسوغ يُسقط حق الزوجة في التطلاق.

كما أن اختلاف الزمان وتطور المجال الطبي من حيث القدرة على علاج العديد من الأمراض التي كانت مستعصية ولا شفاء لها في زمن الفقهاء القدامى، سيوسع حتما من سلطة القاضي التقديرية وبالاستعانة بالخبرة الطبية عند الاقتضاء. فقد يرى بأن العيب الذي رفعت وأسست من أجله دعوى التطلاق يمكن علاجه والشفاء منه، وبالتالي يأمر بإجراء العلاج ولا يقضي بالطلاق إلا في حالة عدم الشفاء بعد الخضوع إلى العلاج وهو ما أخذت به المحكمة العليا³، كما استقرت قرارات المحكمة العليا على منح الزوج مهلة سنة

¹ رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 193.

² علي حسين علي جنيدي، التفرق القضائي بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير. جامعة اليرموك، إربد، 2009، ص 41.

³ قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16، يتعلق بالتطلاق بسبب العقم -ثبوت العقم بعد العلاج- الحكم بتطلاق الزوجة صحيح طبقا للقانون ذكره رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 194.

لأجل العلاج في العيوب التي لا تمكن الزوج من مباشرة زوجته، وتبدأ هذه المدة من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها¹.

والجدير بالذكر، أن بعض التشريعات العربية كالمشعر المغربي...-إلى جانب المشعر الجزائري- قد أخذت بعين الاعتبار ما قد يحدثه وجود مثل هذه العيوب في أحد الزوجين، من أجل ذلك بادرت إلى اتخاذ خطوة علاجية سابقة لعقد الزواج لهذه المسألة من خلال النص على وجوب توفر الخطيبين قبل زواجهما على شهادة طبية للكشف عن احتمالية حملهما أمراضا وراثية أو معدية أو منفرة²، تشكل خطراً يتعارض مع الزواج³، وقد تغير نتائج الفحص الطبي موافقة ورضا أحد الطرفين أو كلاهما في الزواج بالآخر، فالخضوع للفحص الطبي وفقا للمادة 7 من قانون الأسرة ملزم لكلا الخطيبين، الأمر الذي سيدعم بلا شك مبدأ الرضا بالزواج، تأكيدا أو تغييرا له.

ثالثا: التطليق للهجر في المضجع

سبق وأن مر بنا أن الهجر في المضجع من الوسائل التي شرعها الإسلام لمعالجة نشوز الزوجة، وبالنظر إلى هذه الوسيلة التي شرعت من أجل تهذيب الزوجة وارجاعها لطاعة زوجها في غير ما نهى الله عنه وحفظه في نفسه وماله. نجد أن هذا العلاج ورد في القرآن الكريم على سبيل التدرج، ابتداءً بالوعظ ثم ترقى إلى الهجر، ومعنى هذا أنه إذا حصل الغرض بالطريق الأخف فقد وجب الاكتفاء به ولم يجز الإقدام على الوسيلة الأشد⁴، وهو ما يجد دليله في قوله تعالى (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ)⁵، وقد اختلف في تفسير معنى الهجر في المضجع عند أهل الفقه.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص 73.

² أنظر: موسى مرمون، مرجع سابق، ص 484-485.

³ المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

⁴ أشرف محمود محمد الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بأسيوط، ع 13، ج 1، 2001، ص 123.

⁵ سورة النساء، الآية 34.

فأرجح الأقوال في بيان الهجر في المضجع هو ترك الزوج مجامعة زوجته واجتنابها وألا يضاجعها على فراشه، وهو قول للحنفية¹ والمالكية²، واختيار ابن عباس رضي الله عنه وزاد في رواية "بألا يكلمها مع ذلك ولا يحدثها"³.

وفي قول آخر للحنفية أنه "هجرها في الكلام حال المضاجعة لا ترك جماعها، لطبيعة هذا الحق المشترك بينهما، "فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤديها بما يضر بنفسه، ويبطل حقه"⁴.

والهجر في قول آخر، هو الهجران في المضجع ما شاء وفي الكلام ثلاثة أيام لا فوقها لحديث أبي هريرة (لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام)، وهو اختيار الشافعية⁵، والحنابلة⁶.

وعليه فمدة الهجر عند جمهور الفقهاء غير محددة بأجل، خلافاً للمالكية المستحسن عندهم مدة شهر ولا يزيد عن أربعة أشهر⁷.

وانطلاقاً من هذه المبادئ نص المشرع في الفقرة 3 من المادة 53 من ق.أ على أنه يجوز للزوجة "طلب التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وعلى ذلك فالشرط الأول الذي يبيح للزوجة طلب التطلاق في نظر المشرع يتمثل في المدة الزمنية للهجر التي يجب أن تفوق الأربعة أشهر، وهي المدة الزمنية التي تتفق مع الإيلاء⁸، الذي لم يتعرض إليه المشرع صراحة، وبالجمع بين الهجر قصد الاضرار والإيلاء المقترن بيمين من الزوج بألا يقرب زوجته، تكون مدة الهجر هي السبب الرئيسي في تضرر الزوجة مما يمنحها الحق في اللجوء إلى طلب التطلاق.

كما أن الغاء المشرع لحق الطاعة ومبدأ القوامة وإدراجه لمبدأ التعاون المشترك بين الزوجين، سبب في أن يكون القاضي غير ملزم بالبحث في سبب الهجر، طالما أن المشرع لم يعد يعترف بحق التأديب

¹ علاء الدين الكاساني، ج2، مرجع سابق، ص 334.

² أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، مرجع سابق، ص 344.

³ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، مرجع سابق، ص 294.

⁴ علاء الدين الكاساني، ج2، مرجع سابق، ص 334.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 40، ص 297،40.

⁶ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5، مرجع سابق، ص 209.

⁷ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص 344.

⁸ الإيلاء هو ان يحلف الزوج بان لا يأتي زوجته أبداً وصح عن عطاء أن الإيلاء انما هو أن يحلف بالله على ألا يوطأ زوجته أربعة أشهر فصاعداً، فإن لم يحلف فلا، أنظر في ذلك: ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص 414/ ابن حزم، المحلى بالآثار، ج9، مرجع سابق، ص 180.

على المستوى القانوني محاكاة لمبادئ المساواة في المواثيق الدولية، بالرغم من بقاء هذا الأمر عند الأسر الجزائرية.

ونتيجة لهذا التوجه التشريعي؛ فإن الزوج يفقد حقه الشرعي في هجر زوجته بسبب نشوزها، وبغية تأديبها وردّها عن نشوزها وإرجاعها لطريق الصواب، خاصة إذا علمنا أن جمهور الفقهاء -مثلما أشرنا- لم يحددوا حداً أقصى للهجر.

ويكون دور القاضي مقتصرًا في التحقق من عدم وجود أي عذر شرعي يُسقط حق الزوجة في التطلق، كأن يكون بسبب مرض أقعد الزوج في المستشفى، أو الابتعاد أكثر من أربعة أشهر بسبب العمل أو الخدمة الوطنية وغيرها من الحالات المبررة شرعا وقانونا.

وبالإضافة إلى العنصر الزمني المتمثل في الهجر لمدة أربعة أشهر متواصلة دون انقطاع¹؛ يجب أن يكون الهجر عمديًا ومقصودًا لذاته وليس له ما يبرره من الناحية الشرعية والقانونية².

إضافة إلى ذلك، فالقاضي يلعب دورًا كبيرًا في تكييف واقعة الهجر حتى وإن لم يكن الزوجان يقيمان في مكان واحد، طالما أن الزوجة قد تضررت بالاعتماد على العناصر المادية لواقعة الهجر كأن يكون التأخر العمدي في البناء بالزوجة³.

رابعاً: التطلق للحكم بعقوبة ماسة بشرف الأسرة

يعد هذا المبرر لطلب التطلق من الأسباب التي طرأ عليها التعديل بموجب الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، حيث كانت الفقرة 4 من المادة 54 تنص على أنه "يجوز للزوجة طلب التطلق...4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية".

فالمشرع كان يشترط بالإضافة إلى ارتكاب الزوج لجريمة تمس بشرف الأسرة وسمعتها مما يتعذر معها مواصلة الحياة الزوجية؛ ضرورة الحكم بسجن الزوج لمدة لا تقل عن سنة، وهو الحكم الذي يشبه مسألة التفريق بين الزوجين بسبب السجن أو الحبس عند بعض المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 263.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول- الزواج والطلاق-، مرجع سابق، ص 289.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 217179، قرار بتاريخ 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2000، ص

فبالنسبة للفقهاء الإسلامي، يرى الحنفية والشافعية أنه لا يجوز تطليق الزوجة من زوجها مهما بلغت وطالت مدة حبسه لعدم وجود دليل شرعي على ذلك، في المقابل ذهب المالكية وابن تيمية من الحنابلة أن التفريق لحبس الزوج بعد سنة من حبسه، كالتفريق لغيبته فكلاهما يتحقق به الضرر، ولأن مناط التفريق عند المالكية هو بعد الزوج عن زوجته، اشترط المالكية مدة لا تقل عن سنة لحبسه¹.

ويعد القانون المصري من التشريعات التي اعتبرت حبس الزوج مسوغاً للتطليق، بشروط حددتها المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1925 والتي قضت بأن "الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"².

فإذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 14، المتمثلة في صدور حكم نهائي على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية، وأن تكون مدة العقوبة ثلاث سنوات فأكثر دون النظر في درجتها أو طبيعتها، وأن ترفع دعوى التطليق بعد مضي سنة من تنفيذ الزوج عقوبة الحبس، وجب على القاضي الحكم بالتطليق ولو كان للزوج المحبوس ما لا يمكن للزوجة أن تنفق منه³.

وبالرجوع إلى نص المادة 4/53 من قانون الأسرة قبل تعديلها، نجد أنها قد جاءت بشروط مشابهة لما عليه الأمر في القانون المصري، بيد أن الاختلاف يكمن في المدة الزمنية للعقوبة التي حددها القانون الجزائري بسنة، مقارنة بمدة الثلاث سنوات المنصوص عليها في القانون المصري.

كما حدد القانون الجزائري طبيعة العقوبة وربط تأثيرها بكيان الأسرة. بأشراطه الشرطين التاليين⁴:

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 29، ص 66-67 / محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 368.

² صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون بأن مذهب الإمام مالك هو المصدر التشريعي لحكم المادة، إذ جاء بها ما يأتي: "وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع الزوجة في مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما تعالج به هذه الحالة، ومعالجتها واجب اجتماعي محتم، ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذي يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها..."، ذكر ذلك محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص 452.

³ حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً وقضاءً طبقاً لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 317-318.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول - الزواج والطلاق -، مرجع سابق، ص 295/ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل...، مرجع سابق، ص 199.

- أن تكون العقوبة مشينة وتتعلق بأعمال منافية للأخلاق، قاصداً بذلك الجرائم الماسة بشرف الأسرة وسمعتها، كجرائم الاعتداء على العرض لاسيما بين الأقارب، والاعتصاب والاحتيال وما شابه.

- أن يكون أثر العقوبة مباشراً على استمرار العلاقة الزوجية بما يستحيل مواصلتها بسبب الخصومات والخلافات، والبلغض الحاصل بسبب العمل المشين الذي أدين به الزوج.

وإذا كانت أحكام التطلاق للحكم بعقوبة مشينة مقترن بشرط الحبس لمدة تفوق السنة، فإن التعديل الذي مس الفقرة 4 من المادة 53 قد أُلغى معه هذا الشرط، وأضحى سبب التطلاق "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

ومن خلال ذلك يجوز للزوجة طلب التطلاق بمجرد إدانة الزوج بجريمة يكيفها القاضي على أنها بها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، والسؤال المطروح هنا، ما مصير الزوجة في الحالة التي يتأخر فيها الحكم على الزوج وقد يطول الأمر ويفوق السنة وأكثر، سيما في الجرائم التي تندرج ضمن الجنايات، فالمادة 4/53 تشترط لثبوت حق الزوجة في التطلاق صدور حكم قضائي بات عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وكذا طبقاً لقرينة البراءة فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته.

وتكون الزوجة في هذه الحالة غير قادرة على رفع دعوى التطلاق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة... طالما أن الأمر لا يتصل بذلك لا من بعيد ولا من قريب لعدم صدور حكم قضائي، وفي هذه الحالة لا يكون أمامها سوى رفع دعوى التطلاق على أساس الضرر اللاحق بها.

وفي كلتا الحالتين سواء قبل التعديل أو بعده، لا يعتبر قانون الأسرة الجزائري حبس الزوج مسوغاً لطلب التطلاق، خلافاً للتشريعات العربية التي اعتبرت الحبس في حد ذاته سبباً من أسباب التطلاق، بل إن المشرع المغربي أضافه صراحة من خلال مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004.

فطبقاً لمقتضيات الحكم الجديد المنصوص عليه في الماد 106 من المدونة، فإنه يجوز لكل امرأة متزوجة صدر على زوجها الحكم بثلاث سنوات سجناً فأكثر، التقدم بطلب التطلاق إلى المحكمة بعد توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 106، في مقدمتها صدور حكم نهائي على الزوج مقيد للحرية بالحبس أو السجن لمدة تفوق الثلاث السنوات، مع انتظار سنة كاملة بعد الاعتقال أو الحبس حتى تتمكن من رفع

دعواها إلى المحكمة، والعبارة في ذلك هو تضررها من بعدها عن زوجها¹، ولا علاقة للأمر بطبيعة الجريمة مثلما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري.

واقترحت في المقابل بعض الهيئات النسائية ممثلة في اتحاد العمل النسائي بشأن تعديل مدونة الأسرة، حذف مقتضيات هذا الحكم، بعلّة أنه ليس هنالك ضرورة للتصيص على مسألة السجن أو الحبس كسبب لطلب التطلاق، على اعتبار أن الأمر يدخل ضمن باب التطلاق للضرر².

خامسا: التطلاق للغيبة والفقدان

أجاز قانون الأسرة الجزائري في مادته 5/53 للزوجة طلب التطلاق لغيبة الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، وينطبق الأمر نفسه على زوجة المفقود بدليل أن القانون المدني الجزائري نص في مادته 31 على أنه "تجرى على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".

فالغائب هو الشخص الذي تنقطع إقامته ولكن حياته تكون متحققة ولا شك فيها لأنها معلومة، كالمسجون لمدة عشرين عاما، والمهاجر إلى دولة أخرى للعمل أو للدراسة أو غير ذلك³.

وعرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب على أنه "الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونها أو بواسطته لمدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود"، فلكي يعتبر الشخص مفقودا وفقا لنص المادة، لا بد من توفر عدة شروط، وهي⁴:

- عدم وجود الشخص في محل إقامته.
- وجود ظروف قاهرة منعه من الرجوع إلى محل إقامته.
- عدم تمكن الشخص من إدارة شؤونه بنفسه أو عن طريق وكيل.
- الغياب لمدة سنة على الأقل.

¹ هشام البلاوي، التطلاق لسجن الزوج، التطلاق لسجن الزوج، مجلة القانون المغربي: دار السلام للطباعة والنشر، ع 11، ماي 2007، ص 21.

² المدونة الجديدة للأسرة، سلسلة نصوص ووثائق، منشورات الجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ط1، 2004، ص101. نقلا عن هشام البلاوي، مرجع سابق، ص 20.

³ إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ص 219.

⁴ عماد حميدة، أثر التقنية الحديثة في الكشف عن المفقود، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2015/2016، ص 6-7.

- أن يتسبب غيابه في ضرر للغير.
- أما المفقود فقد عرفته المادة 109 بنصها على أنه " الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم " ونستنتج من ذلك أن المشرع الجزائري لا يعتبر الشخص مفقوداً إلا بتوفر مجموعة من الشروط:
- أولها غياب الشخص، الجهل بحاله أي حياته ومكانه، وصدور حكم قضائي بالفقدان بعد مرور زمنية محددة.
- وقد منحت المادة 112 من قانون الأسرة لزوجة الغائب والمفقود الحق في طلب التخليق بنصها بناءً على الفقرة 5 من المادة 53، ولكي تتمكن الزوجة من ممارسة حقها في التخليق لهذين السببين، أوجب المشرع في الفقرة 5 من المادة 53 شروطاً أساسية لا بد من توافرها:
- **الشرط الأول:** ألا تلجأ لطلب التخليق إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان وهي المدة التي أخذت بها أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية، كالقانون المغربي في المادة 01/57 والمصري المادة 12، والعماني في المادة 111¹، والكويتي في المادة 136، والأردني في المادة 123، والسوري في المادة 109.
- **الشرط الثاني:** أن تكون غيبة الزوج دون عذر شرعي.
- **الشرط الثالث:** ألا يترك الزوج الغائب لزوجته نفقة تنفق بها على نفسها وأولادها.
- وإذا توافرت هذه الشروط جاز للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بسبب الغياب أو الفقدان².
- ولاعتبار الشخص مفقوداً قانوناً، اشترط المشرع الجزائري في المادة 114 من ق.أ صدور حكم قضائي يثبت صفة الفقدان³، كما أن صدور حكم الفقدان لا ينزع عن المفقود زوجته، ولا يرفع الرابطة الزوجية الثابتة بيقين، فإن صبرت زوجته وانتظرت غيبته ولم تشتكي منها، فهي باقية على زواجها حتى
-
- ¹ محمد عبد الرحمن الفقي المغوارى، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان - أصل الكتاب بحث مقدم لندوة فرق الزواج الدائرة بين الطلاق والفسخ، رؤية نقدية لقانون الأحوال الشخصية العماني المنعقدة في كلية الشريعة والقانون بمسقط بتاريخ 01-03-2005 مايو 2005، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص 114.
- ² عماد حميدة، مرجع سابق، ص 30.
- ³ نصت المادة 114 منه على أنه "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءً على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة"، كما نصت المادة 109 على أنه "لا يعتبر الشخص مفقوداً إلا بحكم".

يتحقق موته ببينة أو يحكم القاضي بوفاته، ومن المعروف أن المقصد الأصلي من الزواج هو تحقيق النسل بالإضافة إلى مقصد الإحصان التبعية، لذا فإنه إذا طالت غيبة المفقود وصارت زوجته في تردد وحيرة ووقعت في الضرر وخشيت على نفسها الوقوع في الزنا، فهنا يبرز الضرر الذي حرصت الشريعة الإسلامية الغراء على رفعه ووضع الحلول لتفادي الوقوع فيه.

ومثلما أشرنا، فإن المشرع الجزائري طبقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي فإن المفقود هو غائب لا تعلم حياته أو موته، وأن معيار التفريق بينه وبين الغائب هو الجهل بها، كما أن الفقرة 5 من المادة 53 اشترطت أن يكون الغياب دون عذر، ومن المعلوم أن المفقود معذور في غيبته، لذلك فرق الفقهاء بين حق الزوجة في طلب التفريق للغيباب والفقدان.

فزوجة الغائب عند المالكية لها حق التفريق بعد مرور سنة فأكثر، وفي قول يلزم تثبت حق التفريق مرور ثلاث سنوات، ولا فرق إن كان الزوج معذورا في غيبته أو العكس، تأسيسا على حقها في استدامة الوطء¹، وتضررها بخلو الفراش وغياب النفقة²، أما عند الحنابلة فالغائب لست أشهر فأكثر إن تعذر الإنفاق على زوجته من ماله أو بالاستدانة عليه فلها الفسخ، هذا إن كان غيابه بغير عذر كالغياب للحج والتجارة وطلب العلم³.

كما تباينت أقوال وآراء الفقهاء حول أحقية الزوجة في طلب الفرقة للفقدان لعدم وجود دليل من الكتاب والسنة، لذلك اختلفت اجتهاداتهم ومعايير التفرقة عندهم، فذهب الحنفية إلى أن زوجة المفقود تبقى على ذمته ولا تتزوج غيره، حتى يعلم يقين موته⁴، أما الشافعية في القول الجديد عندهم فهي باقية محبوسة على قدوم زوجها وإن طالت غيبته ما لم يأتيها يقين موته⁵.

وعند المالكية فالمفقود في بلاد الإسلام إن رفعت زوجته أمرها إلى القاضي، فإن عجز عن اكتشاف خبره بعد البحث والتحري، ضرب لزوجته أجل أربع سنين وهذا إذا ترك لها نفقة، وإلا كان لها طلب التطليق

¹ الموسوعة الفقهية، الكويتية، ج 29، مرجع سابق، ص 64 / أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص 300.

² أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص 300.

³ المرجع نفسه والصفحة.

⁴ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 11، مرجع سابق، ص 35/ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، مرجع سابق، ص 196.

⁵ أما في القول القديم فتتبرص أربع سنين بحكم الحاكم ثم يحكم بموته في حقها خاصة، وتعتد بعد ذلك عدة الوفاة وهو قول الشافعي القديم/ الماوردي، الحاوي الكبير، ج 11، مرجع سابق، ص 316-317.

بالإعسار بالنفقة¹، أما إذا كان فقده في أرض الشرك زمن الرخاء فحكمه حكم الأسير المجهول، وتبقى زوجته على نتمته مدة التعمير إن دامت لها نفقة وإلا فلها التطلاق كما لو خشيت الوقوع في الزنا، وإن فقد في أرض الوباء والطاعون فتعتد عدة وفاة بمجرد انتهائه وذهابه ولم يأت له خبر².

وعند الحنابلة فإن فقد في "غيبه ظاهرها السلامة" فينتظر به تنمة 90 سنة منذ ولد، وفي "الغيبه التي ظاهرها الهلاك" ينتظر به تمام أربع سنين منذ فقده، ويحكم بموته بعد ذلك في الظاهر فتعتد زوجته عدة وفاة³.

وقد جاء في قرار صادر عن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 21، أن "لزوجة المفقود إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق"⁴.

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 5/53 على أن الغائب تُعلم حياته ويُعلم مكانه، عكس المفقود فهو مجهول الحياة والمكان، فكيف يعتبر المفقود كالغائب في هذه الحالة؟

لعل المشرع الجزائري حين منح لزوجة المفقود الحق في طلب التطلاق، قياسا على الضرر الذي يلحق بزوجة الغائب ولأن المفقود يعتبر غائبا زيادة على أنها لا تدري حياته، فإن طالبت المدة كان الضرر أشد وكان هذا الحق في طلب التطلاق لرفع الضرر عنها.

¹ - محمد سكال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، الجزائر، ط1، 1431 هـ/2010 م، ص 112-113.

² محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1411 هـ/1991 م، ص 122 - 123 / أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص 424 / محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416 هـ/1994 م، ص 506 / أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الغرياني الحطاب، ج5، مرجع سابق، ص 506.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوت، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5، ص 423.

⁴ مجلة المجمع الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة السادسة والعشرون، العدد التاسع والعشرون، 1424 هـ/2013 م، ص 387-388.

سادسا: ارتكاب فاحشة مبينة

نصت الفقرة 7 من المادة 53 من ق.أ على هذا المسوغ دون تحديد المقصود بالفاحشة، كما انفرد المشرع الجزائري بإدراج هذه الحالة ضمن الأسباب الموجبة للتطليق؛ فبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري وتحديد المادة 337 مكرر منه، نجد أن المقصود بالفاحشة هو العلاقات الجنسية¹، لذلك يرى العديد أن المقصود بالفاحشة الموجبة لطلب التطليق هي الزنا، أما إذا رجعنا إلى مصطلح الفاحشة المبينة في الفقه الإسلامي، فقد جاء تفسير قوله تعالى (إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ)²، أن المقصود بها كل فعل يوجب الحد مثل الزنا والسرقة وغيرها، أو بتوجيه بذاتهن نحو الزوج أو أهله، وسوء خلقهن وأدبهن³، كما جاء في بيان المقصود بالفاحشة أنها كل معصية كبيرة لاسيما المتعدية إلى الغير⁴.

وعلى ذلك تكون الفاحشة المبينة هي الأعمال المخلة بالأداب والتي يأنفها المجتمع، وكل الأفعال التي يكبر على النفس أن يطلع الناس عليها، فالفاحشة في اللغة هي "القبیح من القول والفعل، وجمعها الفواحش"⁵، وسميت بهذا الاسم لأنها بلغت نهاية القبح والشناعة⁶.

وبالرغم من أن العديد من هذه الأفعال ماسة بشرف الأسرة وهي الحالة المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ، إلا أن الفرق هنا يكمن في عدم اشتراط حكم قضائي يدين الزوج بها، فيمكن أن يرتكب الزوج جريمة الزنا ولا يصدر حكم قضائي بإدانته رغم ثبوت الجريمة عليه، لأن المادة 4/339 من ق.ع تقضي بأن صفح الزوج المضرور يضع حداً للمتابعة الجزائية.

¹ فقد نصت المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على أنه "تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين...".

² سورة الطلاق، الآية 1.

³ أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج28، شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، ط1، 1365هـ/1946م، ص 136.

⁴ محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج4، ص 92.

⁵ محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج6، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ص 325.

⁶ رجاء أحمد مصطفى المبلغ، نداء المؤمنين في القرآن الكريم، ج1، المكتبة الأكاديمية، الدقي، ط1، 1423هـ/2003م، ص 224.

كما أن تكيف الفاحشة لا ينصب فقط على حصول الزنا، فقد تكون الخيانة بأفعال جنسية منافية للأخلاق ومحرمة شرعا خاصة إذا تكرر فعلها من الزوج، مما يجعل الزوجة تمقت زوجها. فيجوز لها هنا أن ترفع أمرها إلى القاضي، وإثبات الاتيان بمثل هذه الأفعال بتقديم الأدلة والحجج لإقناعه¹.

سابعاً: كل ضرر معتبر شرعا

كان منصوص على هذا السبب في صلب المادة 6/53 من ق.أ قبل تعديله، مع إدراج حالتين للضرر على سبيل المثال وهي مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 من قانون الأسرة، ثم أدرج التعديل 02-05 مضمونها في الفقرة 10 من نفس المادة، التي صارت تنص على "التطليق لكل ضرر معتبر شرعا".

كما كانت المادة 8 قبل تعديلها تنص على أحقية كل واحد من الزوجات في حالة التعدد، المطالبة بالتطليق في حالة الغش وعدم الرضا، وكانت المادة 37 تنص على واجب الزوج في النفقة الشرعية تجاه زوجته والعدل في حالة تعدد الزوجات.

وقد لا يقتصر الضرر على الزوجة بل يتعداه إلى الأولاد، كالضرر النفسي بسماع ما يهين الأم بالشتم والسبب وغيرها من الأفعال المضرة بها. فالضرر الذي يقع على الزوجة يكون بكل ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل أو ترك أو مظهر يضر بالزوجة بقصد وتعمد ودون وجه حق².

ويرجع الأصل الفقهي للتطليق للضرر وتأسيسه في المذهب المالكي، فيجوز للزوجة عندهم أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها للضرر إذا خشيت على نفسها في المقام الأول، شرط أن يكون الضرر من الزوج دون غيره³.

كما يحصل الضرر بالخروج عن آداب الإسلام بسوء المعاشرة كسب الزوجة أو أهلها، أو ضربها ضرباً مؤلماً؛ فالضرب المباح في الإسلام والذي يأتي بعد الهجر في المضجع لأجل تأديب الزوجة الناشز،

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 275.

² خالد عبد الفتاح محمد، المطول في شرح قوانين الاحوال الشخصية، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 112.

³ حسن حسنين، مرجع سابق، ص 287-288.

هو الضرب الخفيف الذي لا يترك أي أثر كالسواك ونحوه، والمقرر عند المالكية أن الزوج إذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد له ذلك¹، ويؤدب إذا أخطأ في حقها زيادة على التطليق².

ومع ذلك يصعب حصر الحالات الموجبة للتطليق للضرر وتكييف القاضي لها، فالضرر يندرج تحته كل أسباب التطليق المنصوص عليها ضمن المادة 53، والمشرع لم يتقيد -سواء قبل التعديل أو بعده- بضرر معين، تاركاً للقاضي سلطة تقديره بكل موضوعية وبدون أي قيد³، ويكون مرجعه الرئيسي في تقدير الضرر، كل ضرر نتج عن مخالفة أحكام قانون الأسرة، وكذا العرف والبيئة التي يعيش فيها الزوجان مثلما هو معمول به عند المالكية.

ويمكن للقاضي الرجوع إلى أصل التطليق في الضرر أي المذهب المالكي طبقاً للمادة 222 من ق.أ. التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ وخلاصة المذهب المالكي أن الزوجة "إذا ادعت أن زوجها يضربها، أو يشتمها، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها، أو يقطع كلامه أو يحول وجهه عنها، أو يؤثر امرأة عليها في الكلام"، وطلبت التطليق للضرر فإن ثبت الضرر بالبيئة ولو مرة واحدة على الرأي المشهور طلقها القاضي من زوجها طليقة بائنة وهو ما قرره القضاء في مصر⁴.

وبذلك يكون المعيار في الضرر، يجمع بين الاعتبارين الشخصي والموضوعي، فهو شخصي من جهة أن القاضي يقدره بحسب حال الزوجين ومنزلتهما وعرف البلد، وموضوعي من جهة أنه لا بد أن يكون فيه تعد عليها⁵، إلا أن المعيار الشخصي لا يمكن أن يأخذ القاضي به إلا في حالة تقديره وفق عرف البلد لأن الجميع سواسية أمام القانون.

¹ محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، مرجع سابق، ص 263.

² محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص 345.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول - الزواج والطلاق -، مرجع سابق، ص، 303.

⁴ تبنى القضاء الشرعي في مصر هذه القاعدة "تطلق الزوجة للضرر إذا أضر بها زوجها، أو طعنها في عقلها وأهليتها، أو جرح عواطفها، أو خدش بالقول كرامتها، وكرامة أسرته"، نقلاً عن أحمد الغندور، لتطليق للضرر: حكم المحكمة الكلية (الأحوال الشخصية) الصادر بتاريخ 16/1/1974 - في القضية رقم 2525 / 1973، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، مج 2، ع 1، 1978، ص 333.

⁵ الحسن، خليفة بابكر الحسن، التطليق للضرر: حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة للأحوال الشخصية، شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين في الشارقة، مج 12، ع 48، 1995، ص 194.

وقد اعتبر القضاء الجزائري الضرر المادي والمعنوي بأنه ضرر مبرر شرعا موجب للتطليق، كتماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى مسكن الزوجية ووقوفه موقفا سلبيا من ذلك¹، أو الضرب المبرح ولو لم يصدر حكم جزائي بذلك².

الفرع الثاني

إطلاق حرية الزوجة في طلب التطليق بعد تعديل قانون الأسرة

عمل قانون الأسرة الجزائري على توسيع أسباب التطليق الممنوحة للزوجة من أجل تحقيق المساواة بينها وبين الزوج، وذلك بتقليص نطاق التمايز بين الزوجين في فك الرابطة الأسرية استجابة لتوصيات اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، ويتعلق الأمر هنا بالحالات المضافة بعد تعديل المادة 53، وهي التطليق لمخالفة شروط التعدد، للشقاق المستمر بين الزوجين، ولمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

أولاً: مقصد المساواة من توسيع أسباب التطليق

علمنا فيما سبق بأن المشرع أبقى على حق الرجل في الطلاق بالإرادة المنفرد دون قيد سوى تثبيته بحكم أمام القضاء، غير أن أحكام المواثيق الدولية تقضي بأن أي اختلاف في المعاملة بين الجنسين في الوصول إلى الطلاق وأسبابه الموضوعية والاجرائية يعد من قبيل مظاهر التمييز القانوني ضد المرأة وإخلالا بمبادئ المساواة وعدم التمييز.

لقد شغلت مسألة المساواة في الطلاق حيزا كبيرا من ملاحظات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على قانون الأسرة الجزائري، واعتبار أن عدم تعديل هذه الأحكام- التي وصفها بالتمييزية- يتنافى والهدف من الاتفاقية، لذلك تم التوسيع من حق المرأة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين المنصوص عليه ابتداءً من المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وكذا المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 1988/09/26، المجلة لقضائية، ع 2، 1992، ص 4.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 2001/01/23، المجلة لقضائية، العدد الثاني، 2002، ص 417.

ويتضح أكثر موقف المشرع في توجهه لتبني المساواة بالنظر إلى مجال توسيع هذه الإرادة لفائدة الزوجة من خلال رد الجزائر على التوصية رقم 25 و26 للجنة، حيث جاء في رد الجزائر " أنه بموجب أحكام القانون الجديد، تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن تستند الزوجة إليها بحيث بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، لاسيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أو في عقد مبرم لاحقا، وكل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبرا للضرر... ولتجنب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماثلة من الزوج الأول لمنع الزوجة المطلقة من التزوج ثانية، فإن قرارات المحاكم الابتدائية بإيقاع الطلاق لا تقبل الطعن، ولا يُقبل استئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية¹.

وبالرغم من أن منح الزوجة حق التطلاق-وكذا الخلع- وتوسيع أسبابه ليصل إلى عشر حالات، يكاد يقابل حق الطلاق بالإرادة المنفردة²، وهو ما يعد مساهمة في تغيير وضعيتها ومركزها القانوني، فلم تعد تحت رحمة الرجل إذ أصبحت مزودة بوسائل تمكنها من الحصول على حقوقها، وإتاحة المشرع لهذه الأسباب لتحقيق التطلاق نقلة منه لترقية حقوق المرأة داخل الأسرة³.

على الرغم من كل ذلك لا تزال لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة متمسكة بتطبيق فكرة المساواة التماثلية والكاملة بين الجنسين، وأعربت بقلق من خلال ملاحظتها أن قانون الأسرة لا يزال يطبق أحكاما تمييزية بتكريسه مركزاً قانونياً منقوصاً للمرأة في عدة مجالات تأسيسا على محدودية أسباب التطلاق، التي رأت بأنه يصعب في الغالب إثباتها أمام المحاكم، لا سيما التطلاق لعدم الإنفاق، العجز أو الهجر في المضجع، الإدانة بارتكاب جريمة، غيبة الزوج وارتكاب فاحشة مبينة والمنصوص عليها في المادة 453⁴، لذلك أوصت بإلغاء كل حكم يشكل قيدياً على حق المرأة في الطلاق مستقبلا، والتخلي كلياً عن أحكام التطلاق وحالاته وفتح المجال المطلق لكلا الزوجين في طلب الطلاق دون تحديد الأسباب⁵.

¹ التقرير الجامع للتقريين الدوران الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 19.

² زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بالأمر 05-02 المعدل لقانون الاسرة، مرجع سابق، ص 89.

³ محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 102.

⁴ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 51، مارس 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء

على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، مرجع سابق، ص 16.

⁵ التوصية (ج) بشأن تعديل قانون الأسرة، المرجع نفسه والصفحة.

ثانياً: حالة التطليق لمخالفة أحكام التعدد

جاء النص على هذا السبب في الفقرة 6 من المادة 53 تحت عبارة "مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه"؛ وقد علمنا فيما سبق أن المشرع قيد رغبة الزوج في اللجوء إلى التعدد بضرورة الالتزام بالشروط التي وضعها صلب المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة.

فإذا خالف الرجل الأحكام المتمثلة في ضرورة إعلام رغبته لزوجته وموافقته ولجأ إلى التعدد عن طريق الزواج العرفي، جاز لها طلب التطليق، وينطبق الأمر على زوجته اللاحقة إذا تحايل عليها بالتعاضد عن إعلامها بزواجه مسبقاً، وهذا الحكم ما هو إلا تأكيد لما جاء في المادة 8 مكرر.

وبما أن الهدف من الشروط المقيدة لتعدد الزوجات يكمن في ضمان أكبر قدر من التساوي بين المرأة وزوجها، فإن الإخلال بها في نظر المشرع يهدد حقها في المساواة، وبعبارة أخرى، يعتبر الإخلال بحق المرأة في المساواة وفق ما هو منصوص عليه قانوناً ضرر موجب لطلب التطليق.

ويُطرح الإشكال أمام الزوجة السابقة في حالة الزواج العرفي، فالقانون مثلما هو معلوم يشترط لاعتبار الشخص متزوجاً أن يكون زواجه مثبتاً بوثيقة رسمية لدى الحالة المدنية، وقد يُنكر الزوج زواجه بأخرى وفي هذه الحالة يقع على الزوجة إثبات لجوء زوجها للتعدد لتصدد بعدم وجود عقد زواج رسمي يثبت واقعة الزواج للاحتجاج به لدى المحكمة.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الزوجة في التطليق هنا حقٌ متجدد، ومعنى ذلك أن حق التطليق يتجدد كلما تزوج زوجها بأخرى، أي أنه في حالة رضا الزوجة بزواج زوجها بأخرى، أو سقوط حقها في رفع دعوى التطليق، أو رفضها، لا يسقط من حقها في رفع دعوى التطليق عند زواجه بثالثة أو رابعة إذا توافرت شروط طلب التطليق¹، والمتمثلة في مخالفة أي حكم من أحكام المادة 8 من ق.أ.

وبما أن المادة 8 اشترطت كذلك شروط ونية العدل، فإذا أخل الزوج بالعدل بين زوجاته تحقق معيار الضرر الموجب للتطليق²، والذي يمكن تصوره في عدم الانفاق والعدل في المبيت وسوء المعاشرة وتغيير المعاملة بتفضيله للزوجة الجديدة.

¹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص 406.

² الأمر الذي أكدته المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها أن "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر ضررها طبقاً للفقرة 64 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق" / المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 356997، قرار بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2006، ص 441.

أما واقعة الزواج في حد ذاتها فلا تعد سببا للتطليق طالما أنه تم بموافقتها وخضع لشروط وأحكام المادة 8، فالزواج بأخرى في حد ذاته لا يعد ضررا مفترضا يبيح للزوجة طلب التطليق. وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهي عنه شرعا، ثابت ومستقل بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق، والثابت من النص القانوني أن المشرع استبعد الأضرار التي ترجع إلى المشاعر الإنسانية التي تحملها المرأة تجاه ضررتها الراجع إلى الغيرة الطبيعية، مثلما استقر عليه القضاء في مصر¹.

ثالثا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

يعد التطليق للشقاق من بين المستجدات التي جاء بها تعديل الأخير لقانون الأسرة، فرغم كون أن المشرع كان ينص على هذا السبب ضمنا في المادة 56 والتي تنص على أنه "في حالة ما إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما".

ويعد وإقرار التطليق للشقاق صراحة ضمن الأسباب الخاصة بالمرأة لطلب التطليق أهم سبب مستحدث وضعه المشرع لتكريس مبدأ المساواة في إنهاء الرابطة الزوجية، حيث نصت عليه المادة 53 ضمن أسباب التطليق في الفقرة 8 منها بعبارة "الشقاق المستمر بين الزوجين"، وعلاوة على ذلك، ساوى المشرع بين الزوجين في اللجوء إلى التطليق للشقاق، حيث جعلت المادة 56 من طلب التطليق للشقاق حق للرجل والمرأة على حد سواء.

ويلاحظ على المشرع أنه بإضافة سبب التطليق للشقاق فوق الحالات الموجودة سلفا قد أثر مقصد المساواة على مقصد حماية الأسرة من التفكك، لاسيما في غياب مدلول الشقاق على المستوى التشريعي، وقد تلجأ إليه الزوجة لأنفقه أسباب الخلاف وبدون وجود أي ضرر واقع عليها، وبمجرد تعذر الإصلاح بين الزوجين يكون القاضي ملزما بإصدار حكم ينهي الرابطة الزوجية.

ومحاولة للوقوف على مدلول الشقاق بين الزوجين، نجد أن الشقاق في اللغة ابتداءً هو "غلبة العداوة والخلاف، وشاقه مشاققة وشقاقا أي خالفه"، والشقاق في قوله تعالى: (إن الظالمين لفي شقاق بعيد)، "العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين"².

¹ نقض طعن رقم 341 لسنة 63 قضائية «أحوال شخصية» جلسة 1997/10/27 أنظر في ذلك: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص 379.

² محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب لسان العرب، ج 10، مرجع سابق، ص 183.

أما الشقاق اصطلاحاً فهو يدور حول النزاع والخصام والاختلاف والمجادلة، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب، فكأن كل واحد من الطرفين يحرص على ما يشق على صاحبه¹.

والشقاق بين الزوجين يتمثل في حالة الخلاف والعداوة وحرص كل منهما على ما يشق على نفس صاحبه خلافاً للمودة والرحمة التي ينبغي أن تقوم عليها العلاقة الزوجية²، ويرجع ذلك لسوء العشرة وانعدام المودة والسكينة التي تزيد في هوة الشقاق بينهما، كما قد يرجع إلى أسباب غير مشروعة كحرص أحدهما على إتيان الأمور المحرمة أو تحصيل مصالح غير مشروعة، أو حتى لأسباب تافهة حرصاً على الدنيا. كما تم تعريفه على أنه 'الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين بدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية'³.

وقد ذكر الشقاق بين الزوجين في قوله تعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا)⁴.

وعليه، فإذا وقع الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح بينهما فقد شرع بعث حكّامين للإصلاح بينهما بإزالة أسباب النزاع والشقاق⁵، إلا أنه لم يجز التفريق للشقاق في المذاهب الفقهية سوى المالكية - مثل التفريق للضرر - وذهب الإمام مالك إلى أن التفريق يكون بقرار الحكّامين حين قال: "وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكّامين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع"⁶.

وعلى سبيل المقارنة، فقد سبقت مدونة الأسرة المغربية قانون الأسرة الجزائري في استحداث التظليق للشقاق وتكريساً لمبدأ المساواة، وإعطاءه أهمية أكبر من المشرع الجزائري، والتفصيل في أحكامه ضمن عدة مواد بداية من المادة 94 إلى غاية المادة 97.

¹ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج 1، ج 1، مرج سابق، ص 144.

² أحمد حسن طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءً، دار الحكمة، بيروت، ط1، 2002، ص 78.

³ دليل عملي لمدونة الأسرة، المملكة المغربية وزارة العدل، جمعية المعلومات القضائية والقانونية، سلسلة الشروح والدلائل، ع 1، 2004، ص 71

⁴ سورة النساء، الآية 35.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 29، مرجع سابق، ص 53-54.

⁶ سليمان أبو الوليد الباجي، مرجع سابق، ص 404.

كما يلاحظ أن مسطرة التطبيق للشقاق في مدونة الأسرة جاءت بصفة أصلية لأجل الوقاية والإصلاح والتوفيق بين الزوجين¹، بدليل أن الموضوع الأصلي لطلب الزوجين أو أحدهما يكون لحل النزاع القائم بينهما قبل أن يصير الأمر شقاقا يؤدي إلى انحلال الزواج، وتكون الوظيفة الأولى للمحكمة ودورها الإصلاح بينهما ومساعدتهما على إيجاد الحلول لخلافاتهما وتعيين حكيم لذلك، وسلوك الزوجين لهذا الطريق طبقا للمادة 94 يفترض فيه أنه تعبير عن وعيها بخطورة أثر الخلاف على الرابطة الأسرية².

إلا أن الشواهد على مستوى الواقع تثبت أن نسب التطبيق للشقاق في تزايد سنة بعد سنة، ولم تحقق المدونة الغرض الأصلي من إقرار مسطرة الشقاق لسهولة هذا المسلك للنساء من أجل افتكاك الطلاق، وأضحى التطبيق للشقاق يحتل نسبة مرتفعة من أحكام القضاء بالتطبيق، ويمكن إرجاع أسباب تطور أحكام التطبيق للشقاق لعدة أسباب³:

1- أن مسطرة التطبيق للشقاق يُقبل عليها الزوجان معا، مع ارتفاع ملحوظ لعدد الطلبات المقدمة من طرف الزوجات، قياسا بعدد الطلبات المقدمة من طرف الأزواج.

2- مسطرة الشقاق تنتهي غالبا بالتطبيق إذا تعذر التوفيق بين الزوجين⁴، ويحكم بالتطبيق بمجرد فشل الإصلاح بينهما⁵.

3- سهولة إجراءاتها الشكلية وبت القضاء في الطلب، تدفع بالعديد من الأزواج إلى تفضيلها عن سلوك مسطرة الطلاق الرجعي.

ونلمس من خلال الإحصائيات الرسمية للحالات المرتفعة للتطبيق بسبب الشقاق حقيقة مساهمته في تفكك الأسر بما يتنافى مع مقاصد تشريع قوانين الأسرة، والتقليص من حالات الطلاق، وتبثر الجمعيات النسائية -في المغرب- هذا التفكك بمبررات واهية باعتبار أن "طلب الطلاق للشقاق يظهر في بعض

¹ كريم متقي، مسطرة التطبيق للشقاق في قانون الأسرة المغربي، منشورات مجلة دفاتر قانونية، سلسلة دفاتر أسرية، ع 3، 2018، ص 75.

² توتة حفيظة، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، أعمال الندوة الوطنية: مدونة الأسرة بين النص والممارسة: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المغرب، 2006، ص 127

³ كريم متقي، مرجع سابق، ص 82.

⁴ كريم متقي، ص 83.

⁵ المادة 97 من مدونة الأسرة.

الأحيان طلبا مزاجيا وغير مبرر ولا يستعمل بطريقة حكيمة، فإنه في كثير من الأحيان يكون لأسباب حميمية لا تجرؤ النساء على الكشف عنها¹.

مثلا يعاب على المشرع الجزائري توسيعه لحالات التطليق لمجرد مزاج عابر ومساهمة في تفكك الأسر. فحتمية الاستجابة للزوجة في طلب التطليق ستؤدي إلى مضاعفة حالات فك الرابطة الزوجية فكثرة أسباب التطليق وتنوعها لا تشكل بتاتا علاجا للمشاكل الأسرية²، كما أن هذا التوسيع ساهم في استحداث ثغرات قانونية قد يستفيد منها من لا يبالي بأي حق من حقوق الغير³، الأمر الذي يُظهر تكريس النزعة الفردية في قانون الأسرة وتبني المساواة إرضاءً للجمعيات النسوية ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على حساب الأسرة وتماسك المجتمع.

وعلى قول أن التطليق للشقاق له أصل عند المالكية، إلا أن المالكية كانت توجهاتهم في هذا الأمر في زمن لا يشك منه المجتمع الإسلامي من تفكك الأسر وضياح الأطفال، أضف الى ذلك أن مرد التفريق عندهم إلى اتفاق الحكمين وليس القاضي، ولو كان الأمر مباحا فإنه يمكن تقييده - أي التطليق للشقاق - نتيجة لضرره على المجتمع، وتحقيق مقاصد حماية الأسرة وتفاذي ما ينتج من مشاكل اجتماعية بسبب تفككها.

رابعا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

ذكرنا عند حديثنا عن آلية الاشتراط في عقد الزوج؛ أن المشرع جعل من اللجوء إلى الاشتراط حق مكفول بالتساوي لكلا الزوجين طالما أن لجوء أي طرف لهذه الآلية يخضع للمبادئ التي نصت عليها المادة 19 من قانون الأسرة.

وبما أن هذه الشروط واجبة الاحترام وإلا لكان وضعها في وثيقة الزواج من دون جدوى، فبغياي أي أثر تشريعي على مخالفتها يجعل من الالتزام بها محط تقاعس الملتزم بها، لاسيما الزوج الذي غالبا ما يكون الطرف الذي يقبل اشتراطات زوجته سواء تم ذلك في عقد الزواج أو في وثيقة رسمية لاحقة على انعقاده طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة.

¹ فوزية الغسائي وخالد برجواوي، المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في دول المغرب العربي: المغرب نموذجا، منشور في كتاب: المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة - اليونسكو، المغرب، 2010، ص 85.

² زكية حميدو تشوار، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، مرجع سابق، ص 128-129.

³ زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بالأمر 05-02 المعدل لقانون الاسرة، مرجع سابق، ص 93.

ولقد جعل المشرع الجزائري من مخالفة الزوج أي من الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا مستقلا لطلب التطلاق ضمن الفقرة 9 الجديدة كليا من المادة 53، ولأن أغلب الشروط التي توضع في عقد الزواج عبارة عن ضمان للمرأة التي ترغب في مواصلة أفعال وأعمال كانت تقوم بها كمزاولتها للدراسة أو العمل، مثلما قد يكون فيها امتناع من الزوج عن الإتيان بعمل كالترجوع عليها أو إخراجها من بلدها، لذلك قد يقبل الزوج بتلك الشروط وقت انعقاد الزواج إرضاء واستدراجا للمرأة التي يرغب في الارتباط بها، ثم يتصل من المسؤولية التي أدخل نفسه فيها.

وعليه، فإذا أخل الزوج بهذه الشروط جاز لها طلب التطلاق لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، طالما أن هذه الشروط صحيحة غير باطلة أو مبطللة لعقد الزواج طبقا للمادتين 32 و35.

وبالرغم من أن حرية الاشتراط ليست مقصوده على المرأة وحدها فهي متبادلة بين الزوجين، إلا أن القانون يمنع الزوج من طلب التطلاق حتى وإن أخلت زوجته بالتزاماتها، وعلى هذه الحال تستغل الزوجة التي لا تبالي بحق زوجها لإجباره على الطلاق دون مقابل، بعدم احترام الشروط التي التزمت بها في عقد الزواج، وبذلك تلحق به الخسائر في الأمور المادية التي تكبد عناء توفيرها لانعقاد زواجه، مما يجعل مثل هذه التعديلات اتجاه لنسونة قانون الأسرة¹.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري في الأخير أنه اعتبر مجرد الإخلال بالشروط يعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق، حتى وإن لم يحدث هذا الإخلال ضررا بها، وهو ما يستثني من المادة 9/53، وطلب التطلاق من طرف الزوجة لا يمكن إثارته إلا بمناسبة وجود شروط تتفق مع أحكام قانون الأسرة ولا تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج ومقاصده وتم الإخلال بها، وقد تم النص على شرطان ضمن المادة 19 على سبيل المثال لا الحصر لأهميتها بالنسبة للمرأة، وهما شرطا عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة وما إلى ذلك من الشروط التي تخدم مصالح المرأة وتضمن حقها في مواجهة زوجها إذا ما لم يلتزم بها نظرا لأحقية الزوجة في طلب التطلاق لهذا السبب².

¹ رشيد كهوس، المسؤوليات الأسرية في الرؤية الإسلامية ومدونة الأسرة المغربية، منشور في كتاب الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد العالي للفكر الإسلامي، هرنند-فرجينيا، ط1، 1436هـ/2015م، ص 640.

² إدريس الفاخوري، حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية في التشريعات العربية بين واقع النص وإكراهات الواقع، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع6، 2014، المغرب، ص 15-16.

المطلب الثالث

إقرار الحق الأصيل للمرأة في التطليق بالخلع

يعد الخلع من الآليات التي تحقق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة، والمساواة بينهما دون الاخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا كان للزوج الحق في أن يطلق زوجته بمحض إرادته متى شاء، فإن الشرع والقانون لم يحرم الزوجة من أن تنهي العلاقة الزوجية بإرادتها مع تقديم عوض مالي يجب عليها دفعه للزوج الذي يحل له دائماً أخذه¹، وهو ما يشبه حل الزواج بإرادة الزوج المنفردة، غير أن مسألة الخلع كانت محل خلاف وسجال فقهي حول مدى اشتراط رضا الزوج لتمامه ووقوعه، الأمر الذي ألقى بتأثيره على المستوى التشريعي والتطبيقات القضائي لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديله، وهو ما سيكون محور اهتمامنا في هذا المطالب بالتطرق بداية إلى مفهوم الخلع ومشروعيته في الفرع الأول وموقف القانون منه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مفهوم الخلع ومشروعيته

يتمحور نطاق بحثنا في هذا الفرع عن المقصود بالخلع وأدلة مشروعيته في الشريعة الإسلامية وموطن النص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: مدلول الخلع

ذكرنا أن الخلع من الأمور التي شهدت خلافاً قديماً في الفقه الإسلامي، فتباينت تبعاً لذلك التشريعات العربية الحديثة في تنظيم أحكامه لا سيما تشريع الأسرة الجزائري، وكذا العمل القضائي، نظراً لغموض تنظيمه في تشريع الأسرة، والمقصود هنا المادة 54 التي اختلفت في تفسيرها في الفقه والقضاء، بين كونه رخصة للزوجة تلجأ إليه الزوجة المبغضة لزوجها مقابل عوض مالي تدفعه له بغية طلاقها باتفاق رضائي بينهما، وكونه حقاً خالصاً لها تلجأ إليه متى تشاء ودون اعتبار لرضا زوجها، ويحسن بنا قبل التطرق لهذه المسائل ومعرفة أوجه الخلاف والتطورات التي شهدتها المسألة على المستوى التشريعي والقضائي، أن نتناول بإيجاز تعريفه وأدلة مشروعيته.

¹ أحمد عوض هندي، دعوى الخلع وسيلة لتحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة في إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ع 2، 2009، ص 11.

حيث يأخذ الخلع معنى النزع والازالة، ويقال خلع الرجل ثوبه ونعله أي نزعه، ومنه قوله تعالى لنبيه موسى عليه السلام: (فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طَوًى)¹، وخلع الرجل امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلقها، وسمي ذلك الفراق خلعاً لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال، والرجال لباساً لهن، فقال جل ذكره (هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ)².

أما في الاصطلاح، فقد تعددت تعاريف الفقهاء وأخذت عدة مفاهيم وهذا راجع إلى اختلاف النظر في تكييف مسألة الخلع في المذاهب الفقهية وكذا التوجهات القانونية.

فالخلع عند الحنفية هو إزالة ملك النكاح³ المتوقف على قبول المرأة ببذل بلفظ الخلع أو في معناه⁴.

ويطلق المالكية على الخلع "الطلاق بعوض"⁵، والمقصود به بذل المرأة العوض المرأة للحصول على طلاقها من زوجها⁶، كما أن الخلع عند الشافعية طلاق بعوض سواء بلفظ الطلاق أو الخلع، وطلاق المرأة بمقابل تبذله المرأة لزوجها هو كالفدية لأن المرأة قد فدت نفسها بمالها كفدية الأسير⁷، وعند الحنابلة هو فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه بألفاظ مخصوصة وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها⁸.

ومن خلال ما سبق من مفاهيم للخلع، نخلص إلى أن للخلع مدلول واحد بكونه فرقة بطلب الزوجة مقابل عوض تلتزمه لزوجها لتحصل طلاقها، وبذلك تملك أمر نفسها، وهو يختلف عن الفرقة بالطلاق الذي يكون بيد الزوج يوقعه متى شاء دون قيد أو شرط، ودون مقابل يحصل عليه.

¹ سورة طه، الآية 12.

² سورة البقرة، الآية 187.

³ محمد ابن عابدين، رد المحتار على در المختار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992/1412م، ط2، ص 440.

⁴ زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، مرجع سابق، ج4، ص77.

⁵ محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص 268.

⁶ محمد ابن رشد، مرجع سابق، ص 490.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 10، ص 3.

⁸ منصور البهوتي، مرجع سابق، 212/5.

ثانياً: الدليل على مشروعية الخلع

أجازت الشريعة الإسلامية للمرأة طلب الخلع بتقديم مال تقتدي به نفسها من زوجها، ويجوز للزوج قبول ذلك المال الذي بذلته المرأة لقاء طلاقها، عند خوفهما من ألا يقوما بحقوق الزوجية¹، فقد ثبتت مشروعية الخلع من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

وانعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع، وأجمع أهل الفقه على جوازه ومشروعيته في الشريعة الإسلامية²، مستدلين بما ثبت من الكتاب والسنة، إلا ما ذكره وشذ فيه أبو بكر بن عبد الله المزني عن الجمهور، حيث رأى أن الزوج لا يحل له أن يأخذ من زوجته شيئاً، زاعماً أن قوله تعالى: (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)³ منسوخ بقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا)⁴ أما الجمهور فيرى أن معنى ذلك بغير رضاها، وأما برضاها فجائز، ويرجع سبب الخلاف في "حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه"⁵.

فأما دليل مشروعية الخلع من الكتاب فقوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَمِمْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُعْطِيَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا)⁶.

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها والميل له لخلقها، أو دينه، أو كبره... وخشيت ألا تؤدي حق الله تعالى في طاعته، جاز لها أن تخالعه بعوض تقتدي به نفسها منه⁷.

وأما من السنة فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه بن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ص 316.

² محمد ابن رشد، مرجع سابق، ص 490-492.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ سورة النساء، الآية 20.

⁵ محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 491.

⁶ سورة البقرة، الآية 229.

⁷ ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص246

أكره الكفر في الإسلام"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"¹.

الواضح من الحديث أن امرأة ثابت لا تريد مفارقتها لأسباب ترجع إلى سوء خلقه أو نقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير، والتقصير في حقوقه الواجبة بسبب شدة البغض له²، وهناك من حمل الأمر على أن الخوف من البقاء مع زوجها المبغضة له أن يؤدي بها إلى الوقوع فيما يقتضيه الكفر³، وهو أول خلع وقع في الإسلام.

وتبدو الحكمة من تشريع هذا النوع من التفريق بين الزوجين في إيجاد مخرج للزوجة الكارهة لزوجها ولا يمكنها إثبات أي ضرر يوجب الفرقة بالتطليق، بشرط عدم القدرة على إقامة حدود الله بالقيام بواجباتها المترتبة عن عقد الزواج.

كما يستدل بمشروعية الخلع من المعقول من عدة وجوه:

- 1- احترام إرادة الإنسان سواء كان رجل أو امرأة، فالعلاقة الزوجية التي يدخل فيها الكره والبغض يستحيل استمرارها، لذا فإن خيار الفرقة لعدم احتمال العيش مع شخص آخر حفظاً لإرادته وصوناً لكرامته.
- 2- أن عقد الزواج ليس عقد ملكية ولا عبودية، فالدين أقيم العدل بين الناس، بحيث لا يشعر أحد بالاضطهاد من الآخر، ولا يمكن أن يبقى الشخص ويظل رهينة لإنسان آخر، نكرا كان أم أنثى؛ فالعدل والإنصاف يقتضي أن يكون لكل من الزوجين حق الاختيار قبل الزواج وبعده، لذلك منح الإسلام للرجل حق الطلاق، وهو نوع من الاختيار للبقاء على رباط الزواج أو إنهائه، ومنحت في المقابل المرأة حق تحرير وافتداء نفسها من زواج لم يحقق الاستقرار المنشود، وهو أيضاً نوع من الاختيار لما بعد الزواج⁴.

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج3، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب الخلع، الحديث رقم 5273، ص 418.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص482.

³ زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الباري بشرح صحيح البخاري، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1433هـ/2012م، ص 390.

⁴ محمد غزالي، الأثر الاجتماعي لقضايا الخلع والطلاق في بلاد المغرب الإسلامي من خلال كتاب المعيار للونشريسي، مجلة عصور الجديدة، جامعة أحمد بن بلة وهران 3، العدد 11-12، خريف-شتاء، فبراير، 1434-1435هـ/2013-2014م، ص 150.

- 3- إذا كانت الزوجة متضررة من استمرار الحياة الزوجية والبقاء مع زوجها وتريد إزالة هذا الضرر بالطلاق خلعا كان عليها في المقابل أن تزيل ما سيقع من ضرر على الزوج إذا طلقها، وذلك ببذلها العوض كمقابل يزيل عنه الأضرار المادية في محاولة منها للتخفيف عنه، لاسيما إذا كان الرجل غير راغب في الفقرة¹.
- 4- إذا كان للزوج أن يملك الانتفاع بالبنوع مقابل المهر حال الزواج، جاز له أن يزيل ملكه بمقابل، وهو العوض حال الخلع².

ثالثا: مشروعية الخلع في قانون الأسرة

اتفق الناظر القانوني في البلاد العربية على مشروعية الخلع والنص عليه في التشريعات المنظمة للأسرة والأحوال الشخصية عملا بما جاء في الشريعة الإسلامية، وقد نص عليه كل من قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984، وبعد تعديله بالأمر 05/02 في مادته 54، مع اختلاف في صياغة المادة قبل وبعد حصول التعديل فيما يتعلق أساسا برضا الزوج من عدمه، أي كونه حق أو رخصة للزوجة الراغبة في إنهاء الرابطة الزوجية بمخالعة زوجها.

الفرع الثاني

مدى اشتراط رضا الزوج في الخلع

نشأ خلاف وجدال طويل وواسع حول قضية اشتراط رضا الزوج في وقوع الخلع من عدمه؛ لذلك وجب علينا البحث في طبيعة الخلع من خلال إبراز الخلافات الفقهية والقانونية والقضائية بشأن المسألة، وكيف انتقل الخلع من الرخصة إلى الحق الأصل للزوجة على المستوى التشريعي مقابل حق الطلاق الممنوح للزوج يسمح لها باستعماله وتحصيله جبراً رغم معارضته.

أولاً: رضا الزوج في الخلع في الفقه الإسلامي

اختلفت الآراء ووجهات النظر في الفقه الإسلامي حول مدى وجوب تلبية الزوج لطلب زوجته في الخلع على رأيين.

¹ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009/2008، ص 615.

² نقلا عن محفوظ بن صغير، المرجع سابق، ص 615.

1- القول باستحباب إجابة الزوج لطلب الخلع

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الزوج لا يجبر على الخلع بل يستحب له أن يجيب طلب زوجته في الخلع إذا كانت الزوجة تتأذى ببقائها معه، ومن ثم فللزوج مطلق الحرية في رفض طلب زوجته، وإلا صار واجبا، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج¹، وإن وقع بغير تراضيها فهو باطل²، ووجه الاستدلال عندهم أن قوله النبي صلى الله عليه وسلم (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب³.

2- القول بوجوب إجابة الزوج لطلب الخلع

يرى هذا الفريق من المالكية أن على الزوج الاستجابة لزوجته متى رغبت في الخلع خشية ألا تقيم حدود الله، فالخلع شرطه التراضي بين الزوجين فإذا لم يتم التراضي بينهما فللقاضي إلزام الزوج بإيقاع الخلع وسندهم في ذلك أن ثابت وزوجته رفعا أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم، وألزمه النبي وهو قاضي الدعوى بأن يقبل الحديقة ويطلقها والأمر هنا للوجوب⁴، ولأنه لا سبيل إلى فك هذا النزاع والشقاق إلا بهذا الطريق، "وفك النزاع والشقاق بين المسلمين أمر واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"⁵.

كما أن المعقول يقضي بأن الإبقاء على زوجة كارهة ومبغضة لزوجها وببئها قد يؤدي إلى منح الزوجة أيضا حق إنهاء الزواج بالمخالعة.

ومن خلال الآراء السابقة، لا يسعنا القول إلا بتجريح استحباب تلبية الزوج لطلب زوجته في الخلع، فالقول بشأن حالة عدم موافقة الزوج قد يؤدي إلى الإضرار المعنوي بالمرأة لاستمرار حياتها الزوجية مع زوج كارهة له، يقابله أضرارا أشد قد تقع عند القول بإلزام الزوج وإجباره على قبول طلب زوجته للخلع، إذا ما قورنت بما تتعرض له المرأة من أضرار نفسية، فيكون ذلك سببا في إحجام الشباب عن الزواج وتكوين الأسر، ومن ثم لا عمارة للأرض ولا وقاية من الوقوع في المعصية لسهولة حصول الزوجة على الانفصال متى أرادت ذلك، وهو ما ينتج عنه كثرة وقوع الطلاق وهدم الأسر، خاصة مع الانتشار الكبير لحالات الطلاق، و انتشار العزوبية وتأخر الزواج، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع مقاصد الشرع في تشريع الزواج⁶،

¹ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 627.

² ابن حزم، المحلى بالآثار ج 9، مرجع سابق، ص 511.

³ أحمد بن علي الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، مرجع سابق، ص 343.

⁴ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء-الأحوال الشخصية-، المجلد 4، ص 572.

⁵ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 12، مرجع سابق، ص 470.

⁶ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 628.

وإذا كان المقصد من غض الطرف عن رضا الزوج لرفع الضرر عن الزوجة فإن ذلك متحقق في حالات التطبيق المشروعة مسبقاً.

ثانياً: رضا الزوج في الخلع في قانون الأسرة

بعد أن جسد قانون الأسرة مبدأ الخلع كوسيلة بيد المرأة لمفارقة زوجها الكارهة له ولا تجد سبباً يبيح لها تأسيس دعواها على سبب من أسباب التطبيق المنصوص عليها في المادة 53، إلا أن المشرع تناول في قانون الأسرة قبل تعديله بعبارة شابهة الكثير من الغموض حول مدى اعتبار رضا الزوج لوقوع الخلع من عدمه.

1- رضا الزوج في الخلع قبل تعديل قانون الأسرة

نصت المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديله على جواز أن تخالع الزوجة نفسها بمقابل مالي دون أن تشير إلى مدى الزامية الحصول على رضا الزوج لوقوعه، هذا الغموض الذي اكتنف نص المادة المنظمة للخلع والتي لم تبين دور رضا الزوج في وقوع الخلع من عدمه ألقى بظلاله على موقف الفقه القانوني الجزائري والتطبيق القضائي، وأدى بظهور رأيين متضاربين حول هذه المسألة.

فلقد كانت المادة 54 قبل تعديلها بالأمر 05-02 تنص على أنه "يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."، والواضح أن هذا النص جاء عاماً ولم يحسم مسألة التراضي بين الزوجين في الطلاق بالخلع، هذا ما أدى بأغلب شراح قانون الأسرة إلى الميل لمذهب الجمهور، واعتبار رضا الزوج شرطاً لازماً في الخلع، وأن الزوجة لا تملك حق مخالعة زوجها دون رضاه كما أن القاضي لا يملك حق إجبار الزوج على ذلك.

وفي هذا الأمر يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأن "الخلع عقد اتفاقي وثنائي الأطراف شرعاً لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناءً على عرض أحد الزوجين، وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعاً تدفع الزوجة¹"

كما اعتبر أنه لا يجوز للقاضي أن يهمل رضا الزوج ويحكم بالخلع بناءً على طلب الزوجة دون التأكد من ذلك الرضا، وليس له أن يجبره أو يكرهه على ذلك، وإلا لأصبح لكل زوجة أن تطلب الخلع وتعرض مبلغاً من المال على زوجها وأن تحصل على الطلاق والتخلص من زوجها ظالمة كانت أو مظلومة

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 248.

ودون مبرر شرعي أو قانوني، والحكم بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها يمكن أن يوصف بأنه حكم تعسفي ومتمحيز ولا أساس له في الشرع والقانون¹.

وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ العربي بالحاج أن الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الأطراف ولا يتم إلا بإيجاب من الزوجة وقبول من الزوج، فالخلع ما هو إلا طلاق رضائي بدون نزاع ولا خصام، مقابل ما تدفعه الزوجة لقاء طلاقها².

كما أن اجتهادات المحكمة العليا توافقت مع هذا الاتجاه في بادئ الأمر واشترطت الحصول على موافقة الزوج حتى يقع الخلع، وذهبت في قراراتها إلى "أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة للزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه... الخاصة بالخلع"³

وجاء في قرار آخر بأنه "من المقرر شرعا وقانونا انه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإنه القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون!".

ونخلص من خلال هذه القرارات أن رضا الزوج في الخلع كان شرطاً لازماً للحكم به وصحته أي بمفهوم المخالفة أنه لا خلع بدون رضا الزوج، وأن الخلع لا يقع ولو أصرت الزوجة عليه.

وفي مقابل ما ذكر أعلاه، ساير بعض الباحثين الاجتهادات الحديثة للمحكمة العليا، التي أخذت تعمل على تطوير اتجاهها السابق حتى تبلور أخيراً في قاعدة جديدة تقوم على أساس جواز الحكم بالطلاق عن طريق الخلع حتى وإن لم يتراضيا الزوجان عليه، ويمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه إذا أصبحت بينهما عشرة زوجية لا يرضها الدين الإسلامي⁴، حيث قضت المحكمة العليا في

¹ عبد العزيز سعد، مرجع السابق، ص 248-253.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول-الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 263-264.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ، 1988/12/21، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد3، 1990، ص 32.

⁴ زكية حميدو تشوار، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، ع 41، 2003، ص 12.

قرار صادر سنة 1992 أنه "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال ينبغي الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم...دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعاً، وعليه فإن قضاة الموضوع -في قضية الحال - لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹.

وفي نفس الاتجاه صدر قرار آخر جاء فيه " إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل"².

2- رضا الزوج بالخلع بعد تعديل قانون الأسرة

جرى التشريع للخلع في قانون الأسرة بعد تعديله بمنطق المساواة التماثلية بين الرجل والمرأة، وذلك بعد التعديل الوارد على المادة 54 من ق.أ والاعتراف الكامل بحق الزوجة في الخلع من جانبها وحدها ودون موافقة زوجها، فالقاضي أصبح ملزماً بحل الزواج فور فشل محاولات الصلح، حيث جاء فيها بأنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

وبذلك يكون المشرع قد قابل حق الزوج في حل الزواج بإرادته المنفردة حق الزوجة في المخالعة بإرادتها، وهو ما يتوافق مع مطالب لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وأحكام المادة 16 من الاتفاقية الداعية لاتخاذ خطوات فورية لضمان المساواة في القوانين والسياسات الخاصة بالطلاق من الناحية الموضوعية والاجرائية، مما يقتضي معه الغاء ما وصفته بالأحكام القائمة على التمييز في قانون الأسرة.

كما أزال هذا التعديل كل غموض حول كيفية تطبيق المادة 54 ووضع حدا لكل جدال فقهي وتضارب قضائي، فالمشرع لم يرتب لعدم موافقة الزوج أي أثر على صدور أحكام المخالعة سوى في المقابل المالي الذي يجب أن يحصل عليه الاتفاق بين الزوجين، "وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل وقت صدور الحكم" طبقاً للمادة 54.

ويتجلى هنا مظهر آخر من مظاهر نسونة قانون الأسرة، إذ أن أغلب حالات الخلع تتم بمبالغ رمزية مقارنة بتكاليف الزواج التي تحملها الرجل. كما أن الزوج قد يتضرر لمجرد أنهما لم يتفقا على مقابل

¹ المحكمة العليا، المجلة القضائية، ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، عدد خاص، 2001، ص 136.

² المحكمة العليا رقم الملف 103793، قرار بتاريخ 1994/04/19، نشرة قضائية خاصة، ع1، ص 96.

الخلع، فمن جهة نجد أن الزوجة هي التي طلبت الخلع، فالقاضي سيحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، ويكون الزوج قد دفع صداقا يفوق أضعاف صداق المثل، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعمد عدم الموافقة لأن قيمة صداق المثل ستكون أقل من قيمة الصداق الذي قبضته فعليا¹، ويتحمل الزوج هنا ضرر الفراق وضرر ضياع أمواله.

وفي هذا الشأن اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن أي مبلغ مالي تدفعه الزوجة مقابل طلاقها يعد خرقا لمبدأ المساواة كبديل الخلع أو المبلغ المالي الذي تدفعه المرأة مقابل مخالعة نفسها حيث جاء في توصيتها العامة 29 بشأن المادة 16 أن " بعض النظم القانونية تلزم الزوجة أو أسرتها بأن تعيد إلى الزوج أي منافع اقتصادية في شكل دفع أو تفضيل، أو أي مدفوعات أخرى التي كانت عنصرا من العناصر المكونة للزوج، ولا تفرض متطلبات اقتصادية متساوية على الزوج المطلق، وينبغي للدول الأطراف أن تلغي أي شرط إجرائي متعلق بالمدفوعات اللازمة للحصول على الطلاق من الشروط التي لا تنطبق على الزوج والزوجة بالتساوي"².

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المصري يعد أول تشريع عربي أسقط موافقة الزوج على الخلع، نتيجة تأثيرات مؤتمر السكان والتنمية القاهرة 1994، وذلك حين صدر القانون الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000 الذي تضمن نص المادة 20 التي جاءت بما يعرف "بالخلع غير الرضائي"، الأمر الذي أدى بالدفع بعدم دستورية هذا النص لمخالفته الدستورية لتناقضه مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط قبول الزوج للخلع، واهداه لحق التقاضي على أساس أن الحكم الصادر بالخلع لا يقبل الطعن³.

وظلت المحاكم ترفض هذا الدفع، إلى أن وصل الدفع إلى المحكمة الدستورية العليا، التي رفضت بدورها دعوى عدم دستورية المادة 20 على أساس أن الخلع ثابت بنص قطعي من الكتاب والسنة، وأن مسألة موافقة الزوج من المسائل الاجتهادية، وفيما يخص قصر التقاضي على درجة واحدة، فقد اعتبرته لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في تنظيم الحقوق⁴.

¹¹ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 211.

² اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 29 بشأن المادة 16، مرجع سابق، ص 10.

³ أنظر: أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، دار الكتب القانونية، مصر، المحله الكبرى، دون طبعة، 2008، ص 260.

⁴ أنظر: المرجع نفسه، ص 260-270.

وبخصوص نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الخلع فقد اختلف الفقهاء في نوعها، فتعد عند الحنفية والمالكية والشافعية وفي رواية لأحمد طلاق بائن ينقص من عدد الطلقات¹، فلا يعقل أن تخالغ الزوجة نفسها ثم يحق لزوجها أن يراجعها لأن المراجعة تكون بغير رضاها في الطلاق الرجعي، وأعتبر في رواية أخرى لأحمد أنه فسخ لا ينقص من عدد الطلقات وإن وقع بلفظ الطلاق².

وبالنسبة للقانون الجزائري فقد ذكرنا أن المادة 50 من ق.أ. اعتبرت جميع الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق في كل الأحوال المذكورة في المادة 49 و53 و54 طلاقاً بائناً لا رجعة فيه.

المبحث الثاني

نطاق التمايز والمساواة في آثار انحلال الرابطة الزوجية

يترتب على انقضاء الزواج سواء بصدور حكم بالتطليق، أو بالطلاق بإرادة الرجل أو باتفاق الطرفين عليه إنهاء كل الآثار التي يرتبط وجودها بقيامه واستمراره، فالطلاق واقعة وقاصمة للرابطة التي كانت تجمع بين الزوجين وتسري آثاره بمجرد أن يصبح الحكم به نهائياً³، مثلما يكون سريان آثاره في بعض الحالات بمجرد إيقاعه فضلاً على أن هذه الآثار ذات طابع متعدد، من حيث الآثار التي تقع على كلا مركزي أو شخص الزوجين، و آثار يمتد نطاقها إلى شخص الأولاد وحقوقهم إن وجدوا، مهما تعددت صور حل الرابطة الزوجية.

المطلب الأول

المساواة في الآثار المعنوية للطلاق

تتنزل الآثار المعنوية للطلاق في نطاق دراستنا، إجمالاً في حضانة الأولاد القصر بعد فك عرى الزوجية، وعدة المرأة بعد الطلاق، وهي المدة التي تتربصها المرأة حتى تتمكن من الدخول في رباط زوجي آخر على سبيل الإلزام المسألة التي عُدت في القانون الدولي حائلاً ومانعاً لحرية الزوجة في إعادة الزواج.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 504.

² صالح ابن العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 12، مرجع سابق، ص 470.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، دار نهضة مصر، القاهرة، 1965، ص

الفرع الأول

الحضانة بين المساواة والمصلحة الفضلى للطفل

جاء النص في العديد من المواثيق الدولية على حق الزوجين في التمتع بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات عند الزواج وانحلاله، لاسيما حقوق المسؤوليات المتساوية للوالدين تجاه أطفالهما ، ولأن مسألة الحضانة متعلقة أساسا بالأطفال فإن جميع النصوص الدولية تولي مصلحة الأطفال الفضلى الاعتبار الأول، مثلما جاء المادة 16 من اتفاقية القضاء أشكال التمييز ضد المرأة¹، التي اعتبرت تلك المصلحة المعيار الأول في تحديد الطرف الذي تقول إليه حضانة الأطفال عند الطلاق، وهو ما تم التأكيد عليه في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والتي جاءت في الأساس لحماية الطفل ومصالحه الفضلى، واعتبار الحضانة حق شرعي وطبيعي للطفل، لذا جعلت مصلحته الغاية والهدف وراء جميع الإجراءات المتعلقة بالطفل على جميع الأصعدة الإدارية والاجتماعية والقضائية وغيرها طبقا للمادة 3 من الاتفاقية، وكذا جعل مصالح الطفل الفضلى محور اهتمامهما الرئيسي وفقا للمادة 18.

وقد ألفت الالتزامات الدولية للجزائر بتأثيراتها على أحكام الحضانة في قانون الأسرة التي لم تخلوا من تبني مبدأ المساواة في بعض جوانبها، لذلك سنتطرق في البداية إلى أحكام الحضانة وتنظيمها في قانون الأسرة الجزائري ثم إلى مسألة المساواة بين الزوجين في إسناد الحضانة.

أولاً: مفهوم الحضانة

تعد مسألة الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الإسلام للطفل وتبنتها التشريعات الوضعية، لما فيها من أثر على تربية الطفل المحضون وصيانتهم، بسبب عجزه عن الاعتناء بنفسه، فأمره متوقفة على غيره وأبويه في الغالب لصغر سنه، مما استدعى المشرع إلى تفضيل مصالحه وحمايتها من خلال إدراج القواعد القانونية والسهر على احترام تطبيقها.

والحضانة في اللغة: "هي ضم الشيء إلى الحزن، وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما يقال، حزن الطائر أفرأخه واحتضنها إذا ضمها إلى جناحه، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جانبها أو صدرها، ومن معانيها: النصر، والإيواء، يقال: حضنه واحتضنه، أي أواه ونصره"².

¹ المادة 16-1-1 (د) و (و) من الاتفاقية.

² سعيد بن علي القحطاني، الهدى النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة، مطبعة سفير، الرياض، ط1، 1432هـ/2011م، ص 111.

والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه¹.

ويتصرف الذهن في الحديث عن الحضانة إلى مفهومين رئيسيين: مفهوم تربوي وآخر شرعي أو قانوني، ويقصد بالمفهوم التربوي للحضانة أنها مرحلة الطفولة، ويستعمل الفقهاء هذا المفهوم مقرونا بكلمة سنوات أو مرحلة، ويقصد بمرحلة الحضانة أو سنوات الحضانة عندهم الست سنوات الأولى من حياة الإنسان².

كما جاءت الحضانة في اصطلاح الفقهاء بمعاني متقاربة متفقة على المعنى العام للحضانة، وتدور حول تربية الطفل ورعايته وتحقيق مصالحه ودفع الضرر، فجاء في تعريف لها على أنها "إمساك الصغير عند من يقوم بمنفعة بدنه في حضانتها ومن يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر"³، وعرفها آخرون على أنها "حفظ الصغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه"⁴.

وأطلق عليها البعض مصطلح الكفالة، وهم الشافعية الذين أدخلوا الكبير غير المميز كالمجنون في نطاقها، وتنتهي عند الصغير بالتمييز المقدر عندهم بسبع سنين، أما بعدها إلى البلوغ فتسمى كفالة، وسماها بعضهم بولاية الرجال⁵.

وعلى المستوى القانوني، لم يكتفي قانون الأسرة بتعريف الحضانة بل جاء بتعريف أكثر توسعا ليشمل الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وهو ما يظهر من نص المادة 62 التي نصت على أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، وفي هذا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن "تعريف المشرع الجزائري للحضانة يعتبر أحسن تعريف بالرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار

¹ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج6، مرجع سابق، ص 122.

² حكمت شبر، أحكام الحضانة: دراسة مقارنة في التشريع العراقي والتشريعات العربية المعاصرة، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ع13، 1984، ص 220.

³ زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، مرجع سابق، ص 180.

⁴ منصور البهوتي، الروض المربع: شرح زاد المستنقع، ج9، دار الوطن للنشر، الرياض، ط1، 1429هـ/2008م، ص 498.

⁵ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، ج 11، مرجع سابق، ص 498-499-501/ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 45، مرجع سابق، ص 188.

لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية¹.

وعلى ضوء هذا التعريف يتضح أن المشرع جعل مهمة الحاضن تتمحور في النقاط التالية:

- تربية الطفل وفقا للدين والأخلاق.

- حفظه ورعايته بالقيام بما ينفعه ودفع كل ما يضره.

ثانيا: استحقاق الحضانة

يتمثل المقصد الأساسي من الحضانة في حماية المحضون ومراعاة مصالحه، وضمان تمتع الطفل بهذا الحق، لذلك فإنه لا يعقل أن يترك تنظيمها لتنازع الأفراد دون ضوابط مسبقة ومحددة، لضمان تحقيق المقاصد السامية التي شرعت الحضانة لأجلها²، وبتفحص أحكام الحضانة في قانون الأسرة نجد أن مصلحة المحضون هي الهدف الأساسي من إقرار أي حكم حيث وردت عبارة "مصلحة المحضون" خمس مرات في المواد المنظمة للحضانة، كما أن المشرع في هذه الحالات ينظم حكما ثم يضع له استثناء إذا اقتضت مصلحة الحضون ذلك.

أ- شروط استحقاق الحضانة

تعد الحضانة بالنسبة للحاضن نوع ولاية وسلطة أثبتها الشارع له، ولأن المحضون فيها أحق من حق الحاضن لحاجته إلى العناية والتربية الصحيحة، فلكي يكون للحاضن حق التصرف والرعاية للمحضون بما يحقق أغراضها المنشود منها³، فهو لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك سواء بالنسبة للرجال أو الحاضنات من النساء، لذلك اشترط الفقهاء من حيث الجملة شروطا معينة في الحاضن كالبلوغ والعقل والأمانة والقدرة، واكتفى قانون الأسرة الجزائري في المادة 2/62 باشتراط أن يكون الحاضن أهلا لذلك دون التفصيل في شروط الواجب توافرها في الحاضن وهي نفس الشروط عند الفقهاء:

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 293.

² عماد حميدة ويامنة حواسي، حضانة الطفل الناتج عن الزواج المختلط - دراسة مقارنة، الملتقى الدولي الخامس حول حماية الطفل بين قواعد القانون الجزائري وأحكام القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 6 و7 مارس 2018، غير منشور، ص 6.

³ رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1419هـ/1999م، ص 157.

- الإسلام: إذا كان المحضون مسلماً، لأن الحضانة ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم¹ حيث يقول تعالى (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)²، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه.

- البلوغ والعقل: وذلك أن غير العاقل كالمجنون، والصغير يحتاج لرعاية غيره ومن يقوم بشؤونه، والطفل والمجنون والمعته لم يجز أن يكون كافلاً لأنه صار مكفولاً³، ويحتاج لرعاية غيره ومن البديهي ألا يتولى شؤون غيره.

- الأمانة والاستقامة: وذلك بأن يكون الحاضن أميناً على نفس المحضون وماله ومكان اقامته⁴ ولأن الفاسق غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة، ولا حظ للولد في حضانتها، لأنه ينشأ على طريقته⁵.

- القدرة على التربية: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره بحيث يخشى من إهمالها ضياع الطفل وإلحاق الضرر به، لا تكون لديها أهلية الحضانة، أما إذا كان عملها لا يمنع من رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة⁶.

- أن تكون قريبة للطفل: وأول الشروط هنا، ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن المحضون لأنها تكون مشغولة بحق الزوج، لما روي عن الرسول صلى الله عليه " أن امرأة قالت: يا رسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه عني، فقال لها رسول الله صلى

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 407.

² سورة النساء، الآية 141.

³ علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، ج 11، مرجع سابق، ص 502.

⁴ رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة، مرجع سابق، ص 245.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص 190.

- وقيل فسق الحاضن أي المدمن على الخمر والمشتهر بالزنا واللهو محرم وقصره الحنفية على الزنا، أنظر: أحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص 529 / زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، مرجع سابق، ص 181.

- وكمثال لذلك، استقر القضاء في مصر على أن " المرأة الفاسقة بارتكابها الفاحشة وعلى الأخص الزنا لا تكون أهلاً لحضانة أولادها إذا خيف على الصغير أن يألف ما عليه الأم من سيرة فاسدة وإن لم يبلغ سبعا" / رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة، مرجع سابق، ص 251.

⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 726 / السيد سابق، مرجع سابق، ص 219.

الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي)¹، فلا حضانة لمن تزوجت بأجنبي عن المحضون عند الجمهور ولو كانت أما، وهو الحكم الذي قننه المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة².

وبالنسبة للحاضن الرجل فيشترط أن يكون عصبه للصغير بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث بشرط أن يكون محرماً³، فلا حضانة لابن العم لأنه ليس محرماً، ويشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة أو أم⁴.

ب- مستحقي الحضانة وترتيبهم

تعتبر الحضانة فقها وقانونا حقاً مشتركاً بين الحاضن والمحضون، وإن كان حق هذا الأخير أقوى وأولى بها⁵، وشهدت مسألة ترتيب مستحقي الحضانة في ظل الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة تغيراً عن وضعها القانوني السابق نتيجة تأثيرات المصادقة على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، بحيث ظهر المشرع في تنظيمه لمستحقي الحضانة متأثراً بمبدأ المساواة دون التفريط في مصلحة المحضون.

وتثبتت الحضانة بالدرجة الأولى للأم بالاتفاق نقلاً وعقلاً ومنطقاً لأنها أشفق الناس على ابنها وأشدهم حرصاً على مصلحته ولاحتياج الصغير إليها نفسياً وبيولوجياً، فتؤول إليها مادامت مستوفية لشروطها ولا يصح شرعاً التفريق بينهما إلا لعذر أو تنازلها عن حقها في الحضانة لقوله عليه الصلاة والسلام (من فرق بين الوالدة وولدها فرق بينه وبين أحبته يوم القيامة)⁶، وكذا قوله (أنت أحق به ما لم تنكحي)⁷.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، مرجع سابق، 307.

² وخالف في ذلك ابن حزم وقال بأن حقها لا يسقط إذا تزوجت وضعف الحديث، أنظر في ذلك: مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، ج 4، دار ابن عفا، القاهرة، ط1، 1419هـ/1999م، ص 265.

³ محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، دار محمود للنشر، القاهرة، 2015-2016، ص 14 / العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول- الزواج والطلاق-، مرجع سابق، ص 384.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - ج 7، مرجع سابق، ص 730.

⁵ الحضانة حق للصغير لا احتياجه إلى من يرعاه، ويحفظه، ويقوم على شؤونه، ويتولى تربيته. ولأمه الحق في احتضانه كذلك، وبما أنها حق للحاضن كذلك يجوز التنازل عنها واسقاط حقه فيها لا يجبر عليها، وهي حق للمحضون أي أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه أو لم يوجد غيرها فتجبر عليها، وعليه، إذا كان التنازل يضر بالمحضون فلا يقبل منها، وهو ما موقف قانون الأسرة تأسيساً على مصلحة المحضون. أنظر: السيد سابق، مرجع سابق، ص 217 / الموسوعة الفقهية - ج 17، ص 301.

⁶ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، مرجع سابق، 307.

⁷ المرجع نفسه، ص 307.

الأمر البديهي الذي أخذ به المشرع الجزائري سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعد تعديله فقد جاءت الأم على رأس مستحقي الحضانة، ثم فضل القانون ما يليها من النساء حسب قربهم للمحضون باعتبارهن أليق بالحضانة من الرجال وأدرى بشؤون تربيته وأصبر على القيام بها، وهذا من خلال المادة 64 التي كانت تنص على "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."¹.

إلا أن المشرع حذف الترتيب الذي كان يعتمد في إسناد الحضانة مقدما الأب مباشرة بعد الأم تأسيسا على فلسفة المساواة بين الزوجين، وهو ما يتطابق مع المادة 16-ح من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، وأصبحت المادة 64 بذلك تنص على "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."².

وقد ذكر تقرير الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن التعديل المدخل على قانون الأسرة بشأن الحضانة يستجيب إلى الحرص على مبدأ مصلحة المحضون وهكذا يأتي الأب في المرتبة الثانية بعد الأم¹.

كما أوصت اللجنة الجزائر ضمن الملاحظات الختامية للجنة بشأن الجزائر، أن "تعمل على ضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة في جميع مناحي الحياة، وفقاً لمعيار مصلحة الطفل العليا الوارد في اتفاقية حقوق الطفل، التي انضمت إليها الجزائر، والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"².

اللجنة التي اعتبرت من خلال ملاحظاتها وتوصياتها أن حاجة الأطفال في سن معينة لأحد الوالدين دون الآخر دون اللجوء إلى تقييم قدرة كل من الوالدين على رعاية الأطفال، من بين القوالب النمطية التي تنطوي على تمييز على أساس الجنس، كما اعتبرت أن القواعد القانونية والعرفية التي تمنح الحضانة مباشرة إلى أحد الوالدين القائمة على الجنس أو النسب (القربان) تقلل من الظروف والقدرات والعلاقات الفردية التي تحدد أهلية الوالدين لتربية الطفل ومصالحته الفضلى، ووصفتها على أنها تمييزية بطبيعتها³، وإن كانت

¹ التقرير الجامع للتقريرين الدوران الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 20.

² اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 51، مارس 2012، الملاحظات الختامية بشأن الجزائر، مرجع سابق، ص 16.

³ Marsha A Freeman, Article 16, op. cit., p428 .

تعليقاتها حول هذا الأمر على وجه التحديد على بعض الدول التي تُقصي الأم مباشرة وتمنح الحضانة للأب في مجتمع أبوي، أو بتطبيق قوانين مصدرها الدين والعرف وتمنح الحضانة للأب دون الأم¹، كما جاء في عرض مشروع تعديل قانون الأسرة أمام المجلس الشعبي الوطني أن أهم المسائل التي تضمنها مشروع القانون إعادة ترتيب الحق في الحضانة بتقديم الأب عن الجدة والخالة، على أساس أن الأب أولى بها وأكثر حرصاً منهما على رعاية ابنائه²

وإذا كان موقف الجزائر يفيد بأن تقديم الأب في استحقاق الحضانة وتقديمه على الجدة لأم والخالة مرده تحقيق مصلحة المحضون، فإن ذلك يكذبه واقع ظروف تعديل قانون الأسرة، حيث كان هذا المطلب مدرج ضمن مشروع التعديل المعد من طرف اللجنة المختصة بتعديل قانون الأسرة والذي كان الهدف من وراءه تكريس القدر الممكن من المساواة بين الجنسين الذي تم اعتماده بحضور 24 عضواً فقط من أصل 54³، وذلك بتواطؤ الوزيرة المنتدبة المكلفة برعاية قضايا الأسرة والمرأة ليتوافق التعديل وأيديولوجيتها التي أفصحت عنها خلال محاضرتها التي ألقته في اليوم الدراسي الذي نظّمته لجنة حقوق الإنسان، بأن الشريعة شيء وقانون الأسرة شيء آخر⁴.

كما أن الواقع يقضي خلاف ذلك، فالنساء في باب الحضانة أفضل من الرجال لأن الحضانة من مقتضيات طباعهن ومداره عند الفقهاء الشفقة على المحضون، وهي من بين الحكم في إسناد الحضانة للأم قبل الأب وفي ذلك قيل⁵:

وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق

¹ وذلك بمناسبة تعليقاتها على قوانين دولة اليونان، النيجر، إيران، التوغو، أندونيسيا وباكستان. أنظر: المرجع السابق نفسه والصفحة.

² وذلك أثناء الجلسة المنعقدة بتاريخ 2005/03/14. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات، السنة الثالثة رقم 146، الاثنين 18 صفر عام 1426هـ، الموافق لـ 28 مارس سنة 2005م، الفترة التشريعية الخامسة-الدورة العادية-، ص 3 و8.

³ أنظر: بن قفة سعاد المشاركة السياسية في الجزائر-آليات التقنين الأسري نموذجاً (1962-2005)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012/2011، ص 312-313.

⁴ نسيم لكحل، مناظرة بين القضاة حول قانون الأسرة في يوم دراسي نظّمته لجنة حقوق الإنسان، جريدة الشروق اليومي، العدد 681، السبت 24 جانفي، 2003، ص 3، مقتبس عن: نور الدين زمام وسعاد بن قفة، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، عدد 07 جانفي 2012، جامعة ورقلة، ص 164.

⁵ محمد بن يوسف الكافي، مرجع سابق، ص 124/ أحمد الريسوني، محاضرات في مقاصد الشريعة دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط3، 1435هـ/2014، ص 25.

فالحضانة من المناصب التي تحتاج إلى استعدادات خاصة، وإذا كان الرجال مقدمين على النساء في بعض المناصب، فذلك يرجع إلى فارق التكوين الطبيعي لكل منهما، ولما منح الله تعالى لكل جنس من صفات خاصة¹، يقول القرافي:

"اعلم أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه، فيقدم في ولاية الحروب من هو أعرف بمكائد الحروب وسياسة الجيوش... ويقدم في الصلاة من هو أعرف بأحكامها وعوارضها... كالنساء مقدمات في باب الحضانة على الرجال، لأنهن أصبر على أخلاق الصبيان وأشد شفقة ورأفة وأقل أنفة عن قاذورات الأطفال، والرجال على العكس من ذلك في هذه الأحوال فقدمن لذلك وأخر الرجال عنهن وأخرن في الإمامة والحروب وغيرهما من المناصب"².

لذلك قدم الفقهاء النساء على الرجال في الحضانة، وأقرب مرتبة للأب في استحقاق الحضانة كانت عند الحنابلة حيث وضعوه في المرتبة الثالثة بعد الأم وأمهاتها القربى فالقربى لأنهن في معنى الأم بالولادة، ثم الأب على اعتبار أنه أصل النسب³.

ولقد أعاب على المشرع الجزائري في ذلك العديد من المختصين لإقراره هذا الحكم، بالرغم من أن مشرعنا وضع للقاضي نصا ملزما يرجع إليه في إسناد الحضانة وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 64، إلا أنه يمكن مخالفته إذا ما اقتضت مصلحة المحضون ذلك، كأن تتعدم الأهلية في الحاضن السابق ويقوم بإسنادها إلى الحاضن اللاحق الذي هو أقدر على تحقيق مصلحة الطفل وأهلا للحضانة. حيث ذهب قضاء المحكمة العليا إلى مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، بدلا من الترتيب الوارد في المادة 64⁴، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع مثلما كرسته المحكمة العليا.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 7، مرجع سابق، ص 92.

² شهاب الدين القرافي، الفروق - أنوار البروق في أنواع الفروق، ج1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1421هـ، 2001م، ص 601-602.

³ منصور البهوتي، الروض المريع: شرح زاد المستقنع، ج9، مرجع سابق، ص 499.

⁴ حيث قررت المحكمة في قرار صادر بتاريخ 2011/02/13 بأنه "تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة من قانون الأسرة ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع". المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 613469، قرار بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2012، ص 285.

كما تتجلى المساواة في مقتضيات المادة 64 في أن الحضانة تؤول مباشرة الى الأب فهو مقدم على الجدة لأم والخالة...في حالة عدم أهلية الأم أو سقوطها أو بتنازلها عنها، طالما أن القاضي سيجد الأب أهلا لذلك، ولا يتعارض الأمر مع مصلحة المحضون.

ثالثا: سقوط الحضانة وعودتها

قد تنتهي الحضانة تلقائيا عن الحاضن دون حصول أي سبب مسقط يسلبه حقها، فمن البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة تنتهي بعد بلوغها، فالمحضون لا يبقى صغيرا غير مميز وغير مستغن عن خدمات الحاضن، والطبيعي أيضا أن تختلف مدة حضانة الأنثى عن مدة الذكر لتباين وتفرد التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل منهما، لذلك لم يسوي المشرع الجزائري بين الذكر والأنثى في مدة الحضانة.

وعلى أساس الاعتباران السابقان؛ بنا المشرع الجزائري عليهما مواده، وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي مدتها بعشر سنوات والأنثى بسن الزواج أي بتسعة عشر سنة طبقا للمادة 65 من قانون الأسرة¹.

والمشرع عمل على تكريس مبدأ مصلحة المحضون بصفة مباشرة على حساب مبدأ المساواة، فلقاضي يمكن له أن يقضي بتمديد الحضانة إلى سن 16 بالنسبة للذكر دون الأنثى إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد على أن يراعي في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون.

أما بالنسبة لأسباب سقوط الحق فيها، فقد وردت في قانون الأسرة ضمن المادة 67 الى المادة 70، معتمدا في إقرار الحالات التي يسقط فيها حق الحاضن على أساس مصلحة المحضون، وهي كالتالي:

1- اختلال شروط الحضانة

نصت المادة 67 على أنه "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) أعلاه' وأضاف التعديل الأخير أنه "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

وقد مر بنا أن المادة 62 المحال إليها تكلمت عن الشروط الواجب توفرها في الحاضن. ومعلوم أنه إذا انتفى الشرط انتفى المشروع، فإذا اختل أحد من الشروط المطلوبة لأهلية الحاضن، سقط حق الحضانة

¹ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004/2005، ص 52.

الذي كان مقررا له ، كما لو أن الحاضنة جنت، أو ثبت عدم أمانتها، أو عدم قدرتها على صيانة المحضون بمرض يفقدها القدرة على القيام بشؤون المحضون¹، كما قد ينحرف سلوك الحاضنة خاصة إذا ثبت عليها جرم الزنا حيث طبقت المحكمة العليا الشرط الأخير و قضت بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"².

كما اشترطت المادة 62 تربية المحضون على دين أبيه، ويدخل في هذا الشرط أيضا دين الحاضن الذي يجب أن يكون مسلما، فلو ارتد عن الإسلام سقط عنه الحق في الحضانة، خوفا من أن يتربى الطفل على دينه³، كما يدخل ضمن هذا الشرط بلد الإقامة، حيث فضل القضاء الجزائري الأخذ بمعيار الإقامة في البلد المسلم ولو كان الحاضن غير ذلك، لأثر مكان الإقامة على دينه وتربيته، وقضت المحكمة العليا بأنه "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة.... والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له حق الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"⁴.

2- تزوج الحاضنة بغير قريب محرم

اشترطت المادة 66 صراحة خلو الحاضنة من زوج أجنبي-أي بغير قريب محرم- عن المحضون، فتسقط الحضانة عن الأم وفقا لهذه المادة إذا تزوجت بغير قريب محرم، كما تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة 70.

¹ محمد الشماع، المفيد في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القم، دمشق، دار الشامية، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م، ص 183.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1984/09/30، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 169.

³ ذهب المالكية إلى أنه لا أثر لاختلاف الدين في إسقاط حق الحضانة إلا في حالة الخوف على الصغير كأن يطعمه شيئا محرما كالخنزير والخمر.

⁴ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ، ملف رقم 52207، قرار بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، ع 4، 1990، ص 74.

ويذكر أن هذا الشرط عرف خلافاً على المستوى الفقهي وتضارباً في الروايات، ففي الأصح عند المالكية والشافعية والحنابلة أن الحضانة تسقط بتزوجها بأجنبي عن المحضون، ولو تزوجت بقريب غير محرم لا تسقط¹.

وفي مقابل الأصح، ذهبوا إلى القول بسقوط الحضانة بالنكاح مطلقاً، سواء بمحرم أو بغير حرم وسواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، وهو قول مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايات²، ودليلهم في ذلك قوله رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تنكحي).

أما اشتراط كونه ذا رحم محرم كي لا تسقط الحضانة فهو قول الحنفية³، أما إذا تزوجت بمحرم غير رحم كالعَم من الرضاع فتسقط عنها الحضانة لأن الرضاع كالأجنبي في سقوط حضانتها به، أو كان الزوج رحماً من النسب غير محرم كابن العم فهو كالأجنبي كذلك وتسقط الحضانة بالزواج به⁴.

كما ثبت أن الإمام الشافعي يقر بسقوط الحق في الحضانة بالزواج مطلقاً سواء بمحرم أو غير محرم وقال في ذلك أنه "يبطل مطلقاً لأن الدليل لم يفصل وهو الظاهر"⁵.

وأسقط ابن حزم والحسن البصري هذا الشرط لما روي عن عثمان رضي الله عنه - وحثهم في ذلك أن بأن "أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم، وبقي ولدها في كفالتها"⁶.

ويرى البعض أن تقدير إسقاط الحضانة يجب أن يراعى فيه مصلحة المحضون، ويرجع ذلك إلى تقدير القاضي وهو اختيار ابن عابدين من الحنفية وفي ذلك يقول:

"فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها، أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يخشى على البنات منهم الفتنة لسكنائها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد"⁷.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، مرجع سابق، ص 308.

² فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 804.

³ زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، مرجع سابق، ص 183.

⁴ محمد ابن عابدين، رد المحتار على در المحتار، ج 3، مرجع سابق، ص 566.

⁵ محمد بن علي الشوكاني، مرجع سابق، 390.

⁶ المرجع نفسه والصفحة.

⁷ محمد ابن عابدين، رد المحتار على در المحتار، ج 3، مرجع سابق، ص 566.

الأمر الذي نلمسه ضمن أحكام الحضانة في مدونة الأسرة المغربية، حيث يختلف أثر زواج الحضانة عن الأم وغيرها، وذلك بإقرار المادة 175 لحالات لا تسقط فيها الحضانة مطلقا عن الحاضنة الأم متى كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سن السبعة، أو تجاوز هذه السن وتؤكد أن هذا الطفل قد يلحقه ضرر عضوي أو نفسي من مفارقة أمه، أو كانت به علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم¹ ويحتم رعايتها ومتابعة الحالة المرضية لابنها، كما لا تسقط إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون أو إذا كانت هي نائبا شرعيا عن المحضون لضرورة تواجدها الدائم مع المحضون لمراقبته والإشراف عليه، إلى جانب عناصر الحضانة من تربية ورعاية².

ولمثل هذه الأسباب كان القضاء في الجزائر قبل الاستقلال في كثير من الأحيان يعتبر من قاعدة "إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم" قاعدة جوازيه لصالح مصلحة المحضون، لا قاعدة مطلقة حيث قضى بأن "زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة، ويجب أن تخفف متطلبات مصلحة الطفل التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر"³.

وتجدر الإشارة إلى أن فقدان الحاضنة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها للحضانة بسبب زواجها يعتبره بعض الباحثين في القانون الدولي لحقوق الإنسان مخالفا لمصلحة الطفل الفضلى التي ينبغي أن تكون ذات الأهمية القصوى والاعتبار الأول فيما يتعلق بتحديد حضانة الأطفال طبقا للمادة 16/1-د من اتفاقية المرأة، لذا فالقواعد القانونية والعرفية القائمة على القوالب النمطية المفرقة بين الرجل والمرأة أو درجة القرابة، تقلل حسبهم من الظروف والقدرات التي تحدد أهلية الوالدين لتربية الطفل ومصالحته الفضلى، وهو أمر لا يستند

¹ إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، ط1، 2012، ص 370.

- أما زواج الحاضنة غير الأم، فيسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين ذكرتهم المادة 174: إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون أو إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

² محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 250-252.

³ محكمة استئناف الجزائر، غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية، 1956/05/08، ملف رقم 145: 1957/05/25، ملف رقم 127: 1960/11/16، ملف رقم 67، مقتبس عن: زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2008، ص 575.

لمعيار المصلحة وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل¹، والتي ينبغي لقوانين الحضانة تكريسها لا تكريس بدائل أو معايير أخرى، طبقاً لفلسفة الاتفاقية لاسيما المادة 3 منها².

كما علقت لجنة حقوق الطفل على مسألة فقدان الأرمال والمطلقات للحضانة عند الزواج من جديد، على هذه الممارسات التي تعتبرها لا تفي بمعيار "المصلحة العليا" المنصوص عليه في المادة 5 من اتفاقية حقوق الطفل، كما ذكرت في تعليقاتها على بعض الدول بأن مثل هذه الحالات تحكمها الأعراف الأسرية والقوانين الدينية بدلاً من التشريع الداخلي في مثل هذه الحالات³.

3- تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة

يمكن للحاضنة أو الحاضن على حد سواء التنازل عن حقه في الحضانة إذا لم يكن في ذلك ضرر بالمحضون، ويقدم يكون التنازل صريحاً سواء بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق، كأن يتم الاتفاق على ذلك ضمن الطلاق بالتراضي، وقد يكون التنازل ضمناً إذا لم يطالب صاحب الحق في الحضانة بها لمدة معينة.

وقد نصت المادة 66 من ق.أ على إمكانية تنازل الحاضنة عن حقه في الحضانة ولا يتصور أن يكون ذلك إلا بصفة صريحة لا تقبل التأويل، وأوقفت المادة 66 التنازل على شرط عدم الإخلال بمبدأ مصلحة المحضون، فلا يقبل هذا التنازل إذا كانت هذه المصلحة مهددة.

كما يشترط أن يكون هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقاً لأحكام القانون وحده، والذي يجب أن يتم أمام الجهة المختصة بذلك⁴، ولأن التنازل مقترن بعدم الإضرار بالمحضون لذلك يشترط وجود حاضن آخر مستوفي لشروطها ليتولى أمر الصغير، حتى لا يفوت على الصغير حقه، فإذا لم توجد حاضنة أخرى⁵، قادرة على الحضانة لا يكون تنازلها مقبولاً⁶.

¹ Marsha A Freeman, Article 16, op. cit., p 428.

² Barbara Woodhouse Bennett, Child custody in the age of children's rights: The search for a just and workable standard, Family Law Quarterly, vol. 33, no 3, 1999, p 815.

³ Marsha A Freeman, A, Article 16, op. cit., p 429

⁴ زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 519.

⁵ محمد عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 81.

⁶ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51894، قرار بتاريخ 19/12/1988، المجلة القضائية، ع 4،

1990، ص 75.

ويعتبر من قبيل التنازل الضمني إسقاط صاحب حق الحضانة حقه باتخاذ سلوك سلبي عن المطالبة بها، وهو ما قرره المادة 68 حيث اعتبرت أن عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة عن حقه لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، يسقط حقه في المطالبة بها.

وبالرغم من صريح المادة في هذا الحكم، إلا أن القانون و القضاء الجزائري جعلاً من مصلحة المحضون المبدأ العام والجوهرى في تنظيمه لشروط الحضانة وكذا بالنسبة لإسنادها وحالات إسقاطها، الأمر الذي يجعل القاضي ملزماً بالتوسع في تفسير النصوص وتكييفها مع هذا المقصد والمبدأ الأسمى، وبما أن حالات إسقاط الحضانة لاسيما أن الحالة المنصوص عليها في المادة 68 الغرض منها تحقيق مصلحة المحضون لا الحاضن، فروح النص في هذه الحالة تقتضي من القاضي التحقق من أن حالة عدم المطالبة بالحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون عذر لا يعد قرينة على عدم الرغبة في الحضانة بما سيضر المحضون لتعكس الحاضن عن أدائها على وجهها الأكمل، فإن أبدى الحاضن رغبته واستعداده للحضانة خاصة إذا كانت أما للطفل بعد مرور هذه المدة، فإن مصلحة المحضون تقتضي هنا عدم إسقاط الحق عنها "تأسيساً على مبدأ المصلحة الفضلى".

كما أن المادة 68 لما وضعت شرط المدة والعذر لم تبين ماهية الأعذار التي يمكن للقاضي الأخذ بها ولا حتى تاريخ سريان مدة السنة لسقوط الحق في الحضانة، مما يقتضي الرجوع الى أصل هذا الشرط المستمد من المالكية¹ حين تكلموا عن سقوط الحضانة بالزواج بأجنبي وسكت عن المطالبة بها²، والرجوع للبحث فيه طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.

فمن المقرر عند المالكية أنه إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها بعد سنة من علمه بلا عذر من استحقاقها (وهذا عند حديثهم عن زواج الحاضنة بأجنبي وسكت من له الحق بها بلا عذر بعد عام من علمه بالدخول بها)، فإن حقه يسقط بالشروط الآتية³:

- أن يعلم بحقه في الحضانة: فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه، مهما طالنت مدة سكوته.

¹ أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 32، ع 1، 1994، ص 144.

² أنظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 530.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 733-734 / محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 2، ص 530.

- أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة: فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.

- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة: فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها.

4- الانتقال بالمحزون

قد يكون الانتقال إلى بلد أجنبي بالمحزون سببا موجبا لإسقاط الحضانة إذا تعارض نقله مع مصلحته؛ وقد جاء النص على هذا الحكم في الماد 69 كالتالي: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة ان يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له او إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحزون".

واستثنى المشرع الانتقال للإقامة داخل التراب الجزائري، ولعل ذلك يرجع إلى تطور وسائل النقل والمواصلات وسرعتها بحيث يمكن للطرف الآخر كالأب زيارة المحزون دون انقطاع دائم، ولأن غاية المشرع هو تحقيق مصلحة المحزون فإن الانتقال إلى بلد أجنبي لا يعتبر سببا مسقطا في حد ذاته إذا لم يتعارض مع مصلحته، فلو ثبت أن الانتقال إلى بلد أجنبي يحرم الأب مثلا من زيارة ابنه متى أراد، فإن المشرع لم يولي هذه المسألة أي اعتبار طالما أن مصلحة المحزون غير مهددة وهو ما يفهم من سياق النص.

وكمثال على هذه المسألة في الفقه الإسلامي يرى المالكية أن سفر الحاضنة سفر نقلة أي انتقال وانقطاع إلى بلد يزيد بعده عن 6 برد المقدر بـ 133 كم (وقيل بريدين) عن إقامة الأب، سقط حقه في الحضانة لاحتياجه إلى رعاية الأب¹، ولو طلبت الانتقال به إلى موضع بعيد فشرط الأب عليها أن تتولى هي نفقته وكسوته جاز عندهم ذلك ولو تعدد الأطفال المحزونين².

إلا أن التطبيق القضائي للمادة 69 يسير نحو إسقاط الحضانة في حالة الانتقال للإقامة ببلد أجنبي معتمدا في ذلك على معيارين اعتبرهما قضاء المحكمة العليا يشكلان خطراً على المحزون:

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، 738 / محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م، ص 193.

² محمد عليش، المرجع السابق، ص 193.

- المعيار الأول: دين وأخلاق المحضون

حيث اعتبرت قرارات المجلس الأعلى والمحكمة العليا بأن الإقامة في بلد أجنبي غير مسلم يشكل خطراً على عقيدة المحضون وتربيته على دين أبيه ويتعارض مع هذا المقصد، كما اعتبرت أن الأحكام الأجنبية الصادرة خلافاً لذلك مخالفة للنظام العام في الجزائر ولا يجوز تنفيذها، هو ما يتجلى في العديد من القرارات، كقرار المجلس الأعلى بخصوص القرار الأجنبي ببقاء البننتين بفرنسا والمذكور سابقاً.

كما قضى قرار آخر بأنه "متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيداً عن رعاية الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد مخالفاً للشرع والقانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

- المعيار الثاني: احتياج المحضون لإشراف أبيه

اعتبر القضاء في الجزائر أن ابتعاد المحضون عن إشراف والده من أسباب سقوط الحضانة عن أمه على أساس أن بعد المسافة عائقاً يحول دون تمتع الطفل بإشراف أبيه، حيث قضت المحكمة العليا بإسقاطها عن الأم التي استقرت للإقامة خارج البلاد وإسنادها إلى الأب لتعذر إشراف هذا الأخير على أبنائه، علاوة على حق الزيارة الذي لا يتحقق لبعده المسافة.²

5- عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه

نصت المادة 71 على أن حق الحضانة يتجدد إذا زال سبب سقوطه لعذر اضطراري كأن تكون الحاضنة مريضة أو مجنونة ثم شفيت، ويرجع حقها في الحضانة لأنها امتنعت لمانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم³ طبقاً لقاعدة "إذا زال المانع عاد الممنوع"⁴، فالمادة 71 اشترطت لتجدد هذا

¹ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 59013، قرار بتاريخ 19/02/1990، المجلة القضائية، ع 4، 1991، ص 117.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 408248، قرار بتاريخ 21/11/1995، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2011، ص 244.

³ برهان الدين أبو إسحاق بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج 7، مرجع سابق، ص 186.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17، مرجع سابق، ص 18.

الحق وعودته أن يكون السبب في سقوطها عن الحاضن غير اختياري حين قضت صراحة بأنه " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

إلا أن عبارة "سبب سقوطه غير الاختياري" تحمل العديد من التأويلات، ومن خلال ذلك اختلف الباحثون في تحديد ماهية الأسباب التي يتجدد معها عودة حق الحضانة من عدمها، فهل أن كل الأسباب التي كان للإرادة دور فيها بحرية كاملة دون إكراه ولا عذر لا يتجدد معها حق الحضانة، بحيث تستوي حالة تزوج الحاضنة من أجنبي مع تنازلها الاختياري دون سبب ولا عذر؟

وفي هذا اعتبر جانب أن سقوط حق الحضانة لسبب شرعي كالزواج لا يعود من جديد إذا زال سبب السقوط بالطلاق أو وفاة الزوج¹، وذهب جانب آخر للقول بأن حق الحضانة يعود لمستحقيها إذا كان سبب السقوط نتيجة تطبيق قاعدة قانونية وليس لإرادة الحاضن دور في سقوطها، كسقوط الحق نتيجة الزواج بأجنبي عن المحضون ثم زال هذا السبب بطلاق أو وفاة، فإسقاط الحق هنا ليس اختياريًا بل كان نتيجة لتطبيق القانون ويصبح من حق الحاضن في هذه الحالة أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بعريضة للمطالبة بإعادة الحضانة وتقديم ما يثبت زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة².

ومع الاتجاه الأخير توافقت قرارات المحكمة العليا تغليبا لمبدأ مصلحة المحضون وهو المبدأ العام الذي بنيت عليه أحكام الحضانة في قانون الأسرة، حيث جاء في إحدى قراراتها بشأن طلب نقض وإبطال قرار صادر عن مجلس قضاء أم البواقي بتاريخ 2000/03/01 قضى بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة خنشلة يوم 1999/11/09 الذي قضى برفض دعوى إسقاط الحضانة والقضاء من جديد بإسقاط الحضانة عن ابنتها بسبب زواجها بغير قريب محرم الذي انتهى بالطلاق بتاريخ فيفيري 1998، وتأسيسا على المادة 71 ق.أ. اعتبرت المحكمة العليا سقوط حق الحضانة بالزواج لا يعد سقوطا اختياري، حيث جاء في قرارها الصادر في 2000/11/21 "أن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريًا بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة"³.

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 208.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 307/ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 157.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 252308، قرار بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، ع1، 2001، ص 408.

وفي المقابل ضمن المشرع للطرف الآخر الذي لم تسند له الحضانة حق الزيارة، الذي يبقى في كل الأحوال حقّ مكفول لكلا الجانبين دون تمييز، فالقاضي حين يحكم بالحضانة لمن يستحقها يحكم مباشرة في نفس الحكم بالزيارة طبقاً للمادة 64.

الفرع الثاني

عدة المفارقة زوجها وحرية الزواج

رتب الإسلام بعد انحلال الزواج وانتهائه بطلاق أو فسخ أو بوفاة مدة زمنية معلومة تنتظرها المرأة قبل أن يجوز لها إعادة الزواج مرة أخرى، هذه المدة التي اعتبرت الموائيق الدولية ومناصرو المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة قيدياً على حرية المرأة في الزواج وتمييزاً على أساس الجنس، لأن الرجل غير مقيد بمدة زمنية لإعادة الزواج بعد الطلاق، دون أن يراعي هؤلاء الفوارق البيولوجية بين الجنسين

أولاً: تنظيم العدة في قانون الأسرة

العدة في اللغة هي الإحصاء، ويقال إحصاء الشيء أي عدّه يعده عداً وتعداداً وعدده¹.

والعدة في اصطلاح الفقهاء، "اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتجعها على زوجها"².

وقيل هي التربص المحدود شرعاً مأخوذة من العدد، لأن أزمنا العدة محصورة مقدرة³، كما تم تعريفها على أنها "اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح"⁴.

والمراد في قول "أجل ضرب"، ما يشمل عدة ذوات الحيض، وهي ثلاثة قروء؛ وعدة اليائسة من الحيض لكبر أو صغر، وهي ثلاثة أشهر؛ وعدة الحامل، وهي وضع الحمل؛ وعدة المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملاً، أربعة أشهر وعشر⁵.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج3، مرجع سابق، ص 281.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 29

³ منصور البهوتي، الروض المربع: شرح زاد المستنقع، ج9، مرجع سابق، ص 323.

⁴ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مرجع سابق، ص 190.

⁵ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 451.

أما قولهم "لانقضاء ما بقي من آثار النكاح" معناه أن النكاح له آثار مادية، وهي الحمل، وأدبية، وهي حرمة الزوج، فضرب هذا الأجل لتتقضي به هذه الآثار، وظاهر أن النكاح يشمل الصحيح والفاقد والنكاح بشبهة¹.

ولقد ثبتت مشروعية العدة في نصوص من القرآن، والحكمة من تشريعها في المقام الأول هو التحقق من براءة الرحم أي خلوه من الحمل، بضمان عدم اجتماع ماء رجلين في رحم واحد فتختلط الأنساب وفي ذلك من الفساد ما تمنعه الشريعة²، وكذا لمنح فرصة للزوج في مراجعة زوجته مدة ثلاثة أشهر لعله يندم ويراجع نفسه، فالأصل في الطلاق أن يكون رجعيًا، فلعله يتصالح مع زوجته ويتقاضي هدم أسرته³.

كما شرعت للإحداد على الزوج المتوفى، فليس من المروءة أن تتزوج المرأة بمجرد وفاته لما في ذلك من استهانة به والعشرة التي قامت بينهما⁴، كما أن فيه مشروعية لإبداء الحزن عن الزوج المتوفى مدة أربعة أشهر وعشرا لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً)⁵.

وتعد العدة من المبادئ الثابتة في قوانين الأحوال الشخصية العربية، كما أن المرأة المعتدة من المحرمات مؤقتًا، مثلما نصت عليه المادة 3/30 ق.أ "يحرم من النساء مؤقتًا...المعتدة من طلاق أو وفاة".

1- أنواع العدة

تتعدد أجناس العدة تبعاً لنوع الفرقة وحال المرأة، فقد تكون بالأشهر أو بالأقراء، وقد تكون عدة طلاق أو فسخ، أو تكون عدة وفاة، كما تختلف العدة ومدتها تبعاً لحال المرأة بين أن تكون حامل أو حائل أي غير حامل.

أ- عدة المطلقة

يقتضي الكلام في عدة المطلقة التفريق بين المطلقة قبل الدخول والمطلقة بعده، فالمطلقة قبل الدخول لا تجب عليها العدة بالإجماع لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 451.

² شمس الدين ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3 مرجع سابق، ص 108.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، 372.

⁴ المرجع نفسه والصفحة.

⁵ أنظر: الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج3، مرجع سابق، ص 127.

أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا¹، وسبب ذلك عدم اشتغال رحمها بما يوجب استبراء²، وهو ما قننه قانون الأسرة في المادة 58 حين نصت على أن "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء"

وعليه، فعدة المطلقة في قانون الأسرة واجبة على المدخول بها حقيقة، دون أن يتطرق المشرع ويفرق بين المطلقة قبل الدخول ولم تحصل بينها وبين زوجها خلوة، مثل ما فعل الفقهاء في التفريق بينهما. أما المدخول بها فعدتها ثلاثة قروء ودليل ذلك قوله تعالى (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)³، إلا أن المشرع لم يبين المقصود بالقرء لاختلاف الفقهاء في معناه على قولين، فقيل في معناه أنه الطهر وهو قول كثير من الصحابة والمالكية والشافعية وفي روايتين لأحمد، وقيل بأنه الحيض وهو قول الخلفاء الأربعة والحنفية وفي رواية لأحمد⁴.

وفي حال المرأة التي لا تحيض سواء لمرض أو لصغر سنها أو لكبره وبلوغها سن اليأس فعدتها في الشريعة ثلاثة أشهر من تاريخ وقوع الطلاق بدليل قوله تعالى (وَاللَّائِي يَيْئَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ)⁵، وهو ما تم النص عليه في المادة 58 حيث جاء فيها "...والليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، دون أن تشير المادة الى عدة الصغير التي تأخذ نفس حكم المرأة الليائس من المحيض طبقاً للآية الكريمة.

والمتمأمل في المادة 58 يلاحظ أن المشرع قد وافق أحكام الشريعة الإسلامية في كيفية الاعتداد عند المدخول بها غير الحامل وكذا الليائس من المحيض، مع اغفاله لعدة الصغيرة لعدم إجازته زواجها ابتداء⁶، كما أن المشرع نص على أن بداية الاعتداد تكون من تاريخ التصريح بالطلاق وهذا ما يتوافق مع ظاهر المادة 49 من ق.أ في أن الطلاق لا يقع إلا بحكم قضائي - مثلما أشرنا سابقاً-، والأصح من تاريخ وقوع

¹ سورة الأحزاب، الآية 49.

² سليمان بن محمد البجيرمي، البجيرمي على الخطيب للشربيني، ج 4، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1417هـ، 1996م، ص 398

³ سورة البقرة، الآية 228.

⁴ أنظر في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 29، مرجع سابق، ص 307-308/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 631-632.

⁵ سورة الطلاق، الآية 4.

⁶ سعاد سطحي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار: جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين، المجلد4، ع8، 2004، 178-179.

الطلاق ليتوافق هذا الحكم مع الشريعة الإسلامية، فقد يقع الطلاق بمدة تبدأ معها العدة شرعا وقد تنتهي حتى قبل أن يتم اللجوء إلى القضاء، ولا يتصور أن تكون بداية الاعتداد من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وصحيحة شرعا سوى في أحكام الطلاق بالتراضي والتطبيق والخلع.

2- عدة المطلقة الحامل

قد تُطلق المرأة أو يصدر الحكم بالطلاق وهي حامل، فإذا كانت كذلك فإن عدتها تنتهي بوضع حملها، ولا تكون بالأقراء لعدم وجود حيض أثناء الحمل وهو ما جاء في قوله تعالى (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)¹، وهو الحكم الذي قننه المشرع في المادة 60 حين نصت على أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"، والمشرع هنا أخذ بما أثبتته الطب الحديث في أن أقصى مدة الحمل مقدرة بعشرة أشهر²، ومقتربا من الرأي القائل في أن أقصى مدة الحمل 9 أشهر وهو قول ابن حزم مستنبطا ذلك من ظاهر النصوص حيث قال أنه "لا يجوز أن يكون الحمل أكثر من تسعة أشهر، ولا أقل من ستة أشهر"، لقول الله تعالى (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)³، وقال تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ)⁴، فمن ادعى أن حملا وفصالا في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال بالباطل والمحال، ورد كلام الله عز وجل جهارا... وأما في الاخبار التي رويت عن نساء حملن لسنين وأربع وحتى سبع -وهو ما روي عند الحنفية المالكية والشافعية-، فقال أن كل هذه الأخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يُصدق ولا يُعرف من هو ولا يجوز الحكم في دين الله تعالى بمثل هذا⁵.

3- عدة المتوفى عنها زوجها

اتفق الفقهاء على أن عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل مقدرة بعشرة أشهر وعشرة أيام من وفاة الزوج مصداقا لقوله تعالى (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)⁶، وكذا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا).

¹ سورة الطلاق، الآية 4.

² سطحي، سعاد، مرجع سابق، ص 179.

³ سورة الأحقاف، الآية 15.

⁴ سورة البقرة، الآية 223.

⁵ أنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، ج 10، مرجع سابق، ص 316-317.

⁶ سورة البقرة، الآية 234.

وتبعاً لذلك فإن عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل تعدت بالمدة السابقة بالاتفاق لصراحة الأدلة في ذلك، ويكمن الخلاف في الحامل المتوفى عنها زوجها، هل تنتهي عدتها إذا وضعت حملها قبل مرور أجل الأربعة أشهر وعشر، ومثال ذلك أن تضع حملها بعد أسبوع أو شهر من وفاة زوجها وبذلك تنقضي العدة بالنسبة إليها؟ أم تترتب إلى أن تنتهي هذه المدة؟

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ذكر في صلب المادة 60 أن المتوفى عنها زوجها تعدت بأربعة أشهر وعشرة أيام ويلحق بها زوجة المفقود من تاريخ الحكم بوفاته، دون أن يضع استثناء للحامل المعتدة عدة وفاة¹؛ وفي المقابل أورد المشرع قاعدة عامة ضمن المادة 59 مفادها أن عدة الحامل تنقضي بوضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ وفاة الزوج².

وسبب الخلاف مثلما ذكره الفقهاء "تعارض عموم قوله تعالى { والذين يتوفون منكم } مع قوله تعالى { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } فإن كل واحدة من الآيتين عام من وجه، وخاص من وجه آخر. فالآية الأولى عامة في المتوفى عنهن أزواجهن، سواء كن حوامل أو غير حوامل³، واحتجوا بعموم المخبر عنه وهو أولات الاحمال وعموم الأجل فهو مضاف اليهن وبذلك يكون وضع الحمل جميع أجلهن⁴. والثانية عامة في أولات الأحمال، سواء كن متوفى عنهن أم لا"⁵.

ويحتج جمهور الصحابة بأن الحامل المتوفى عنها زوجها عدتها وضع حملها ولو وضعتة والزوج على المغتسل⁶ برواية عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة (وهي سبيعة الأسلمية) قالت حين سألت النبي عن ذلك " فأفتاني بأني قد حلت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزويج إن بدا لي"⁷.

¹ تنص المادة 59 من قانون الأسرة على أن "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

² تنص المادة 60 من قانون الأسرة على أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

³ تقي الدين ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ج2، دار جيل، بيروت، ط2، 1415هـ، 1995م، ص 577.

⁴ شمس الدين ابن القيم، بدائع التفسير (الجامع لما فسره الإمام ابن قيم الجوزية)، ج3، دار ابن الجوزي، بيروت، ط1، طبعة جديدة منقحة، رمضان 1427هـ، ص 165-166.

⁵ تقي الدين ابن دقيق العيد، مرجع سابق، ص 577.

⁶ شمس الدين ابن القيم، جامع الفقه، موسوعة الاعمال الكاملة لابن قيم الجوزية، جمعه يسري السيد محمد، ج6، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، ط1، 1421هـ، 2000م، ص 53.

⁷ البخاري، كتاب الطلاق، باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، أنظر: رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها. أنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 9، مرجع سابق، ص 406.

أما القول الثاني فقد ذهب إليه علي ابن أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهم، أي أن المرأة تعتد بآخر الأجلين، فإذا ما وضعت المرأة حملها قبل أربعة أشهر وعشراً فإنها تنتظر إلى غاية انقضاء المدة ولا تنتهي بوضع الحمل، وإن انقضت هذه المدة قبل الوضع فتنتظر احتياطاً إلى غاية الوضع¹.

ولطالما أثار الأمر تساؤلنا، فلو تفحصنا الحكمة من عدة المطلقة لوجدنا أنها شرعت للتحقق من براءة الرحم وهي مقدرة بثلاث أشهر، أما عدة الوفاة فالحكمة منها مزدوجة، فبالإضافة إلى مقصد براءة الرحم شرعت عدة الوفاة للإحداد على الزوج المتوفى لذلك كانت عدة الوفاة أطول من عدة المطلقة، وعدة المطلقة الحامل تنقضي بوضع الحمل سواء مضت الثلاث أشهر أم لم تمض، فمتى تحقق مقصد براءة الرحم انقضت العدة لتحقيق الهدف؛ وفي المقابل فإن عدة المتوفى عنها زوجها شرعت لأمر آخر غير التحقق من براءة الرحم -مثلما ذكرنا- وهو الإحداد على الزوج، والقول بأن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل قبل مرور الأربعة أشهر وعشراً فإن الحكمة والمقصد من الإحداد لا يتحقق في هذه الحالة، وعليه فمن الناحية العقلية نجد أن الاعتداد بأبعد الأجلين هو الصواب في المسألة، غير أنه مع ثبوت حديث فتوى النبي صلى الله عليه وسلم لسبيعة الأسلمية، لا يمكننا مخالفته ولا يسعنا سوى التسليم للرأي الأول (رأي الجمهور) الذي اخذ به المشرع الجزائري. والله تعالى أعلم.

ثانياً: العدوان على العدة في المواثيق الدولية وعند دعاة المساواة

تنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة على وجوب القضاء على التمييز ضد المرأة عند بدء الزواج وخلالها ولدى انقضائها، وكذا المساواة في جميع الآثار المترتبة عن انحلاله بالطلاق أو الوفاة؛ وتأسيساً على هذه المادة 16 دعت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة صراحة إلى إلغاء العدة الشرعية للمرأة في حالات الانفصال بالطلاق أو الوفاة، معتبرة ذلك تقييداً لحق المرأة في حرية الزواج، ولتتساوى بالرجل الذي ليست له عدة.

لقد ورد مصطلح العدة في ملاحظات وتوصيات اللجنة تحت عبارة "فترة الانتظار المطلوبة للنساء قبل أن يتمكنوا من إعادة الزواج **The waiting period required for women before they can remarry**» فمن خلال بحثنا في المسألة وجدنا أن هذه المدة الزمنية التي تتربصها المرأة قبل أن تتمكن من الزواج من جديد وهو ما يعرف عندنا "بالعدة" موجود في بعض الدول غير إسلامية كدولة اليابان، مع الاشتراك في بعض أسباب تشريعها وهو التأكد من براءة الرحم.

¹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، مرجع سابق، ص 405-406.

ولقد أعربت اللجنة عن قلقها من أن حق المرأة في الزواج مقيد بالأحكام الدينية والممارسات العرفية، عند الدول التي تفرض على المطلقات فترة انتظار قد تصل إلى سنة قبل أن تتمكن من الزواج، كما اعتبرته من قبيل طقوس الترميل التمييزية بالنسبة للأرملة المتوفى عنها زوجها، وكمثال على ذلك أوصت اللجنة اليابان بإلغاء فترة الانتظار المقررة في القانون المدني الياباني البالغة ستة أشهر، والمفروضة على النساء دون الرجال قبل أن تتمكن من الزواج من جديد¹.

وفي 16 ديسمبر 2015، رأت المحكمة العليا في اليابان أن فترة الانتظار البالغة ستة أشهر لإعادة الزواج طويلة جداً، وقضت بتخفيض المدة المنصوص عليها في المادة 733 من القانون المدني إلى 100 يوم على أساس أنه لا يوجد أي التباس يتعلق بالأبوة بعد 100 يوم من الطلاق أو وفاة الزوج، وفي يوم صدور الحكم، أرسلت وزارة العدل إشعاراً إلى حكومات البلديات وأوعزت إليها بقبول تسجيل عقود الزواج، التي تشمل المطلقات مؤخراً إذا انقضى ما لا يقل عن 100 يوم، وذكرت تقارير أن المادة 733 من القانون المدني لم تلغ تلقائياً بحكم المحكمة العليا لأن الحكم لا يؤثر تأثيراً مباشراً إلا على الأطراف المعنية في قضية معينة، ومع ذلك، أعربت الحكومة بعد صدور القرار بوقت قصير عن عزمها على تعديل المادة المقررة في المادة السابقة، وتخفيضها إلى 100 يوم²، وبالرغم من موافقة مجلس الوزراء على التعديل، أدانت منظمات حقوقية في الأمم المتحدة الخطة ووصفتها بأنها لا تزال تشكل تمييزاً ضد المرأة³.

¹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Forty-fourth session, 20 July-7 August 2009, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women –Japan, CEDAW/C/JPN/CO/6, p 3.

- وكمثال آخر على ذلك، يفرض القانون المدني لدولة "تيمور الشرقية" فترة انتظار لمدة 180 يوم للرجال، و300 يوم مقررة على النساء، ويسمح القانون للمرأة بعد مضي 180 يوماً من الزواج من جديد، بعد حصولها على إذن قضائي يؤكد أنها ليست حامل إذا لم يكن لديها طفل بعد فسخ الزواج، كما يرجع سبب هذه المدة بالنسبة للوفاة لأجل الحزن على الزوج أو الزوجة السابقة /

- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, consideration of reports submitted by states parties under article 18 of the convention, 2nd and 3rd periodic reports of states parties due in 2013, timor-lest, CEDAW/C/TLS/2-3, p 77.

² Sayuri Umeda, Japan: New Instructions Allow Women to Remarry 100 Days After Divorce, published on February 26, 2016, published in: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-new-instructions-allow-women-to-remarry-100-days-after-divorce>

³ AFP/Relax News, Japanese Women Still Have To Wait 100 Days Before They Can Remarry, updated on 03/09/2016, published in: https://www.huffingtonpost.ca/2016/03/08/japanese-women-100-days-remarry_n_9409780.html

كما عرفت تونس عدوانا على عدة المرأة؛ شنته لجنة الحريات الفردية والمساواة، المنشأة من طرف الرئيس السابق القايد السبسي، بهدف إقرار إصلاحات مرتبطة بالحريات الفردية والمساواة استنادا للدستور التونسي 2014، والمعايير الدولية لحقوق الانسان والتوجيهات المعاصرة في مجال الحقوق والحريات.

وجاء في تقريرها المرفوع للرئاسة بتاريخ 2018/06/01 بخصوص مسألة العدة المنصوص عليها في الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية، مقترحا بإلغائها لاعتبارها تقييدا غير دستوري لحرية المرأة في الزواج التي تراه حقا أساسيا تضمنه المواد 16 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان، المادة 2/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وكذا المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

كما أسست مقترحها على أن العدة قد فقدت مبرراتها في الوقت الراهن، على اعتبار أن التقدم العلمي يمكن بواسطة تقنيات التحليل الجيني من تحديد نسب الطفل، ووصفت العدة بأنه قد عفى الزمن عنها، ولا معنى من بقائها¹، متناسية أن العلم الحديث أثبت أيضا أن البصمة الوراثية لا تصل دقة نتائجها 100%، كما أن العلم الحديث يثبت يوما بعد يوم حكم العدة وعلاقتها بتكوين البويضات وتلقيحها وأثر الحيوانات المنوية للزوج السابق مدة العدة، في وقت لم يكن أحد يعرف عن البويضات ولا المشيمة وغيرها من الاكتشافات الحديثة، حين شرعت العدة، فالغرض الأول والأخير من هذه الدعوات هو معاداة للشرعية الإسلامية.

كما جاء في التقرير أن التبشير الأخلاقي الخاص بعودة الوفاة المتمثل في حداد الزوجة حزنا على زوجها ومراعاة مشاعر أهله، مبني على تمييز واضح، لأن الزوج إذا توفيت زوجته لا يخضع لمثل هذا الشرط، وله أن يتزوج دون انتظار، ولا يلتزم بنفس المبرر الأخلاقي تجاه زوجته وأهلها².

¹ الجمهورية التونسية، رئاسة الجمهورية، تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، تقرير إلى رئيس الجمهورية، 01 جوان 2018، ص 153 و154.

² الجمهورية التونسية، تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، مرجع سابق ص 153-155.

المطلب الثاني

التمييز لصالح المرأة في الآثار المالية للطلاق

يُنشأ الطلاق -إضافة الى الآثار المعنوية التي يربتها- مجموعة من الحقوق المالية لصالح المرأة المطلقة والأطفال، فبالرغم من السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع في المساواة بين الجنسين في تنظيم مسائل الزواج والطلاق طبقا لمقتضيات الالتزامات الدولية، فإن القواعد القانونية المنظمة للآثار المالية للطلاق توضح إبقاء المشرع المسؤولية على عاتق الزوج مثلها مثل الآثار والالتزامات المالية لعقد الزواج، تتركز أساسا في مسكن ممارسة الحضانة وحق المحضون في النفقة (الفرع الأول)، إضافة إلى حق المرأة في التعويض عند الطلاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق الحاضنة في المسكن

يُقصد بسكنى الحاضنة السكن الذي يؤوي الطفل ومن يحضنه من النساء، وبعبارة أخرى المسكن الذي ستمارسه فيه غالبا الزوجة المطلقة حضانة الأطفال، أما في حالة انفصال الزوجين وإسناد الحضانة الى الأب فإن مسألة سكنى الحاضنة لا تثار طالما أن الأطفال سيبقون مع والدهم فالسكن هو في الأساس حق للأولاد وليس للمرأة المطلقة.

ويعد واجب الوالد في توفير مسكن الحاضنة أو بدل أجرته من أهم المستحقات ذات الطابع المالي التي أقرها المشرع لصالح المطلقة والأبناء فترة الحضانة، فالحاضنة التي تستحق مسكن الحضانة هي الأم أي الزوجة المطلقة، مع بقاء نفقة المحضونين على الأب طبقا للمادة 75 ولا تلزم به الأم إلا في حالة عجزه وكانت قادرة على ذلك وفقا للمادة 76.

وفي هذا الصدد نصت المادة 72 من ق.أ قبل تعديلها على أن "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال والا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا، وإن تعذر فعليه أجرته"، ويلاحظ على المادة أنها جمعت بين نفقة المحضون وسكناه أي أن المسكن من النفقة، وأخذة في الاعتبار الأول الذمة المالية للمحضون فإن كانت ذمته ممتلئة كانت نفقته ومسكنه من ماله وتلحق بالسكن الحاضنة التي تمارس الحضانة، وتلزم الأب نفقة المحضون ومسكنه إذا لم يكن للمحضون مال من إرث أو وصية... وهو الغالب في مجتمعنا- دون أن يدخل ذلك في التزام الأب بالإنفاق على الأولاد، ودون إشارة الى الأم سواء كانت فقيرة أو غنية أو لها مسكن ملك لها، ما يحيلنا الى نص المادة 76.

وإذا كان الحال الظاهر من المادة 72 أن الزوجة إذا طلقت ستستفيد من المسكن إذا كانت حاضنة، فإنه باستقراء محتوى المادة 2/52 نجد أن فيها إجحافاً في حق الزوجة الفقيرة التي ليس لها مسكن ولا عمل وهدرٌ لحقوقها، حيث قضت المادة 2/52 بأنه "إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً" وعليه، فإن واجب مسكن ممارسة الحضانة لا يلزم الزوج إلا في حالة عدم وجود ولي يقبل إيوائها، لذا فإن هذا النص لا يعالج حالات كثيرة يتصل فيها الرجل من التزاماته ليقوم بتطبيق زوجته وترك أبنائه عند والد المطلقة التي بالرغم من قبول إيوائها قد تجد فيه الضيق والحرَج وحتى المضايقة، وهذا نابع من واقع مجتمعنا وكذا لأزمة السكن التي يعيشها المجتمع على نطاق واسع.

كما أنه يكون مسوغاً لتسهيل الطلاق على الزوج لأجل الزواج بأخرى وترك أولاده مادام الزوج

يضمن أن المطلقة ستجد وليها وليأويها، ويكون الأبناء بذلك مهددون هم ومصالحهم بالضياح.

إضافة إلى ذلك، فإن المحكمة العليا¹ لم تجانب الصواب في تفسير الفقرة 2 من المادة 52، حيث وضعت مبدأً ثانياً ملاصقاً لمبدأً أو شرط كون المطلقة لا تجد ولي يقبل إيوائها، وهو أن تكون حاضنة لأكثر من محزون، حتى تستحق مسكناً للممارسة الحضانة أو بدل الإيجار عوض عنه.

وذلك أن المادة 2/52 حين جاءت للحديث عن الأولاد المحضونين وردت في "صيغة الجمع" حين نصت على أنه "...يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج"، إلا أن اللفظ هنا جاء في صيغة العموم، والعموم عند الأصوليين هو "اللفظ الموضوع بوضع واحد لكثير غير محصور مستغرقاً لجميع ما يصلح له"، وهو لا ريب مقصد المشرع الجزائري وما تقتضيه العدالة والمنطق والعقل، فهل يصح أن نقول بأن المشرع حين نص في المادة 72 قبل التعديل على أن "نفقة المحزون وسكنه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً"، أن نقول بأن نفقة المحضونين-في حال تعددهم- لا تجب لأن المشرع ذكر المحزون على الخصوص لا المحضونين على العموم؟

¹ ظهر ذلك في قرارين غير منشورين للمحكمة العليا صادرين بتاريخ 18/04/1984 و 08/10/1985 شرط أن يكون للحاضنة ثلاثة أطفال فأكثر حتى تستفيد من إيجار المسكن، ثم جاء قرار آخر صادر بتاريخ 06/04/1987 وربط استفاضة الحاضنة من بدل إيجار مسكن ممارسة الحضانة "وجود أكثر من ولد". أنظر: زكية حميدو تشوار، مصلحة المحزون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 152-153.

كما ألقى موقف المحكمة العليا بظلاله على العمل القضائي، الذي عمد إلى الإقرار بعدم أحقية المطلقة الحاضنة في المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين¹، الأمر الذي أصبح يثار من طرف الأزواج المطلقين والاحتجاج بمبدأ تعدد المحضونين للالتزام بتوفير مسكن الحضانة أو أجرته².

وسرعان ما غيرت المحكمة العليا من موقفها وأصبحت قراراتها تصب في صالح الأم الحاضنة في حق السكن ولو كانت حاضنة لطفل واحد، ونقضت بذلك مبدأ تعدد المحضونين، الذي كرسه عند تفسيرها للفقرة 2 من المادة 52، حيث جاء في إحدى قراراتها أنه "لما ثبت أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وبهذا فإن قضاة المجلس أسأؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته، مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم وبدون إحالة³".

وفي قرار آخر حول قضية استند فيها المطلق طعنه في قرار صادر عن مجلس قضاء عنابة قضى بإلزامه بدفع بدل الإيجار على المبدأ السابق الذي أقرته المحكمة العليا في أن الحاضنة لا تكتسب الحق في السكن إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من محضون، واعتبرت المحكمة العليا "أن القرار المطعون فيه لم يخالف ولم يخرق المادتين 52 و72 من قانون الأسرة، وذلك لكون الحاضنة تستحق أن يوفر لها أب المحضون سكنا لكي تمارس فيه الحضانة، وعند تعذر ذلك عليه أن يسلم لها بدل إيجار عوضا عنه، وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة لم تشترط وجود عددا من الأولاد المحضونين (إثنين أو أكثر) كي تستحق الحاضنة مسكنا لتمارس الحضانة به أو مبلغا ماليا بدله⁴".

من ناحية أخرى، نجد أن مشرعنا حين ألزم الزوج المطلق بتوفير مسكن لممارسة الحضانة لم يتطرق لا من قريب ولا من بعيد إلى مسألة امتلاك الحاضنة لمسكن من عدمه، فإذا كانت الأحكام السابقة تراعي

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 112705، قرار بتاريخ 1994/11/29، المجلة القضائية، ع1، 1994، ص 140.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 348956، قرار بتاريخ 2005/11/16، المجلة القضائية، ع2، 2005، ص 245.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 112705، قرار بتاريخ 1994/11/229، المجلة القضائية، ع1، 1995، ص 140.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 348956، قرار بتاريخ 2005/11/16، المجلة القضائية، ع2، 2005، ص 245.

الزوجة التي ليس لها مسكن والزوجة الفقيرة التي لا تطيق توفيره ولا تأجيره، وهو أمر محمود يحفظ حقوق الحاضنة وأولادها، غير أنه لا يُحمد في حال فقر الزوج وامتلاك المطلقة لمسكن يمكنها من احتضانها أولادها فيه، فهل من العدالة أن تترك المطلقة مسكناً لها وتبقى في بيت الزوجية مع أولادها المحضونين، بينما يجد الأب نفسه بلا منزل يأويه، أو تنتقل إلى بيت يتكلف أجرته رغم فقره وحاجته، على الرغم من إمكانية تقادي الأمر والتيسير على الأب الذي يمكن أن تكون العلاقة الزوجية انحلت نتيجة مخالعة الزوجة نفسها، وتذهب هي بالأولاد والمسكن؟

فالقانون يُفترض فيه أن يضع أحكاماً تيسر على الناس حياتهم لا إرهاقهم والتضييق عليهم لتصبح حياتهم ضنكاً، بل يتعين أن يكون المشرع بصيراً بشؤون الناس وما يصلحهم، لأنه إذا كانت سكنى الأولاد المحضونين جزءاً من واجب الانفاق عليهم ولو كانت للحاضنة مسكن تقيم فيه، فإن المشرع بهذا الحكم يكون قد أرهاق ودون مقتض من يطلقون زوجاتهم أو العكس، ولو كان الطلاق من جانب الرجل لضرورة أوردتها الشرع، ليقترن هذا الحق الشرعي بالبأس والضرر¹.

والفقهاء الذين جعلوا لزوم أجره السكن وألحقوها بالنفقة؛ جعلوا الأمر مشروط بعدم امتلاك الحاضنة لمسكن، أما إذا كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن معها، فلا يلتزم الأب بأجره المسكن لعدم حاجة المحضون إليه، يقول ابن عابدين: "أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل"²، خلافاً لما ورد في قانون الأسرة الذي نص على حق الأم الحاضنة في المسكن بصفة مطلقة. كما ذهب المالكية إلى المساواة بين الأب والحاضنة في أجره السكن، وفي قول آخر أنها بالاجتهاد فإن كانت موسرة لا يكون الأب ملزماً بأجره السكن وإن كانت معسرة وجب عليه ذلك³.

ونتيجة لفلسفة المشرع الجديدة في إدراج المساواة بين الزوجين والميل إلى حقوق المرأة في قانون الأسرة جاء تعديل قانون الأسرة أكثر تعاطفاً مع المرأة بتعديل المادة 72 التي باتت تلزم الأب بتوفير مسكن للحاضنة في كل الأحوال سواء كان للحاضن مال أو لم يكن له مال، كما حُذفت مع التعديل الفقرة 2 من

¹ أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، مرجع سابق، ص 335-336.

² محمد ابن عابدين، رد المحتار على در المحتار، مرجع سابق، ص 556.

³ حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية العدوي على الخرشى، ج5، مرجع سابق، ص 255.

المادة 52 التي كانت تتكلم عن شرط عدم وجود ولي يقبل الحاضنة، والفقرة 3 التي كانت تُسقط حق الحاضنة في السكن حالة زواجها أو ثبوت انحرافها لورودها ضمن مسقطات الحضانة¹.

وأصبحت المادة 72 تنص على أنه "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."

وعليه، فإن الزوج المطلق ينبغي عليه مغادرة بيت الزوجية إذا بقيت الزوجة ماثلة فيه لحرمة بقاءه معها في منزل واحد، كونها صارت أجنبية عنه، وذلك إلى حين تنفيذ الزوج للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وبعد تنفيذ الحكم المتعلق بتوفير السكن أو دفع بدل أجرته؛ لا يحق للمطلقة الحاضنة البقاء في منزل الزوجية السابقة ما دامت المادة 72 تقضي بأن بقاء المطلقة ينقضى بتنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن وليس حتى سقوط الحضانة²، والذي يتحدد بمكان بيت الزوجية أو مكان أهل الحاضنة³، وهذا خلافا لما يظنه العديد من المطلقات مع شريحة اجتماعية كبيرة أن القانون أصبح يمنح للمرأة مسكن الزوجية تلقائيا في حالة الطلاق دون أن يعلموا أن استعادة الحاضنة من السكن تبعا لحق المحضون في الإقامة فيه، وسيزول هذا الحق بزوال أسبابه.

كما أن إلزام القانون الأب المعسر الفقير بتوفير مسكن الحضانة أو الخروج من مسكنه المملوك أو المؤجر مع يسار المرأة وامتلاكها لمسكن أو القدرة على امتلاكه، سيلحق بالأب ضرر مادي وأدبي نتيجة إخراجها وطرده من مسكنه، وفي ظل أزمة السكن في الوقت الراهن، يكون الضرر أشد، ولاحق بالأب بسبب الولد، فلولا وجود الولد ما أُجبر الأب على ترك منزله والخروج منه ليستقل به الولد مع حاضنته، وبذلك يكون القانون قد جعل الابن سببا مباشرا في الحاق الضرر بأبيه وخالف ما نهى عنه سبحانه وتعالى في قوله (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ)⁴.

¹ كانت الفقرة 2 و3 من المادة 52 تنص على التوالي: " - وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا".

"- تقعد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

² المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 0742023، قرار بتاريخ 2013/03/14، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2014، ص 321.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 384529، قرار بتاريخ 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2008، ص 291.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

حيث قال المفسرون في هذه الآية أنه لا ينبغي أن يكون الولد سببا في الحاق الضرر والأذى بأبيه بأن يكلف فوق طاقته، كما لا يجوز لأي من الأبوين مضارة الآخر بسبب الولد¹، أما إذا كانت المطلقة معسرة أيضا ولا سكن لها فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

كما أن مقصد الحد من حالات الطلاق بإلزام الأزواج وتحميلهم عبء توفير مسكن الحاضنة والأعباء المالية الناتجة عن الطلاق قد انهار بإقرار القانون للمساواة بين الزوجين في حل الرابطة الزوجية، فقد يكون الطلاق من طرف الزوجة لأي سبب، لشقاق أو ضرر أو بمخالعة نفسها دون موافقة زوجها، فمصلحة الطفل تقتضي بقاءه في أسرة مع والديه الذي يتحقق بالتشديد على الطلاق لا تسهيله وفتح الباب على مصراعيه لموائمة بنود الاتفاقيات الدولية، ثم نحتج بمصلحة المحضون بعد أن تنهار الأسرة.

مثلا ذكر مقرر لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات بمناسبة عرضه تقرير عن مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، أن من بين مبررات وأهداف التعديل هو رفع تحفظات الجزائر عن بنود بعض الاتفاقيات الدولية والتوافق مع التشريع المقارن لقوانين الأحوال الشخصية للدول الإسلامية في المنطقة²، ولعله بهذا يقصد القانون المغربي والتونسي.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي أقر حكما مماثلا لاشتراط عدم امتلاك الحاضنة لمسكن، حيث اشترط الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية لقيام حق الحاضنة في السكن مع المحضون ألا يكون لها مسكن، واعتبرت محكمة التعقيب لمدة طويلة أن الحاضنة القاطنة بمحل والديها لا تتوفر فيها شرط الحاضنة التي ليس لها مسكن، وأن مسكن والدي الحاضنة التي تسكن فيه مع الطفل المحضون يكون كافيا، ثم عدلت عن اتجاهها واعتبرت ذلك نوع من التبرع الذي لا يُعفي الأب من التزامه بإسكان حاضنة أبنائه³.

أما مدونة الأسرة فجاء النص فيها على سكنى المحضون ضمن المادة 168 وبصفة مستقلة عن النفقة، ولا يخرج المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم القضائي الخاص بسكنى المحضون،

¹ محمد هاني إسماعيل محمود، حول استقلال المطلقة والصغير بالمسكن، الوعي الإسلامي، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، السنة 19، ع 222، أبريل- جمادى الآخرة، 1983، ص 39.

² الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات، السنة الثالثة رقم 146 الدورة العادية، ص 8.

³ فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة، مرجع سابق، ص 250-252.

دون الإشارة الى حق الحاضنة في السكن بصفة مباشرة. إلا أنها تستفيد معه بالتبعية من السكن المخصص له دون أن تساهم في تكاليفه¹.

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري، فإن أن هذا الحكم هو تمييز واضح لصالح المرأة تعدى مسألة المساواة طالما أنه لم يورد أي استثناء يخص يسار المرأة وامتلاكها لمسكن، كما أنه لم يراعي فيه الحالة المالية للزوجين كي يكون هذا الحكم على أرض الواقع موافقا لمبدأ العدالة والتيسير، فقد جاء في رد الجزائر على التوصيتين 25 و 26 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي أعربت من خلالها عن قلقها إزاء الأحكام التمييزية المتصلة بالحياة الأسرية من بينها الطلاق والحضانة، وكذا حثها للإسراع في تعديلها قصد مواءمتها مع المادة 16 من الاتفاقية²، وذكرت الجزائر في ردها بأن المحاكم في الجزائر تمنح حضانة الطفل أو الأطفال في الغالبية الكبرى من الحالات إلى الأم، وتبعا لذلك فإن الأب مطالب وفقا للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق، أو عوضا لذلك بدفع أجرة تسمح بتغطية تكاليف إيجار المسكن، لكي تتمكن المرأة من ممارسة الحضانة في ظروف مقبولة، كما ذكرت أن ممارسة المرأة للعمل لم يعد سببا لإسقاط الحضانة³.

الفرع الثاني

التمييز لصالح المرأة في التعويض عن الطلاق

أقرت الشريعة الإسلامية عند انحلال الرابطة الزوجية حقوقا مالية للمطلقة يتحملها الزوج وإن لم يقع الطلاق من طرفه جبرا لضررها من الناحية المادية والمعنوية، وهو ما قننه قانون الأسرة الجزائري بطريقة خاصة تتركز أساسا في التعويض في حالة الطلاق التعسفي والتطليق الناتج عن الضرر.

كما يحكم القاضي بالتعويض طبقا للمادة 55، عند الحكم بالطلاق بسبب نشوز زوجها أو العكس⁴، والأهم أن المشرع أضاف بموجب الأمر 05-02 المادة 53 مكرر التي لم تكون موجودة سابقا، وقضت

¹ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 313.

² أنظر: اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28 يناير 2005، التعليقات الختامية، التعليقات الختامية بشأن الجزائر، مرجع سابق، ص 5.

³ التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 20.

⁴ نصت المادة 55 على " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

بإمكانية الحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها في حالات التطلاق التي تطرقنا إليها سابقاً، طالما أثبتت أو ثبت للقاضي الضرر الموجب للتعويض¹.

وسنكتفي في هذا الفرع بالتفصيل في الحديث عن التعويض الناتج عن الطلاق التعسفي ومعاييرته وحالاته وعلاقته بمتعة المطلقة.

أولاً- المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

يعد الطلاق من أقوى المسائل التي تُلحق بالمرأة ضرراً فاحشاً مادياً ومعنوياً، سواء تم وقوعه بسبب أو لغير سبب، لذلك شرع الإسلام ما يعرف بمتعة المطلقة وأثبتها لها كحق من حقوقها، بينما اقتصر القانون بالنص فقط على تعويض المطلقة في الطلاق التعسفي، الذي يشترك مع المتعة في أن كلاهما يحمل صفة التعويض عن الضرر اللاحق بالمرأة بسبب الطلاق والتخفيف عنها.

ولقد أخذ المشرع بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وجاء النص على ذلك من خلال المادة 52 من ق.أ. بنصها على أنه " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، لذلك يرى العديد أن أصل التعويض عن الطلاق التعسفي هو المتعة التي شرعها الله عز وجل في قوله (وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)² وكذا في قوله (وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى

¹ غير أن قضاء المحكمة العليا قبل استحداث المادة 53 مكرر، ذهب في بعض قراراته إلى القضاء بالتعويض عن الضرر المصاحب للتطلاق، مثلما جاء في قرار صادر بتاريخ 1996/04/23 قضى بأنه "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق مع التعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً، ولما ثبت - في قضية الحال - أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها" / المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 135435، قرار بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، ع1، 1998، ص 129.

- كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1998/07/21 بأنه "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطلاق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون" / المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 192665، قرار بتاريخ 1998/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 116.

² سورة البقرة الآية 241.

المُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ¹، وفي المقابل أخذ جانب من التقنين العربي بالمتعة والنص صراحة على أحقية المطلقة في الحصول عليها.

أ- المتعة في الشريعة الإسلامية

المتعة في اصطلاح الفقهاء عموما هي مال يعطيه الرجل لزوجته التي فارقتها جبرا لألمها وتخفيفا من حزنها بسبب استقلاله في مفارقتها².

وقد جاء في ذكر تعليل مشروعية المتعة أن في الطلاق انكسار لقلب المرأة، لهذا أمر تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عما فاتها بشيء من مال زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره³، وبالرغم من الآية صريحة في وجوب المتعة إلى أن الأمر قد عرف خلافا بين الفقهاء، حيث ذهب الجمهور إلى القول بالوجوب ولم يخالف في ذلك سوى المالكية في قولهم المشهور باستحباب دفعها للمطلقة.

وسبب خلافهم حول المقصود بالضيمير المتصل بقوله تعالى (وَمَتَّعُوهُنَّ) من المراد به من المطلقات⁴؛ فالقائلون بالوجوب هم جمهور الفقهاء فحملوها على الوجوب حتى تقوم الدلالة على الندب⁵، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل:

فقال الحنفية أن المتعة تجب للمطلقة إذا طلقها زوجها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهرا، وتكون مستحبة إذا طُلت قبل الدخول وسمي لها مهرا أو في الطلاق بعد الدخول⁶.

وقال الشافعية في الجديد أن المتعة حق لكل مطلقة سواء قبل الدخول أو بعده، إلا المطلقة قبل الدخول وسمي لها مهرا⁷، فتكتفي بنصف المهر⁸.

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² أحمد بن غنيم النفراوي، مرجع سابق، ص 58 / محمد الدسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي، دار الثقافة، الدوحة، ط1، 1995، ص 394.

³ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، مرجع سابق، ج1، ص 641.

⁴ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مج2، مرجع سابق، ص 132.

⁵ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص 127.

⁶ علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص 303-304.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، مرجع سابق، ص 549.

⁸ يوسف ابن عبد البر، الاستذكار، ج17، دار الوعي، القاهرة، ط1، محرم 1414هـ/ يوليو 1993، ص 274.

ووافق الحنابلة الحنفية بالجملة في وجوبها لكل مطلقة طلقت قبل الدخول ولم يسمى لها مهرا¹.

أما الفائلين بالاستحباب فهم المالكية، ودليلهم في ذلك أن الله تعالى علقها على المتقين والمحسنين في قوله (مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ) وفي قوله (مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)، فهو من باب الإجمال والإحسان الذي ليس بواجب² فلو كانت واجبة لأطلقها على كل الخلق وربطها بالتقوى هو معنى خفي دل على أنها استحباب³.

قال الإمام مالك "والمتعة للمطلقة مستحبة غير مستحقة، وهي لكل مطلقة بائنة كانت أو رجعية مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو كتابية، حرّاً كان زوجها أو عبداً، ولا متعة لمختلعة، ولا ملاعنة، ولا لمطلقة قبل المسيس إذا كانت مفروضاً لها⁴.

ب- المتعة في القانون والقضاء

خلافاً للقانون الجزائري؛ نصت أغلب التشريعات العربية على متعة المطلقة ضمن مستحقات الزوجة الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية، وكمثال على ذلك نصت المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية على أحقية المطلقة في المتعة بصفة مستقلة عن التعويض عن الطلاق التعسفي "ويراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه"، كما نصت على إمكانية الحكم للمطلقة بالطلاق التعسفي دون الخط بينه وبين المتعة.

وإعمالاً للمساواة بين الزوجين في مدونة الأسرة الجديدة لم يعد التعويض عن التعسف في الطلاق ملزماً للزوج وحده، فقد نصت المادة 97 على إمكانية الحكم بالتعويض لفائدة الطرف المتضرر من التطليق للشقاق⁵، بصرف النظر عن مستحقات المطلقة⁶.

¹ يوسف ابن عبد البر، الاستنكار، ج 17، مرجع سابق، ص 274.

² محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج9، مرجع سابق، ص 514.

³ ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، مرجع سابق، ص 291.

⁴ عبيد الله ابن الجلاب، التفرغ في فقه الإمام مالك بن أنس، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1428هـ/2007م، ص 64.

⁵ التي نصت على "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر"

⁶ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 241.

كما فصل القانون الأردني بين حق المتعة والحكم بالتعويض، في المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي تنص على أنه "إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلو الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة، بحسب حال الزوج على ألا تزيد عن نصف مهر المثل"، وقررت المادة 124 من نفس القانون إمكانية الحكم للمطلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

وذكرت متعة المطلقة في ق.أ.ش المصري صراحة في المادة 18 مكرر منه؛ ومنح للزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، مع الأخذ دائماً في الحساب عند تقديرها الحالة المالية وظروف وقوع الطلاق ومدة العلاقة الزوجية...¹.

لذا، فإن ما يلاحظ على هذه القوانين أنها ضمنت الحق الشرعي للمرأة في الحصول على متعة الطلاق وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وكذا تأثر كل منها بالمرجعية الفقهية لقوانين أحوالها الشخصية؛ كما يظهر تأثرها بالتوجه نحو تمكين المرأة وتعزيز مركزها في مقابل تعسف زوجها مثلما هو مقرر في المواثيق والتوصيات الدولية، فالبعد الحقوقي ظاهر في الجمع والأخذ بكلا الأمرين لصالح المرأة مقابل الطلاق للرجل بالإرادة المنفردة، وكان يمكن الاقتصار على المتعة وتقديرها طبقاً لمدى تعسف الزوج من عدمه.

وعلى مستوى القضاء الجزائري، فقد أثارت مسألة المتعة خلافاً في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ولم تستقر على اتجاه واحد، حيث اعتبرت المحكمة في بعض قراراتها أن المتعة المقررة شرعاً هي التعويض المستحق مقابل الطلاق التعسفي غير المبرر، وقضت في ذلك إحداها بأنه تمنح المتعة للمطلقة مقابل الضرر اللاحق بها من طلاق غير مبرر، والتي تسقط بتحميلها جزءاً من المسؤولية في الطلاق، وعلى ذلك اعتبرت أن ثبوت إسناد الظلم إلى الزوجين معاً، يقطع السبيل لمنح المتعة للمطلقة أو لتعويض أحدهما، وهو ما استوجب "النقض جزئياً فيما يخص المتعة"²، كما اعتبرت في قرار آخر عدم جواز التفرقة بين المتعة والتعويض باعتبارها في حد ذاتها تعويضاً لما يلحق الزوجة من ألم الفراق³.

¹ محمود ربيع ومحمد عبد الحميد الألفي، قانون الأحوال الشخصية والمواثيق وقوانين الأسرة، دار محمود القاهرة، طبعة 2018، ص 91.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، قرار بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، ع4، 1993، ص 61.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35912، قرار بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية، ع1، 1986، ص 89.

وصنفت المحكمة العليا المتعة في قرار آخر، ضمن المستحقات الشرعية للمطلقة إضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي بمقتضى المادة 52 من قانون الأسرة¹.

ثانياً: التعويض عن الطلاق التعسفي

يعد مصطلح الطلاق التعسفي من المصطلحات الحديثة التي عرفتتها التشريعات الوضعية، الذي يثار دائماً في حالة طلاق الرجل لزوجته دون مبرر أو سبب وجيه أو قصد الإضرار بها...مثلما فعلت المحكمة العليا، وإذا كانت مسألة المتعة وإن اختلف في وجوبها تجد لها أساس في الشريعة الإسلامية، فإن التعسف هو الآخر لم يتعرض له الفقهاء صراحة.

1- نظرة على التعسف في حق الطلاق في الفقه الإسلامي

يدخل التعسف في الطلاق عموماً ضمن التعسف في استعمال الحق، وقد عرف التعسف الأستاذ فتحي الدريني على أنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل" ويمكن القول أن التعسف في استعمال الحق يكون على وجه يناقض مقاصد الشارع من تشريعه².

لذلك يميل الكثير إلى تأسيس هذه النظرية على التعسف في استعمال الحق، كاستعماله باتخاذ تصرفات إيجابية الحق بقصد الإضرار بالغير أو في غير الموضع الذي شرع من أجله، أو استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر الناشئ³.

وبتطبيق التعسف في استعمال الحق على الطلاق؛ نجد أن الإسلام لما جعل الطلاق بيد الرجل جعل ذلك حقاً له ومع ذلك قيد الإسلام ذلك الحق ولم يجعله حقاً مطلقاً، فالحق يكون مشروعاً مادام أنه يحقق مقصد الشارع من تشريعه وعلى نحو لا يضر بالغير، وإذا لم يتحقق مقصد الشارع أو أضر بالغير يصبح التصرف في الحق غير مشروع، لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"⁴.

¹ جاء في قرار صادر بتاريخ 1987/04/07 أن "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة كذلك التعويض على الطلاق التعسفي" / المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41560، قرار بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية، ع2، 1986، ص 69.

² فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط2، 1408هـ/1988م، ص 38.

³ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 38.

⁴ توفيق عيسى حامد أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1992، ص 102.

ومن هذه الفكرة انطلق التساؤل حول متى وكيف يكون الرجل متعسفا في الطلاق؟ فعلى ضوء ذلك، عارض جانب من الفقه المعاصر فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي، وفي ذلك يقول الإمام أبو زهرة " وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض لأجل الطلاق، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى¹، وأيد عبد الرحمن الصابوني فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي، ويرى أن المصلحة والواجب ألا يترك الزوج زوجته عرضة للبؤس والفقر فإذا ما أراد الطلاق وكانت الزوج بحاجة إلى مؤنة ومساعدة فيجب له أن يعرض لها عن ذلك إن لم يكن الطلاق بسببها².

ووفقا لما ورد في معنى التعسف في الطلاق؛ فحق إيقاع الطلاق وإن كان للزوج بحسب أحكام الشريعة، فهو مقيد عند كثير من الفقهاء بوجوب أن يكون لحاجة ملحة ضرورية تدعو إليه، بحيث يصعب على كلا الزوجين الاستمرار في الحياة الزوجية على نحو يحقق مقاصده كالإنجاب والإحسان والمودة...، وألا يترتب عنه ضرر فوق حل الرابطة الزوجية، لذا فحين يستعمل الزوج حقه في الطلاق بدون سبب ومتى شاء وكيفما شاء، فإن الأمر يصير مناقض لمقاصد تشريع الطلاق على الرغم من أن التصرف في هذا الحق مباح³.

وما يثبت أن هنالك حالات لتعسف الزوج في حق الطلاق، فيُتصور وفقا لتصوير الأصوليين للتعسف، بأنه تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله⁴، ومثاله طلاق المبتوتة في مرض الموت من أجل حرمانها من الميراث.

ووجه التعسف هنا أن الطلاق لم يشرع للزوج وسيلة للإضرار بزوجه، وحرمانها من حقها في الميراث، فإذا كان الباعث على الطلاق حرمانها من الميراث عومل بنقيضه، لذلك ورثها الكثير من الفقهاء⁵.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 275.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، ج1، دار الفكر، بيروت، ط2، 1968، ص 102.

³ أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة 1963، ص 78، مقتبس عن أنور عمرو سي وأحمد العمروسي وأشرف أحمد عبد الوهاب، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، دار العدالة، القاهرة، ط5 مزيدة ومنقحة، 2013/2012، ص 52 / توفيق عيسى حامد أبو هاشم، مرجع سابق، ص 103.

⁴ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 51.

⁵ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 172.

كما يكون استعمال حق الطلاق من أجل الاضرار بالزوجة، كأن يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها قصد الإساءة لسمعتها والاضرار بها أدبيا ومعنويا، وهذا الفعل يستحق التأديب والتعزير لا فقط التعويض.

وقد نكر ذلك الإمام الشاطبي وأورد بأن "الطلاق كان في أول الإسلام إلى غير عدد، فكان الرجل يرتجع المرأة قبل أن تنتضي عدتها، ثم يطلقها، ثم يراجعها كذلك قصداً فنزلت (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ)"¹، ونزلت مع ذلك (وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْنًا)²، فيمن كان يضار زوجته حتى تفقدي منه وهذه كلها حيل لبلوغ غرض لم يشرع ذلك الحكم لأجله³.

2- التعسف في حق الطلاق والتعويض عنه في القانون الجزائري

جعل القانون الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية ضمن المادة 41 من القانون المدني⁴، قبل أن يلغيا ويُدْرَج مضمونها في المادة 124 مكرر من نفس القانون، والتي حدد في صلبها معايير التعسف في استعمال الحق. وهي الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي في استعمال الحق⁵.

ونصت 124 مكرر على أن استعمال الحق يشكل تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ الى الغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وبالرغم من أن القانون الجزائري لم يضع صراحة معايير التعسف في الطلاق، إلا أنه يمكن تصور

حالات عديدة للتعسف طبقا للمعايير السابقة:

أ- إذا وقع الطلاق بقصد الاضرار بالمطلقة

¹ سورة البقرة، الآية 229.

² الآية نفسها.

³ إبراهيم أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ج3، دار ابن عفان، السعودية-الخبر، ط1، 1417هـ/1997م ص 111.

⁴ العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقاه الإسلامي، مرجع سابق، ص 22.

⁵ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 102.

يتعلق هذا المعيار أساساً ويرتبط بالقصد أو الباعث، أي أن يكون قصد الاضرار بالمطلقة هو الباعث على إيقاع الطلاق، وهي مسألة نفسية يصعب إثباتها، ويمكن استخلاص الباعث من الظروف المصاحبة للطلاق، كأن يطلقها ثم يرجعها في فترة وجيزة ثم يطلقها لدون سبب وجيه، أو يطلقها بمجرد الاستغناء عن عملها.

كما يمكن الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل موقف الطلاق¹.

كما يدخل في ذلك الطلاق بدون سبب، وذلك بأن يطلق الرجل زوجته بالرغم من استقرار الحياة الزوجية وخلوها من المنغصات والتنافر بين الزوجين ويسلبها حقها في الحياة الزوجية بلا سبب ولا مبرر.

ب- رجحان الضرر الفاحش على المصلحة

ويكون بتفاهة أو انعدام المصلحة التي يسعى المطلق لتحقيقها، مقارنة بالضرر الحاصل للمطلقة وما سيحصل جراء انهيار الأسرة، مثل اللجوء إلى الطلاق من أجل التفريغ لسفر بلا عذر أو لأجل الاستقلال المالي وتفضيل حياة العزوبية.

فإذا كانت المصلحة المقصودة لا تتناسب مع الضرر اللاحق بالمرأة بدرجة كبيرة كان ذلك انحراف عن مسلك الرجل المعتاد، وتتحقق بذلك المسؤولية².

ج- عدم مشروعية المصالح التي يسعى المطلق لتحقيقها

قد يوقع الرجل طلاقه لأجل بلوغ أهداف غير مشروعة، أو مثلما رأينا عند الأصوليين "التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله"، أي التحايل على مقصد تشريع الطلاق لاستحالة استمرار الزوجية، فيستغل المطلق حقه في الطلاق لأجل بلوغ تلك الغاية غير المشروعة، كطلاق مريض مرض الموت قصد حرمان زوجته من الميراث، فالقصد هنا غير مشروع بالرغم من أن الوسيلة مشروعة.

ولأن قانون الأسرة لم يبين صراحة معايير التعسف ولم ينص صراحة على انحصاره في الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني أو حتى الرجوع إليها، لذا تبقى للقاضي السلطة التقديرية المطلقة،

¹ العربي بالحاج النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 126.

² العربي بالحاج النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 126.

والتي نميل لأن يكون سبب تكييف الطلاق بالتعسفي أن يكون بلا سبب من الزوجة، كانحراف سلوكها وأخلاقها أو خيانتها أو تبذير أمواله، أو مخاصمة والديه ومثلها من الأسباب.

كما يتصور في كثير من الحالات عدم دخول التعسف في الطلاق ضمن الحالات السابقة، فقد يكون لسبب ليس للزوجة يد فيه، كإنجابها للبنات دون الذكور بما يحمل الزوج على تطبيقها.

وعلاوة على عدم نص قانون الأسرة على معايير يُسترشد بها لتكييف الطلاق التعسفي، لم تضع قرارات للمحكمة العليا المعايير التي أخذت بها لتكييف الطلاق على أنه تعسفي، وعلى سبيل المثال اعتبرت المحكمة في أحد القرارات أن وقوع الطلاق بسبب عدم البكارة، طلاقاً تعسفي يوجب التعويض طالما أنه لم يُشترط في عقد الزواج مثل هذا الشرط بموجب المادة 19 من قانون الأسرة¹.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 480264، قرار بتاريخ 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2009، ص 285.

الفصل الثالث

تقييد حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة على أساس الحق في الخصوصية الثقافية

يرجع السبب الرئيسي في إبداء الجزائر لتحفظاتها على تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة مثل أغلب الدول الإسلامية إلى أسباب واعتبارات دينية وثقافية، وهو ما يندرج ضمن ما يعرف بالخصوصية الثقافية.

فالسبب الرئيسي وراء تعارض حق المرأة في المساواة بالرجل في مجال الأسرة في القانون الدولي ونظام الأسرة في الجزائر والدول الإسلامية التي جسدت مبادئ الشريعة الإسلامية في قوانين الأسرة؛ يرجع إلى منهج عالمية حقوق الإنسان الذي بني عليه القانون الدولي لحقوق الإنسان بداية من الاعلان العالمي 1945، لذا ترى المواثيق الدولية أن تقييد حق المرأة في المساواة بالرجل في مسائل الزواج والطلاق اعتداء على حقها في المساواة وانتهاكا للحظر الدولي للتمييز ضد المرأة وهو ما يظهر من خلال أحكام الاتفاقيات وتوصيات لجانها وملاحظاتها وعلى رأسها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على سبيل المثال.

ولا شك من أن الأعمال المطلق للمساواة بين الرجل والمرأة في تلك المسائل دون تقييد يترتب عليه مخالفات شرعية تجد لها احتراماً خاصاً لدى الدول الإسلامية وشعوبها لذا فهي تدخل فيما يعرف بالخصوصية الثقافية، ومنه سنتناول في هذا المبحث الأحكام المثبتة للحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية في القانون الدولي لنبني عليها نطاق أعمال ما يعرف بتقييد الحقوق المحمية، وتقييد حق المرأة في المساواة على أساس الحق في الخصوصية الثقافية عن طريق تطبيق مناهج بديلة مقترحة تتمثل في مبدأي التناسب والهامش التقديري المعروف في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

المبحث الأول

الإطار القانوني للحق في الخصوصية الثقافية وتصادمه مع عالمية حقوق الإنسان

نظراً لأن مواثمة قانون الأسرة مع بنود المواثيق الدولية من المسائل الأكثر إثارة للجدل بحيث توجه الاتهامات لقوانين الدول الإسلامية عموماً على هدرها لحقوق المرأة وهو اتهام غير مباشر للشريعة الإسلامية، لذلك سنتناول بالمناقشة مسائل الحق في الخصوصية الثقافية وأساسه في مختلف النصوص الدولية، ليكون أساساً للحد من آثار العالمية المطلق وادفع علمنة هذه الحقوق.

المطلب الأول

مدلول الحق في الخصوصية الثقافية وأساسه في القانون الدولي

علاوة على أن الحق في الخصوصية سيكفل للشعوب الإسلامية الحفاظ على نظامها القيمي المستمد من الدين ويقوض من فكرة فرض الثقافة الغربية لا سيما فيما يتعلق بحقوق المرأة؛ سيعزز الاعتراف بهذا الحق الذي يجد له اعترافاً متزايداً على المستوى الدولي من فكرة التقارب بين الإسلام وحقوق الإنسان في القانون الدولي.

الفرع الأول

مدلول وأهمية الحق في الخصوصية الثقافية

ينصرف مدلول الحق في الخصوصية الثقافية هنا إلى حق الجماعات في المحافظة على العادات والتقاليد الاجتماعية، أو الدينية، وكل المميزات الثقافية التي تمنح كل جماعة الهوية الذاتية والفريدة بما يميزها عن غيرها، وتشمل الحقوق الثقافية أيضاً الحق في الاستقلال الذاتي¹.

وقد صار من الشائع على مستوى الفقه القانون الدولي لحقوق الإنسان رفض الافتراض القائل بأن جميع الأنماط الثقافية يجب أن تكون متساوية بغض النظر عن عادات وأعراف كل مجتمع، وذلك للمحافظة على امكانيه تبني حقوق الإنسان العالمية، لهذا أضحى من الضروري أن يسعى القانون الدولي إلى تبني وابتكار معايير تدعم الأبعاد المحددة للتنوع الثقافي والتي تتضمن مبادئ عامة "للحماية الثقافية المتساوية"، ترى من الحقوق الثقافية للفرد باعتباره عضواً في المجتمع بدلاً من معيار الحقوق الفردية².

ويعد الدين عامل ذو أهمية كبيرة في تكوين الثقافة الخاصة، والممارسات الثقافية المنبثقة منه تلقى احتراماً كبيراً مقارنةً بغيرها من الممارسات الثقافية الأخرى³، والتي قُننت العديد منها- أي الدينية- في التشريعات الوطنية، كقانون الأسرة الجزائري.

إن الاعتراف بالحق في الخصوصية الثقافية هو منظور بديل عن المنظور الخصامي بين الإسلام وحقوق الإنسان في القانون الدولي، حيث يركز المنظور التقاربي على تحقيق المثل العليا لحقوق الإنسان في الإسلام بدلاً من النظر إلى مسألة الإسلام وحقوق الإنسان على أنها منافسة بين القيم؛ ولذلك فإن

¹ Joyner C Christopher, and John C. Dettling, Bridging the cultural chasm: cultural relativism and the future of international law, Cal. W. Int'l LJ, Vol 20, 1989, p 290.

² Ibid.

³ Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, Human Rights Quarterly 19, no. 1 1997, p 160-161.

المنظور التوافقي بين الإسلام وحقوق الإنسان يشجع على التفاهم والمشاركة البناءة والحوار بين الإسلام وحقوق الإنسان¹، وليس على تقديم حقوق الإنسان كأيدولوجية بديلة للإسلام في المجتمعات الإسلامية².

وتمتد تلك الأهمية للنطاق الشخصي للنساء المسلمات، فبخصوص المساواة بين الرجل والمرأة لا تقتصر تلك الأهمية على المستوى القانوني؛ فقد أثبتت المقابلات التي أجريت مع النساء المسلمات أنهن يرغبن في التمتع بحقوقهن في إطار الإسلام لا عن طريق فرض ثقافي من الغرب، لذلك خلصت عزيزة الهبري من خلال مقابلاتها لنساء مسلمات إلى أن "غالبية النساء المسلمات اللواتي يرتبطن بدينهن لن يتحررن من خلال استخدام نهج علماني مفروض عليهم لذا فإن أفضل طريقة "هي بناء أساس فقهي نسوي إسلامي متين يظهر بوضوح أن الإسلام لا يحرمهن من حقوقهن، ويطالب بتلك الحقوق التي كفلها لهن الإسلام"³، وتضيف إنه "في الواقع، لقد تم "تأسيس" لفترة طويلة جدا في المجتمع الدولي أن الإسلام يجمع حقوق المرأة، ومن وجهة نظري أن هذا الموقف يقوم إما على الاعتقاد الخاطئ أو التحيز العلماني"⁴.

الفرع الثاني

أساس الحق في الخصوصية الثقافية في القانون الدولي

أصبحت المطالبات الثقافية التي تتذرع بأفكار الثقافة أو التقاليد أو اللغة أو الدين أو العرق أو القبيلة عنصراً خطابياً مألوفاً في الحقوق المعاصرة، ومن المرجح أن يكون لها المزيد من الاستثناءات على الصعيد الدولي⁵.

فقد امتدت خطابات حقوق الإنسان للسماح للثقافة لتصبح موضوعاً للمطالبات الحقوقية، إذ أن حقوق الفرد في "الانتماء" و"التمتع" بثقافة معينة مكرس في العديد من الصكوك الدولية، كما أنها جاءت في صياغة عكست من خلالها السمات الثقافية بأنها حليفة ذات قيمة جوهرية وجديرة بالاعتراف والحماية القانونية لا

¹ Mashood Baderin, Islam and the realization of human rights in the Muslim world: A reflection on two essential approaches and two divergent perspectives, Muslim World Journal of Human Rights, 2007, vol. 4, no 1, p 12

² Ibid, p 13.

³ Azizah al-Hibri, Islam, law and custom: Redefining Muslim women's rights. American University Journal of International Law and Policy, Vol 12, 1, 1997, p. 3.

⁴ Ibid.

⁵ Jane K Cowan, Marie-Bénédicte Dembour, And Richard Wilson, (ed.), Culture and rights: Anthropological perspectives, Cambridge University Press, UK ,2001, p 9.

سيما من خلال المادة 2-1 من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأقليات الإثنية أو القومية واللغوية والدينية والمادة 27 العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية¹.

إلا أنه هنالك قدر معين من الغموض يحيط بمفهوم الحقوق الثقافية، ومصدر المشكلة يكمن في مفهوم الثقافة نفسها وفي سياق تاريخها²، فعلى الرغم من أن الحقوق الثقافية تعتبر حاسمة في الحفاظ على هويات الأفراد والجماعات، لم يحظ مفهوم الحقوق الثقافية إلا باهتمام ضئيل نسبياً، رغم أهمية ذلك في القانون الدولي لحقوق الإنسان³، كما لم يتجاوز - في بادئ الأمر - مفهوم ونطاق الحقوق الثقافية المنصوص عليها في المادة 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الحقوق "الأدبية والعلمية والفنية"⁴.

إلا أنه تم التوسع في مفهوم الحقوق الثقافية، وذلك ابتداء من المادة 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ كما سعت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إلى توضيح مضمون ونطاق وآثار الحق في المشاركة في الحياة الثقافية الذي تحميه المادة 15-1 (أ) من العهد من خلال تعليقها العام رقم 21، ليشمل العديد من المفاهيم أبرزها "أسلوب حياة المجتمع وطريقة عيشه"، كما وسع التعليق العام رقم 23 بشأن المادة 27 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فيما يتعلق بممارسة الحقوق الثقافية التي تحميها المادة 27، ليشمل أشكالاً كثيرة من الحقوق الثقافية، بما فيها الحقوق الثقافية المنبثقة عن الدين، ولتشمل جميع أفراد المجتمع حتى وإن لم يكونوا منتمين لأقلية ما⁵.

كما كان لعمل منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) تأثيراً هاماً على تطور مفهوم "الثقافة" و"الحياة الثقافية" والخروج عن رؤية واضعي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتأكيد على الحق

¹ Jane K Cowan, Marie-Bénédicte Dembour, And Richard Wilson, op. cit. p 8.

² Julie Ringelheim, The Rise of Cultural Rights in International Human Rights Law, University catholic de Louvain, Cridho Working Paper, 2017-3, p 3.

³ Alison Dundes Renteln, Reflections on the Theory and Practice of Cultural Rights, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol. 100, Cambridge University Press, 2006, p 324.

⁴ ويشار في الأعمال التحضيرية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى أن مفهوم "الحياة الثقافية" الوارد في المادة 27، بالنسبة لواضعي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يعني الأنشطة الفكرية والفنية، وهو ما يعرف "بالثقافة العالية" وكان الهدف من الحكم في المقام الأول هو الاعتراف بحق الجماهير في الوصول إلى الموارد الثقافية.

- Johannes Morsink, The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent University of Pennsylvania Press, USA, 1999, p 217 /Julie Ringelheim, op. cit., p 36.

⁵ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان (اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية)، الدورة الثامنة والأربعون (1993) التعليق العام رقم 23 المادة 27 (حقوق الأقليات).

في الخصوصية الثقافية بتوسيع تفسير تلك الحقوق لتشمل أساليب الحياة، في العديد من النصوص المفسرة لذلك المفهوم¹.

حيث جاء النص في المادة 1 من إعلان مبادئ التعاون الثقافي الدولي 1966 على أن " لكل ثقافة كرامة وقيمة يجب احترامها والحفاظ عليها"²، كما تم تبني معنى أوسع للثقافة من خلال التوصية الخاصة بمشاركة الجماهير الشعبية في الحياة الثقافية واسهامهم فيها (26 نوفمبر 1976)، ليتجاوز مفهوم الثقافة المنتجات الثقافية والفنون، ليشمل أيضا أسلوب حياة المجتمعات والأفراد³.

وفي سنة 1982 رفض مؤتمر المنظمة الخاص بالسياسات الثقافية التمييز بين الثقافات أو وضع تفاضل في المنزلة بينها لانعدام أي مسوغ لذلك، لذا أكد المؤتمر على واجب احترام جميع الثقافات، وشدد على أن الهوية الثقافية تكمن في الدفاع عن التقاليد والتاريخ والقيم الأخلاقية والروحية التي خلفتها الأجيال السابقة، الأمر الذي أدى إلى تقديم تعريف واسع للثقافة يضم الجوانب المعنوية والروحية ليشمل "نهج الحياة والحقوق الأساسية للإنسان وأنساق القيم والتقاليد والمعتقدات" لأنها "المركب الكلي للسماة الروحية والمادية والفكرية والعاطفية التي يتميز بها مجتمع عن آخر"⁴.

كما اعترفت اتفاقية حقوق الطفل 1989 بأهمية الهوية والقيم الثقافية⁵، ونصت في مادتها 29-1 (ج) على " تنمية احترام ذوي الطفل وهويته الثقافية ولغته وقيمة الخاصة، والقيم الوطنية للبلد الذي يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته"، وتعترف المادة 30 مرة

¹Julie Ringelheim, op. cit., p 6.

² UNESCO, General Conference 1966, Records of the General Conference, 14th session, Paris, 1966, v. 1: Resolutions Declaration of the Principles of International Cultural Co-operation, 14 C/Resolutions, CFS.67/VII.4/A/F/S/R, p 87. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114048.page=82>

³ See: Stephen Marks, Defining Cultural Rights, in: Morten Bergsmo (ed.), Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden – Essays in Honour of Asbjørn Eide, 2003, p 293, 295, 305. cited in: Yupsanis, Athanasios. The Meaning of 'Culture' in Article 15 (1) (a) of the ICESCR - Positive Aspects of CESCR's General Comment No. 21 for the Safeguarding of Minority Cultures, German Yearbook of International Law, vol 55, 2002, p 351.

- اعتمدت التوصية من طرف اليونسكو بناءً على تقرير لجنة البرنامج الثانية في الجلسة الهامة الرابعة والثلاثين، في 1976/11/26. أنظر الفقرة 5 من ديباجة نص التوصية ضمن سجلا المؤتمر العام، الدورة 19، نيروبي 26 أكتوبر - 30 نوفمبر 1976، وثيقة: C/Resolutions + CORR 19، ص 146.

⁴ مقال بعنوان: من مؤتمر "موندياكولت" إلى تقرير "التنوع الإنساني المبدع" 1982-2000، منشور على موقع اليونسكو على الرابط التالي:

<https://ich.unesco.org/ar/-00309#>

⁵ Stephenson Chow, Cultural Rights in International Law and Discours, Brill Nijhof, boston/lien, 2018, p 205.

أخرى بقيمة الممارسات التقليدية والثقافية من خلال احتوائها على عبارات مماثلة للمادة 27 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹، بعدم جواز حرمان الطفل المنتمي "لأقليات إثنية أو دينية أو لغوية أو لأشخاص من السكان الأصليين"، "من الحق في التمتع مع بقية أفراد المجموعة، بثقافته، أو الاجتهاد بدينه وممارسة شعائره، أو استعمال لغته".

وبسبب الانتقاص من أهمية الحقوق الثقافية وظهورها كصنف ثانوي في منظومة حقوق الانسان وغموض مدلولها ونقص مجالها مقارنة بحقوق الانسان الأخرى، علاوة على النقاش المتزايد حول هذه المسألة لاسيما النقاش حول الاختلاف الحاصل ضمن مقابلة العالمية و الخصوصية؛ انطلقت الدعوة للعمل على تبني إعلان صريح خاص بالحقوق الثقافية، وتم وضع مسودة لمشروع إعلان الحقوق الثقافية بمبادرة و تنسيق من معهد الأخلاقية وحقوق الإنسان وبتعاون مع اليونسكو ومجلس أوروبا، وذلك في إطار شبكة معاهد حقوق الإنسان²، وذكرت ديباجته بأن الاحترام المتبادل بين الهويات الثقافية شرط لمكافحة التعصب والعنصرية وكره الأجانب وأساس كل ثقافة ديمقراطية³

هذا المفهوم تم تبنيه بشكل واسع في كتابات الفقه القانوني الدولي، حتى أصبحت الثقافة مرادفاً لأسلوب الحياة المحدد للمجتمع، وهذا التعدد في معاني مفهوم الثقافة يمثل تحدياً مستمراً لتصور الحقوق الثقافية، وعيد تعريف الثقافة على أنها تشمل جميع مظاهر الحياة الاجتماعية⁴، وهذا المفهوم الأخير للثقافة يشمل أساساً أسلوب حياة مجموعة اجتماعية بأكملها، ويمكن أن يشمل أي نشاط اجتماعي أو تعبير خاص بسكان معينين؛ من الفن أو اللغة أو الدين إلى التقنيات والأنشطة الاقتصادية والعادات والقوانين ومفهوم الأسرة وما إلى ذلك⁵.

ويتركز الخلاف حول الصراع بين الحقوق الثقافية وغيرها من حقوق الإنسان، لا سيما "حقوق المرأة وحققها في المساواة بالرجل"، وتدعم هذه الحجة أن حقوق الإنسان الأخرى ينبغي أن تتفوق على الحقوق

¹ Stephenson Chow, op. cit., p 205.

² الطيب البكوش، نصوص مشروع إعلان الحقوق الثقافية، المجلة العربية لحقوق الإنسان، المعهد العربي لحقوق الانسان، عدد 5، تونس، جانفي 1998، ص 198-199.

³ المرجع نفسه، ص 200.

⁴ Dominic McGoldrick, Culture, cultures, and cultural rights, Economic. In: Mashood Baderin and Robert McCorquodale, social and cultural rights in action, Oxford university press, UK, 2007, 447

⁵ See: Julie Ringelheim, Cultural Rights, In: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, David Harris, International human rights law. Oxford University Press, UK, 1st ED, 2010, p 289-291 / Julie Ringelheim, The Rise of Cultural Rights in International Human Rights Law, op. cit., p 8.

الثقافية إذا كانت الممارسة التقليدية تنطوي على العنف أو القتل، ومع ذلك، فإن التركيز على هذه المشكلة يُعد في طير القضايا الأوسع المرتبطة بالحقوق الثقافية، لأن العديد من التقاليد لا تؤدي إلى العنف ضد المرأة أو أفراد الفئات الضعيفة ما لم تنطوي ممارسة الحقوق الثقافية على ضرر لا يمكن إصلاحه¹.

الفرع الثالث

ارتباط الحق في الخصوصية الثقافية بمبادئ وحقوق إنسانية أخرى

يرتبط الحق في الخصوصية الثقافية ارتباطاً وثيقاً بمبادئ هامة وثابتة في القانون الدولي، علاوة على حقوق إنسانية أخرى، مما يجعل من الاستحالة تجاوز هذا الحق أو عدم الاعتراف به.

أولاً: ارتباط الحق في الخصوصية الثقافية بالكرامة الإنسانية

إذا كانت حقوق الإنسان في القانون الدولي قد بنيت على أساس حماية الكرامة الإنسانية المشتركة بين بني البشر، ومنه حق المرأة في المساواة بالرجل في شتى الميادين على أساس حماية كرامتها، لا سيما المساواة داخل الأسرة الذي يشكل موطناً للسجال والجدال بين مختلف الثقافات والخصوصيات المجتمعية.

فإن الحق في الخصوصية الثقافية في المقابل يرتبط هو كذلك ارتباطاً وثيقاً بالكرامة الإنسانية؛ فلا يمكن حماية حقوق الإنسان بشكل سليم وفق ذلك دون صون الثقافة والهوية الخاصة للفرد والمجتمع، والتي تميزه عن الآخرين، فمن أجل تأكيد كرامة الأفراد ينبغي على غيره أن يعترف بثقافته، والاعتراف بالقيمة المتساوية لجميع الثقافات بالمفهوم المحدد للخير الإنساني الذي تتقاسمه جماعة معينة، والذي يحمل بدوره تطبيقاً لتعدد الحياة الاجتماعية والأخلاقية².

ومن هذا المنظور، فإن حماية الأنماط المختلفة التي تشكل خلفية ثقافية مميزة، يعد بمثابة حماية للهوية الجماعية لجماعة أو مجتمع معين، وبالتالي كرامة أفرادها³، الأمر الذي يؤكد الترابط القوي بين الثقافة وحقوق الإنسان، بحيث تمثل حقوق الإنسان في حدها الأدنى؛ الأدوات اللازمة لكفالة التمتع الفعلي بثقافة المرء وهويته الثقافية أمراً ممكناً، وبصفة عامة فإن العلاقة بين الثقافة وحقوق الإنسان - وإن كانت تشكل إشكالية لحد ما - أمر واقع لا يمكن تجاهله بأي حال من الأحوال⁴.

¹ Alison Dundes Renteln, op. cit., p 325.

² Federico Lenzerini, The culturalization of human rights law, Oxford University Press, UK, 2014, p 119.

³ Ibid.

⁴ Ibid, p 120.

ثانياً: ارتباط الحق في الخصوصية الثقافية بمبدأ عدم التدخل وحق تقرير المصير

يرتبط الحق في الخصوصية الثقافية أيضاً بمبدأ هام ومستقر في القانون الدولي، وهو مبدأ عدم التدخل في شؤون الغير الذي أملاه مبدأ المساواة بين الدول في النظام الدولي، وهو المبدأ الذي نصت عليه العديد من المواثيق الدولية، أبرزها ميثاق الأمم المتحدة في مادته 2 وميثاق منظمة الدول الأمريكية في مادته 15، وهو المبدأ الذي يعكس مظهراً أساسياً من مظاهر التنوع الثقافي بين الدول والأمم والشعوب، فكل هذه المزايا تجعل منه مبدأ يفرض التسليم به، ومنه التسليم لعدم محاولة فرض ثقافة على أخرى¹.

ويمثل "حق تقرير المصير" الجانب الآخر لمبدأ عدم التدخل، فهو من شأنه أن ينطوي على حق الشعوب في الامساك بزمام المسؤولية الكاملة في تقرير مصيرهم السياسي والاقتصادي والثقافي دون فرض أو إكراه²، مثلما هو منصوص عليه في المادة 2 من ميثاق الأمم المتحدة، وهو التفسير الأكثر شيوعاً للمادة 2 من إعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة الذي يُنظر إليه على نطاق واسع على أنه يجسد القانون العرفي المتعلق بتقرير المصير³، حيث تنص المادة 2 منه على "لجميع الشعوب الحق في تقرير مصيرها، ولها بمقتضى هذا الحق أن تحدد بحرية مركزها السياسي وتسعي بحرية إلى تحقيق إنمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي"⁴، لذا فإن حق تقرير المصير لا يقتصر على المستعمرات في حقها في الاستقلال الذاتي وبناء الدولة بل يتعداه إلى بناء النظام القيمي الذي ارتضته الأغلبية الشعبية السائدة المشكلة لهذا النظام، بما يحفظ انتمائه وكرامتها دون فرض قيم دخيلة وإلا فسنكون أمام استعمار تحت وصف آخر أي الاستعمار الثقافي.

ثالثاً: ارتباط الحق في الخصوصية الثقافية بالحقوق والحرية الدينية

كما يرتبط الحق في الخصوصية الثقافية ارتباطاً وثيقاً مع حرية العقيدة وإظهارها وحق ممارسة الشعائر الدينية، ومن بين أبرز الأمثلة التي توضح تلك العلاقة سهام الانتقاد الذي وجهت إلى فرنسا بعد

¹ أحمد أبو الوفا، احترام التباين الثقافي بين الشعوب - مبدأ إسلامي أصيل، الندوة الدولية "من أجل رؤية إسلامية موحدة لقضايا المرأة والسكان"، منشور على موقع المنتدى العالمي للوسطية: www.wasatyee.net على الرابط:

<https://bit.ly/3cjcZHO>

² Chris Mojekwu, International Human Rights: The African Perspective in Jack L. Nelson & Vera M. Green, eds, International Human Rights: Contemporary, supra note 48, p89. cited in: Fernando Tesón, International Human Rights and Cultural Relativism, Va. j. Int'l L., 1984, vol. 25, supra note 58, p 881.

³ Fernando Tesón, International Human Rights and Cultural Relativism, Va. j. Int'l L., 1984, vol. 25, p 880.

⁴ إعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1514 (د-15) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1960.

إصدار قانون حضر ارتداء النساء المسلمات للنقاب أو ما يعرف بالبرقع تحت غطاء قانون حظر ارتداء الرموز الدينية في الأماكن العامة سنة 2010، لتناقضه مع التعليق العام رقم 21 المتعلق بالحق في المشاركة في الحياة الثقافية الذي تحميه المادة 15(أ) المشار إليه سابقاً، والذي ينص على حرية "الاختيار" في المشاركة في الحياة الثقافية من عدمها¹ وهو ما يفرض التزاماً واضحاً على الدول بالامتناع عن فرض حظر شامل على الممارسات الثقافية، لا سيما عندما تكون هذه الممارسات جزءاً لا يتجزأ من الهوية الثقافية لاسيما عند الأقليات والحظر الشامل على الممارسات الثقافية يغفل بالضرورة "اختيار" المشاركين في الثقافة².

وقد أفرز هذا الحظر الشامل انتهاك حقوق المسلمات بصفتهن طائفة أقلية وأدى "بحسب" العديد من اللواتي لم يكن راغبات في الخروج من منازلهن دون البرقع أو النقاب³، لذا وصف نهجهم بأنه علمانية متشددة⁴، فهذا القانون تجاهل الهويات المتعددة للنساء المسلمات اللواتي يُضطرن إما إلى التخلي عن هوياتهن ومعتقداتهن أو البقاء في المنازل من أجل الامتثال للقانون (سيكون للخيار الأخير تأثير شديد على حياتهن المهنية؛ على سبيل المثال، لن يتمكن من مزاولته العمل بعد ذلك) وهو ما يعد انتهاكاً لحرية المجاهرة بالدين⁵، وتضييقاً تعسفياً على المسلمات.

كما أن الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان كانت متشككة بشأن هذا الحظر الشامل، وإن كانت مترددة في اتخاذ موقف بشأن صحتها⁶، خلافاً للجنة حقوق الطفل التي ذهبت أبعد من حق المجاهرة بالدين حين أعربت عن قلقها حول القانون الذي يحظر ارتداء الرموز الدينية في المدارس العامة الذي قد يقوض من المصالح الفضلى للأطفال وحقهم في الوصول إلى التعليم⁷.

ولهذه الأسباب؛ يرى الباحثين في مجال حقوق الإنسان أنه "من الواضح أن الحظر الشامل الذي فرضته فرنسا على الرموز الدينية ينبغي أن يشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان" لعدة أسباب أولها أن "الحظر

¹ أنظر الفقرة 7 من التعليق العام رقم 21.

² Stephenson Chow, Cultural Rights in International Law and Discourse: Contemporary Challenges and Interdisciplinary Perspectives. Brill Nijohf publisher, The Netherland, 2018. 236

³ Angelique Chrisafis, French Ban: "Women are Effectively Under House Arrest", The Guardian (Paris, 19 September 2011), www.theguardian.com/world/2011/sep/19/battle, cited in: Stephenson Chow, op. cit., p 237.

⁴ Dominic McGoldrick, Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom? Human Rights Law Review, Volume 11, Issue 3, September 2011, p 454.

⁵ كالمصوص عليه في المادة 18-3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

⁶ See: Stephenson Chow, op. cit., p 237

⁷ See: HRC, Concluding Observations on France, 31 July 2008, UN Doc CCPR/C/FRA/CO/4, para 23.

الشامل لا يعترف بمبدأ اختيار الأفراد وذلك من خلال عدم مراعاة هوياتهم المتعددة، كما أن هذا القانون يجمع الحرية الدينية، ويترك أحياناً الأفراد في حالات يائسة"، لذلك ينبغي لهيئات المعاهدات أن تحرص على التمسك بمفهوم "الاختيار" في سياق الممارسات الثقافية، "وبما أن الأفراد يكتسبون هويات متعددة، فإن "الاختيار" لا يشير فقط إلى حق الأفراد في مقاومة بعض المعايير الثقافية، بل يشير أيضاً إلى حقهم في القيام بذلك بطرقهم الخاصة"¹.

المطلب الثاني

الحق في الخصوصية الثقافية وعالمية حقوق الإنسان

أدى تعارض بعض الحقوق مع حركة حقوق الإنسان التي تهدف إلى صياغة فقه للحقوق صالح للبشرية جمعاء والذي شهد ترحيباً دولياً من جانب واعتبر في نفس الوقت مسيئاً لجانب آخر؛ إلى التساؤل حول مسألة مدى واقعية تشكيل حقوق عالمية موحدة في ظل وجود ثقافات محلية متباينة إلى حد كبير، بحيث أن مسألة توافق الإسلام (أو عدم توافقه) مع حقوق الإنسان أبرزها المساواة المطلقة بين الجنسين يوفر نافذة غنية جداً مثيرة للجدل في هذا النقاش².

فصارت نتيجة لذلك أكثر المناقشات النظرية التي تدور حول القانون الدولي لحقوق الإنسان منصبة على إشكالية "العالمية والنسبية الثقافية"، حيث ينطلق هذا النقاش على افتراض أن شرعية القانون الدولي لحقوق الإنسان تتوقف على وجود مبادئ أساسية عادلة تتجاوز الثقافة والمجتمع والسياسة³، وهو ما أدى بظهور ثلاث نظريات لأجل الفصل في هذا التعارض، أولها عالمية حقوق الإنسان إضافة إلى النسبية الثقافية المتشددة والنسبية الثقافية المعتدلة⁴.

الفرع الأول

نظرية عالمية حقوق الإنسان

أصبح الصدام بين الثقافة أو الدين وحق المساواة بين الجنسين من القضايا الرئيسية المطروحة في الساحة العالمية، فالتسليم بالتطبيق التلقائي لمبادئ المساواة المنصوص عليها في المواثيق الدولية يعني

¹ Stephenson Chow, op. cit., p 240

² Jason Morgan-Foster, A new perspective on the universality debate: Reverse moderate relativism in the Islamic context, *Ilsa J. Int'l & Comp. L.*, 2003, vol. 10, p 36.

³ Guyora Binder, Cultural relativism and cultural imperialism in human rights law, *Buff. Hum. Rts. L. Rev.*, 1999, vol. 5, Issue 1, p. 211.

⁴ Jason Morgan-Foster, op. cit., p 36-37 / Kimberly Younce Schooley, Cultural sovereignty, Islam, and human rights- toward a communitarian revision, *Cumb. L. Rev.*, vol 25, 1994, 651-690.

بالضرورة التطبيق التلقائي لعالمية حقوق الإنسان، وإلغاء التراث الديني والثقافي الوطني الفريد والعزيز في بلدان عديدة وإن كان أبرزها مصادر قوانين الأسرة المتأصلة في تلك المبادئ¹.

فيقصد بعالمية حقوق الانسان أن حقوق الإنسان الواردة في المواثيق الدولية لا تتجزأ، وهي واجبة التطبيق في كافة المجتمعات بغض النظر عن اختلافها السياسي والديني والثقافي، أو قابلية هذه المبادئ للتطبيق في كافة المجتمعات أيا كان موقعها وأيا ما كانت أوجه التمايز الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية أو أخلاقها التي تميز كل مجتمع عن آخر².

ومن الفرضيات التي يبني عليها المتعصبون لعالمية حقوق الإنسان أو العالمية الراديكالية³، أن مصطلح الانسان يشير الى الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل بشر لكونهم آدميون وينطبق عليهم الشرط الإنساني، لذا فهي استحقاقات عالمية تخاطب الناس كافة دون تمييز ومكرسة في القانون الدولي وليست منحة يمكن منعها⁴، وهي عالمية لأن ركيبتها الأساسية هي الكرامة الإنسانية والتطبيق على جميع البشر هو جانب أساسي من مفهوم حقوق الإنسان الدولية بل يبدو أنه السبب في تسميتها بحقوق الإنسان فهي حقوق متساوية، لأننا إما أن نكون أو لا نكون بشرا، على قدم المساواة⁵.

وعليه، فعالمية حقوق الانسان عند مؤيديها هي القابلية للتطبيق العام ويعني ذلك عدم وجود أي معيار يقيد المجموعة سواء من حيث الزمان والمكان والجنسية والعرق والجنس والسن واللغة والدين والسياسة أو غير ذلك من العوامل، كالأصل، الملكية، الولادة... فهذا هو المقصود من القول بأن حقوق الإنسان هي "حقوق واحدة مجردة لا تتجزأ"⁶، ومن ثم، فإن مبدأ العالمية يرتبط ارتباطاً قوياً بمبدأ المساواة أو عدم التمييز،

¹ See: Masha Antokolskaia. Family Law and National Culture-Arguing against the Cultural Constraints Argument, Utrecht L. Rev., 2008, vol. 4, p 25.

² محمد يوسف علوان، القانون الدولي لحقوق الإنسان: آفاق وتحديات، مجلة عالم الفكر، المجلد 31، ع 4، أبريل- يونيو 2003، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ص 205/ الدليل العربي حول حقوق الإنسان والتنمية، تحرير محسن عوض، المنظمة العربية لحقوق الإنسان بالتعاون مع مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي في إطار المشروع الإقليمي لحقوق الإنسان البشرية والتنمية البشرية في العالم العربي، ط 1، 2005، ص 47.

³ Jack Donnelly, Cultural relativism and universal human rights, Hum. Rts. Q., 1984, vol. 6, p 401.

⁴ سعاد محمد الصباح، حقوق الانسان في العالم المعاصر، دار سعاد الصباح للنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 1996، ص 46/ محمد يوسف علوان، القانون الدولي لحقوق الإنسان: آفاق وتحديات، مرجع سابق، ص 205.

⁵ Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden/ Boston, 2001, p 5/ Jack Donnelly, The relative universality of human rights, Human rights quarterly, 2007 vol 29, p 282.

⁶ Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, op. cit., p 4.

ويمكن النظر إلى عدم التمييز من الناحية القانونية كأداة أساسية لضمان عالمية حقوق الإنسان. وينبغي تطبيق حظر التمييز، من أجل أداء هذه المهمة¹.

إن هذا التأييد الغالب على المستوى الدولي كان لفكرة العالمية التي انطلقت من الناحية التاريخية بداية من طرح إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام 1789 نفسه بصفته إعلاناً عالمياً²، إلى غاية تأسيس القانون الدولي لحقوق الإنسان حيث ظهر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حين نص في أول فقرة من ديباجته على "الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم"، وميثاق الأمم المتحدة في مادته 35³.

كما أفصحت عنه بوضوح النصوص الدولية اللاحقة لحقوق الإنسان، وطورت المؤتمرات الدولية اللاحقة من مفهوم العالمية، أبرزها مؤتمر طهران الذي انعقد لدراسة التقدم المحرز في حقوق الإنسان ودراسة سبل تعزيزها سنة 1968 الذي أسفر عن تبني إعلان طهران⁴، وحظيت فكرة عالمية حقوق الإنسان بمكانة بارزة في المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان فيينا 1995⁵، وإعلان وبرنامج عمل فيينا الذي اعتمده المؤتمر حيث تضمن مبادئ تشمل عالمية حقوق الإنسان وواجب الدول في دعمها⁶.

الفرع الثاني

نظرية النسبية الثقافية

يظفو على السطح على ضوء انكار عالمية حقوق الإنسان وتنامي الشكوك حولها، ما يعرف بالنسبية الثقافية⁷، إذ دفع التباين الثقافي الذي يميز العالم البعض إلى الدعوة إلى التمسك بالنسبية الثقافية، وعدم الاعتراف المطلق بعالمية حقوق الإنسان.

¹ Eva Brems, Human rights: Universality and diversity. op. cit., p4.

² محمد يوسف علوان، مرجع السابق، ص 201.

³ حيث جاء في فقرتها ج " أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تعريق بين الرجال والنساء، ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلاً".

⁴ أصدره المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في طهران، رسمياً، في 13 أيار/مايو 1968/ حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، Vol.1، Part 1، 94.XIV، ص 69.

⁵ محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 205.

⁶ إعلان وبرنامج عمل فيينا الذي اعتمده المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في 25 يونيو 1993، الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان وإدارة شؤون الإعلام بالأمم المتحدة، DPI/1394 Rev.2، August 2013، ص 5-9.

⁷ محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 205.

ولا يكمن جوهر النظرية في مجرد الاعتراف بالاختلافات الثقافية في مجال الفكر والقيمة والعمل، بل يتجاوز ليشمل الطريقة التي يتم بها إجراء التقييمات أو الأحكام، ولا تسترعي النظرية الانتباه إلى الاختلافات السلوكية فقط بل يمتد ذلك إلى نطاق التصورات والظواهر الثقافية، فالثقافة جد مؤثرة في الطريقة التي تتشكل بها تصورات الأفراد في فهم طريقة الحياة ويعتمد ذلك-الفهم- على اكتساب نظرة ثاقبة على ما يمكن تسميته بالمنطق الثقافي الداخلي¹.

وتعرف النسبية الثقافية في مجال حقوق الانسان بأنها المواقف الذي تُتبع فيه التقاليد الثقافية المحلية (بما في ذلك الممارسات الدينية، والسياسية، والقانونية) التي تحدد بشكل صحيح مدى وجود الحقوق المدنية والسياسية التي يتمتع بها الأفراد في المجتمع من عدمه².

لذلك تعطي النسبية الثقافية أهمية كبيرة لمبدأ التنوع في المعايير الثقافية التي تنفي أي معيار عالمي يمكن مشاركته بشكل موحد³، وحقوق الإنسان في نظر النسبين الثقافيين ما هي إلا نتاج للأجزاء الغربية المهيمنة على العالم وتصاغ بلغتهم⁴، وذلك نقيضاً للعالمية فهي تركز إلى مفهومي الاستقلال الأخلاقي وتقرير المصير المجتمعي⁵.

وبالرغم من أن تلك المواقف تجد شيوعاً في دول العالم الثالث، إلا أن مؤيدي النسبية الثقافية لا يقتصر على العالم الثالث، بل تجد لها تأييداً بين بعض فقهاء القانون الغربيين وعلماء الأنثروبولوجيا، والفلاسفة، "فالنسبية الثقافية" ليست في النهاية مصطلحاً قانونياً فهي في الأصل مصطلح مستعار من الأنثروبولوجيا والفلسفة الأخلاقية⁶.

كما لم يقتصر مجال النقاش حول فكرة النسبية الثقافية بين العلماء والمفكرين، بل امتد إلى حكومات الدول، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك إعلان بانكوك الختامي للاجتماع الإقليمي لآسيا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر قبيل إعلان مؤتمر فيينا 1993 والذي تم من خلاله دعم النسبية الثقافية لأجل اتباع نهج عادل ومتوازن بشأن حقوق الانسان عن طريق الاعتراف بالمساهمة التي

¹ Alison Dundes Renteln, International human rights: universalism versus relativism. Quid Pro Books, New Orleans Louisiana, 2013.p 62

² Fernando Tesón, op. cit., p 870

³ Kimberly Younce Schooley, op. cit., 683-690.

⁴ Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, op. cit., p 142.

⁵ Jack Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, Human Rights Quarterly, vol 6, no. 4, 1984, p 402.

⁶ Fernando Tesón, op. cit., p 870.

يمكن أن تقدمها البلدان الآسيوية إلى المؤتمر العالمي بتنوع ثقافات وتقاليدها وهو ما سيكرس حسب الاعلان تعزيز حقوق الانسان من خلال التعاون والتوافق لا من خلال المواجهة وفرض القيم غير المتوافقة¹.

وتنقسم النسبية الثقافية بدورها حسب آراء ومواقف مؤيديها إلى نوعان، نسبية ثقافية متشددة وأخرى معتدلة:

أولاً: النسبية الثقافية المتشددة

وصف "جاك دونللي" النسبية الثقافية في شكلها المتشدد بالنسبية الراديكالية "التي ترى أن الثقافة هي المصدر الوحيد لصحة أي حق أو قاعدة أخلاقية" وذلك في مقابل العالمية الراديكالية التي ترى "بأن الثقافة لا صلة لها بصحة الحقوق والأحكام الأخلاقية"².

ولا يعترف مؤيدي النسبية المتشددة بأي أعراف قانونية أو أخلاقية عابرة للحدود يمكن أن تحكم على الممارسات المتعلقة بحقوق الإنسان بأنها مقبولة أو غير مقبولة، ويعارض النسبيون الثقافيون الصارمون أي مناقشة لتوافق دولي في حقوق الإنسان لاعتبار ذلك إهانة للثقافة المحلية للشعوب³، مما يدفعهم إلى التركيز على الرفض بدلاً من تأكيد تلك الحقوق⁴.

ثانياً: النسبية الثقافية المعتدلة

ظهرت النسبية الثقافية المعتدلة في مقابل النسبية الثقافية المتشددة الراضة لأي معايير عالمية او مشتركة بين حقوق الانسان المستمدة من الثقافة الغربية وبين الثقافة المحلية. حيث يعترف هذا النهج بالثقافة مصدرًا محدودًا للاستثناءات الواردة على حقوق الإنسان العالمية المشتركة⁵، التي لا تتأثر بالاختلافات الثقافية، وترى ضرورة ترك مجال لتفسير وتطبيق الحقوق غير العالمية داخل كل ثقافة ومجتمع⁶.

¹ الإعلان الختامي للاجتماع الإقليمي لآسيا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان وزراء وممثلو الدول الآسيوية المجتمعين في بانكوك في الفترة من 29 آذار / مارس إلى 2 نيسان / أبريل 1993.

- Declaration, Bangkok. Final declaration of the regional meeting for Asia of the world conference on human rights. In: Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights. 1993. p. 2-5

² جاك دونللي، حقوق الإنسان العالية بين النظرية والتطبيق، ترجمة مبارك علي عمان، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، الطبعة العربية الأولى، 1998، ص 137.

³ Jason Morgan-Foster, op. cit., p 42.

⁴ Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, op. cit., p 156

⁵ Jack Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, op. cit., p 402.

⁶ Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, op. cit., p 146-147.

ومن أبرز المحاولات التي تدخل ضمن النسبية الثقافية المعتدلة -حسب الباحثين في الغرب- لحل وإيجاد توازن للتوفيق بين القوانين في الدول الإسلامية وحقوق الإنسان كما هو منصوص عليه في القانون الدولي¹، منهج الأكاديمي السوداني عبد الله أحمد النعيم²، في تفسيره للنصوص الإسلامية لأجل جعلها متوافقة مع معايير حقوق الإنسان المقبولة دوليًا³، عن طريق إيجاد طرق وأساليب "جعلها متوافقة مع المبادئ الدولية لحقوق الإنسان"⁴، وإزالة أي تضارب بين القانون الدولي لحقوق الإنسان الملزمة والقوانين الدينية والعرفية⁵.

لذا فإن أفضل طريقة حسبه هي التأسيس "للشريعة الثقافية" لحقوق التي تفتقر للشريعة والقبول في مجتمع معين؛ وتكتسب من خلال ذلك تلك الحقوق الشرعية الثقافية الداخلية لتسهيل امتثال الدول لحقوق الإنسان دون أن يوصف ذلك على أنه تنازل عن السيادة الوطنية أو تدخلا خارجيا عن طريق الفرض⁶ ودون وضع الفرد أمام فرضية الاختيار القطعي بين الإسلام أو حقوق الإنسان في القانون الدولي⁷ لذا يرى النعيم ضرورة النظر الى العلاقة بين الثقافة المحلية والمعايير الدولية لحقوق الإنسان على انها جهد تعاوني متبادل بدلا من مقارنة " الكل أو لا شيء" بين المبدئين السابقين⁸.

¹ Kimberly Younce Schooley, op. cit, p.660

² لاحظت جامعة إيموري الأمريكية أن هنالك جانبين رئيسيين لكتابات النعيم " من تجربته الشخصية كمسلم من السودان يسعى للتوفيق بين دينه وهويته، والتزامه بقبول واحترام حقوق الإنسان الدولية على المستوى العالمي، يرغب في إحداث بعض من التغيير"، وقالت بأنه يرغب في تحقيق أهداف مترابطة بين كل من «الفهم الليبرالي والحديث للإسلام»، «والشريعة الثقافية لقيم حقوق الإنسان» مقتبس عن: محمد علي صالح، سودانيون في أمريكا وكتبهم، مكتبة جزيرة الورد، القاهرة، ط 1، 2003، ص 15.

³ Abdullahi Ahmed An-Na'im, Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives-A Preliminary Inquiry, Harv. Hum. Rts. J, vol 3, 1990, p 13

⁴ Abdullahi Ahmed An-Na'im, Qur'an, Sharia and Human Rights: Foundations, Deficiencies and Prospects, in Kung, Hans, and Jurgen Moltmann, the ethics of world religions and human rights, Philadelphia: Trinity Press International; London: SCM Press, 1990, p 65.

⁵ Abdullahi Ahmed An-Na'im, Abdullahi Ahmed An-Na'im, State responsibility under international human rights law to change religious and customary laws, in Rebecca J. Cook Human rights of women: National and international perspectives, University of Pennsylvania Press, ed of 2012, p 168.

⁶ Abdullahi Ahmed An-Na'im, Muslims and global justice, University of Pennsylvania Press, USA, 2011, p 66.

⁷ عبد الله أحمد النعيم، الإسلام وعلمانية الدولة، دار ميريت، القاهرة، ط 1، 2010، ص 156.

⁸ Abdullahi Ahmed An-Na'im, State responsibility under international human rights law to change religious and customary laws, op. cit., p 173.

وعلى الرغم من تأكيد النعيم لرؤية اتساق قواعد الشريعة مع معظم معايير حقوق الانسان إلا أنه يستثني بعض البنود المتعلقة بحقوق المرأة خاصة داخل الأسرة وحقوق غير المسلمين¹، ويرى في هذا الجانب أن جميع أحكام الشريعة التي تنتهك حقوق الإنسان للمرأة في هذه المجالات تطبق اليوم في جميع البلدان الإسلامية²، لذلك يركز طرحه حول ضرورة اصلاح الشريعة من الداخل عن طريق إعادة النظر في أحكام القرآن والسنة النبوية المتعلقة بحقوق المرأة وتفسيرها بشكل مختلف³، وعدم الاعتماد على التفسيرات السابقة للفقهاء المسلمين لأنها جاءت وفقاً لسياقهم التاريخي وبناءً على ما كان سائد في وقتهم، والتحول بدلاً عن ذلك نحو الاجتهاد وتشجيع التفسيرات المتحررة للنصوص من قبل الفقهاء المسلمين المعاصرين لبناء نظام قانوني إسلامي مناسب للسياق التاريخي الحالي الذي تعرفه المجتمعات الإسلامية⁴، فحسب النعيم، لن تسفر عملية الإصلاح عن نتائج إذا طبقت المناهج التقليدية المتبعة حالياً في الفقه الإسلامي⁵.

لذا فإن هذا النهج الذي يقترحه سيساهم حسب رؤيته في تغيير القوانين الدينية والعرفية لجعلها متوافقة مع القانون الدولي لحقوق الانسان، وسيساهم في تغيير قانون الاسرة في الدول الإسلامية الذي ينتهك في رأيه حقوق الانسان للمرأة المسلمة حتى في أكثر المجتمعات الإسلامية التي تبنت العلمانية لتمييز قانون الأسرة بعدد سمات اللامساواة في أمور الزواج والطلاق وطاعة الزوج التي يفرضها مبدأ القوامة التي تحمل في نظره عواقب سياسية واجتماعية خطيرة على المرأة⁶.

لذلك يدعو النعيم الى تحويل أساس قانون الاسرة في الدول الإسلامية، وتبني منهجية محمود محمد طه المعروفة بتطور التشريع الإسلامي، أي إعادة بناء وإعادة صياغة الجوانب الدستورية والقانونية للشريعة، فمن خلالها سيتم الغاء وصاية الرجل على المرأة وتزول بذلك كل مظاهر التمييز واللامساواة بين المرأة والرجل، وهو ما سيحقق في رأيه التناسق التام بين القوانين الدينية والقانون الدولي لحقوق الانسان ويبقى تنفيذ تلك المنهجية من الناحية العملية إلى قبول ذلك في الاطار الداخلي للمجتمع الإسلامي عن طريق

¹ عبد الله أحمد النعيم، الإسلام وعلمانية الدولة، دار ميريت، القاهرة، ط1، 2010، ص 156

² Abdullahi Ahmed An-Na'im, Qur'an, Shari'a and Human Rights: Foundations, Deficiencies and Prospects, op. cit., p 65.

³ Abdullahi An-Na'im, The Rights of Women and International Law in the Muslim Context, Whittier Law Review, vol 9, 1987-1988, p 497.

⁴ Abdullahi Ahmed An-Na'im, State responsibility under international human rights law to change religious and customary laws, op. cit, p. 183-182

⁵ معتز الفجيري، حقوق الإنسان والشريعة الإسلامية في فكر عبد الله النعيم، رواق عربي: كتاب غير دوري يصدر عن مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد 57/56، 2010، القاهرة ص 79.

⁶ Abdullahi Ahmed An-Na'im, State responsibility under international human rights law to change religious and customary laws, op. cit, p 182-181.

الخطاب الداخلي ودعم الحوار بين الثقافات لأجل تغيير تصورات الناس حول طبيعة وآراء معتقداتهم الدينية أو ممارساتهم العرفية المتأصلة في المجتمع ودخول الرجال والنساء في نضال سياسي لنشر وتنفيذ إصلاح الشريعة سواء عن طريق هذا المنهج المقترح أو منهج إسلامي بديل آخر¹.

وبالإضافة لما ذكرناه؛ يستند النعيم في حجته لتحويل أساس قانون الأسرة في الدول الإسلامية إلى نفي فكرة أن قواعد الشريعة الإسلامية غير قابلة للتغيير والزاميتها عالمياً للمسلمين، مستندا على دليل الممارسة الفعلية للدول الإسلامية من حيث انحيازها للممارسة العلمانية وبقاء قوانين الأسرة وحدها خاضعة للشريعة، في حين تخضع الجوانب الأخرى للنظام القانوني لقانون الدولة العلماني ولتشريعات علمانية²، وعلى هذا الأساس فهو ينتقد الأنظمة الحكومية لاستعمالها التمييز بين مجال الأحوال الشخصية والمجالات الأخرى، الأمر الذي عزز النبرة الدينية لقانون الأسرة باعتبارها المسألة الدينية الوحيدة في النظام القانوني، وبالتالي تركها في أيدي العلماء واعتبارها مسألة دينية خاصة أقل أهمية من الناحية السياسية³، وبالتالي ظلت المسألة منحصرة في وكالة البشر وبقية مسألة مركزية للصراع بين قوى التقليد والحداثة في العالم الإسلامي بحيث لا يمكن تفسير وتطوير هذه الأحكام إلا من خلالهم، لذا فنظام الأسرة قائم -حسبه- فقط على الإرادة السياسية للحكم مثل جميع جوانب النظام القانوني في كل بلد، لا على إرادة الله سبحانه وتعالى⁴.

وبناءً على الحجج التي سردتها يدعو صراحة إلى "الاعتراف بحقيقة أن قانون الأسرة في البلدان الإسلامية اليوم لا يمكن ولا يجب أن يقوم على الشريعة الإسلامية"⁵.

وإلى جانب هذا الموقف السابق، تظهر النسبية الثقافية تحت هذا الوصف (أي المعتدلة) في عمل وأهداف "حركة مساواة". وهي حركة عالمية تهدف إلى إصلاحات قائمة على المساواة في قانون الأسرة الإسلامي، وتتركز أهدافها وأعمالها في إحداث إطار تكاملي مبني على القيم الدينية والعالمية (العلمانية)⁶، وتجمع الحركة بين المدافعين عن حقوق الإنسان والعلماء من الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، ويؤكد إطار عمل هذه الحركة على أن قيم العدالة والمساواة تشكل القيم العالمية الأساسية في القرآن الكريم

¹ Abdullahi Ahmed An-Na'im, State responsibility under international human rights law to change religious and customary laws, op. cit, p. 183-184

² Abdullahi Ahmed An-Na'im, Islamic family law in a changing world: A global resource book. Vol. 2, Zed Books Ed, London, 2002, p 17.

³ Ibid, p 17-18.

⁴ Ibid, p 17-19.

⁵ Ibid, p 19

⁶ Claudia Derichs, Transnational women's movements and networking: The case of Musawah for equality in the family. Gender, Technology and Development, 2010, vol. 14, no 3, p 406-409.

وأهداف الشريعة والحقوق الأساسية والضمانات الدستورية وواقع الحياة في القرن الحادي والعشرين، كلها تقتضي أن تكون العلاقات بين المرأة المسلمة والرجل في المجالين الخاص والعام محكومة بمبادئ وممارسات تدعم المساواة والإنصاف، والعدالة التي لا تتحقق بدون مساواة، وترى أن التمسك بالعدالة والمساواة بين الرجل والمرأة في قوانين الأسرة المسلمة أمراً ممكناً من خلال تفسيرات جديدة للمصادر الإسلامية من جهة¹، والتخلي عن المفاهيم التي وضعها الفقهاء في تفسير القرآن والسنة في سياقات تاريخية واجتماعية واقتصادية مختلفة إلى حد كبير عن السياق المعاصر من جهة أخرى²، علاوة على ممارسة الضغط لأجل تسريع إصلاح قانون الأسرة في دول أعضاء الحركة³.

الفرع الثالث

قصور منهجي عالمية حقوق الإنسان والنسبية الثقافية في علاج التعارض بين حق

المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية

أولاً: قصور منهج عالمية حقوق الإنسان

إن حقوق الإنسان بهذا المفهوم العالمي المطلق ما هو إلا نتاج التحول من الثقافة الدينية إلى الثقافة العلمانية الذي عرفته الدول إبان عصر التنوير الذي ساد القارة الأوروبية في القرن الثامن عشر، إذ تم استبدال النموذج الديني بالعلمانية، والنزعة الفردية بدلا من النزعة الجماعية، بالإضافة إلى الصدمات التي وجهتها الحرب العالمية الثانية للإنسانية، الأمر الذي أدى بالمجتمع الدولي إلى التعهد على أن يكون المعيار المشترك الأساسي لحقوق الإنسان معياراً مشتركاً بين جميع الدول والمجتمعات وهو ما ترجم في الاعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴؛ ومنذ ذلك الحين أصبحت المساواة بين الرجل والمرأة أولى المبادئ العالمية في الاتفاقيات الدولية، إلى أن قننت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حق المرأة في المساواة في جميع المجالات، ووصف الاتفاقية بأنها القاعدة العالمية للمساواة بين الجنسين⁵، ينبع من حقيقة أن المساواة بين الجنسين هي واحدة من المثل المشتركة عالمياً في عصرنا⁶.

¹ Zainah Anwar, Musawah Framework for Action in: Wanted: equality and justice in the Muslim family, Musawah, Malaysia, 2009, p 11-12.

² Ibid, P 13.

³ Claudia Derichs, op. cit, p 412.

⁴ Frances Raday. Culture, religion, and gender, International Journal of Constitutional Law, vol 1, no 4, 2003, p 663-664.

⁵ Frances Raday, op. cit., p 664.

⁶ Ibid, p 697.

لذلك ترفض صفة العالمية على هذا النحو كل تمايز ثقافي يحد من نطاق إعمال المساواة بين الرجل والمرأة ولو تحت ذريعة المبادئ الدينية الراسخة طيلة قرون وهو منهج اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة التي تتجاوز حدود العالمية المبنية على المساواة، الى التمييز لصالح المرأة ولو على حساب مقومات المجتمع، ومن هنا فإن تبرير تطبيق مبادئ حقوق الانسان بما يتماشى مع قانون الأسرة وثوابته أصبح مرفوض قطعاً لأن المرأة جزء لا يتجزأ من البشرية المخاطبة بمبادئ العالمية.

وعليه، فإن التسليم لعالمية المساواة بين الرجل والمرأة يقتضي موائمة التشريع الوطني بصفة كلية مع نصوص الاتفاقيات الدولية والتخلي عن ثوابت الأسرة والشريعة كمصدر لتشريعها، وهو ما يزيد من اتساع الهوة بين المبادئ العالمية والمبادئ الوطنية ويقطع الطريق أمام أي فرصة لإيجاد أرضية مشتركة بينها، لأن هذا المنهج يعكس رغبة الفرض، لذا فالفصل في هذا التعارض وفق نظرية عالمية حقوق الانسان ما هو الا بسط لهيمنة الثقافة الغربية دون منح أي اعتبار للثقافة الوطنية الإسلامية وهو أمر مرفوض جملة وتفصيلاً، والدليل على ذلك كثرة التحفظات التي تبديها الدول الإسلامية على بنود الاتفاقيات المخالفة للشريعة الإسلامية.

وكأن واضعي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والصكوك اللاحقة لا يدركون أن التباعد الثقافي القائم بين العديد من الأمم والمجتمعات العرقية واللغوية الأخرى في هذا العالم، لا يُمكن التوفيق بينه وبين نوع التوحيد الذي يحمله وضع المبادئ العالمية كنتيجة طبيعية منطقية، لذلك ظهرت انتقادات واسعة وأصوات تشكك في مفهوم إنشاء حقوق الإنسان على نطاق عالمي. ويكمن رأي هؤلاء النقاد في أن تنوع القيم الدينية والثقافية التي تتمسك بها المجتمعات الإنسانية كان من المستويات التي لم يتسن فيها العثور حقا على قواسم مشتركة¹.

إن عالمية حقوق الإنسان لا تعني تلقائياً أنها ينبغي أن تطبق بطريقة موحدة، وبالطبع فإن الدول الأطراف في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ملزمة بالامتثال لها؛ وينطبق هذا بشكل خاص على ميثاق الأمم المتحدة الذي يُعلن فيه أن حماية وتعزيز حقوق الإنسان من الأهداف الرئيسية للدول الأعضاء، وبما

¹ Christian Tomuschat, Human rights: Between idealism and realism, Published in the United States by Oxford University Press Inc, New York, 1st ed, 2008, p 70.

أن القواعد الدولية لحقوق الإنسان التي صيغت بصورة مجردة يجب أن تطبق في مجموعة متنوعة من السياقات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وللدول قدرٌ من حرية التصرف في رسم سياساتها¹.

وإذا كانت الكثير من حقوق الإنسان المهذورة في العالم الثالث تم الاعتماد فيها زورا على القيم الوطنية أو الإقليمية كسلاح سياسي أكثر من أن يكون مدفوعاً بالقلق إزاء فقدان الهوية الوطنية ونحن لا ننكر أن عالمية العديد منها ذو علاقة وطيدة بالكرامة والحريات الأساسية، منها ما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية ومنها ما لا يتعارض معها، إلا أن هذه الحقيقة لا تمتد إلى مسائل التلفيق التي يستخدمها المؤيدون لعالمية حقوق الإنسان، بالقول بأن شعوب تلك الدول لم ترفضها إطلاقاً ولا تعتبرها فرضاً للثقافة الغربية².

كل هذه الحقائق أدت باعتراف عدد -متزايد- من الباحثين بحقيقة أن حقوق الإنسان في حد ذاتها هي خطاب استعماري جديد، يدمج مفاهيم الأبوية وحقوق المرأة لكي تمنح الدول الكبيرة والقوية لنفسها حق التدخل في شؤون الدول الضعيفة، بقدر ما فعلت البلدان "الأم" خلال الفترات الاستعمارية³، ولهذا السبب نلمس تطورات ملحوظة في تفسيرات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وملاحظاتها مع مرور الزمن عن طريق وضع حقوق جديدة لا يشملها النص الصريح للاتفاقية والتشدد أكثر فيها عن طريق تفسير بنود الاتفاقية من خلال التعليقات العامة والتوصيات الختامية... لتتشرط على الدول تغيير الأنماط الاجتماعية والممارسات الثقافية التي يخضع لها الرجل والمرأة والتي تجد أساسها في الدين الإسلامي ومنه الخصوصيات الثقافية.

ولعل هذا التعارض الحاصل على مستوى الفقه القانوني الدولي أدى بانبثاق مدرسة العالمية الوضعية أو المعيارية عن مدرسة العالمية، حيث ترى هذه المدرسة بأن حقوق الإنسان عالمية مادامت تحظى بتصديق من الدول على نطاق واسع، حتى وإن أبدت الدول تحفظات على بعض الأحكام التي لا تستطيع الوفاء بها، فتلك التحفظات حسبهم لا تشكل أي تهديد للنزعة العالمية، وهو الأساس الذي أنقذت بخصوصه هذه المدرسة من حيث أن التصديق العالمي سيكون من دون إحداث تغيير على المستوى الوطني، ومن

¹ Netherlands Adviesraad Internationale Vraagstukken, Universality of Human Rights and Cultural Diversity, Advisory Council on International Affairs, The Hague Netherlands, 1998, p 14-15.

² جاء القول بعدم رفض شعوب العالم الثالث بما فيها الدول الإسلامية في تصريح للأمم المتحدة

كوفي عنان، مقتبس عن: Christian Tomuschat, op, cit, p 94.

³ Sally Engle Merry, changing rights, changing culture, in Jane K Cowan, Marie-Bénédicte Dembour, and Richard A. Wilson, Culture and Rights: Anthropological Perspectives Cambridge University Press, UK, 2001, p 31.

حيث أن قبول ذلك يقوض نظام حقوق الإنسان ويهدمه من الأساس، لأن التصديق الواسع مع التحفظات ينشأ عالمية زائفة¹.

إن هذه الانتقادات والرفض الدائم من قبل أنصار العالمية يعكس حقيقة وضع الإعلان العالمي والمنظومة الدولية لحقوق الإنسان وفق الثقافة الغربية، وبسبب ذلك فإن عدم الاعتراف بالحق في الخصوصية الثقافية هو انعكاس لاستعمار ثقافي، وهو السبب وراء المطالبة الملحة بتعديل أو إلغاء أحكام الشريعة الإسلامية من نظام الأحوال الشخصية وعلمنتها.

لذلك أصبحت حقوق الإنسان مدعومة من قبل القوى السياسية والاقتصادية والثقافية المهيمنة في العالم، وأصبحت تلك القوى مهيمنة أيديولوجياً في المجتمع الدولي²، وهو السبب الرئيسي وراء عدم الاعتراف التعسفي بالحق في الخصوصية الثقافية، فهذه الدول التي تُحسب على الرأسمالية المتقدمة تبنت نمط الليبرالية الغربية المفرطة في تقديس الفرد وحرية، وهو ما جعلها تبدي تعلقاً واضحاً بحقوق الإنسان ذات الطابع الفردي، والتعلق تحديداً بالحقوق المدنية والسياسية التي ارتبطت باستقلال الولايات المتحدة وظهور مبادئ الثورة الفرنسية على حساب الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أخرجوها من نطاق الحقوق بسبب ارتباطها التاريخي بانتصار المذهب الماركسي ومنه بالشيوعية³، وهو ما يثبت ارتباط هذا التفضيل الفردي بالقيم الغربية من جهة، وإنكار قيم المجتمعات غير الغربية.

لهذا نجد تهرباً دولياً دائماً حين يتعلق الأمر بمعالجة الآثار الاقتصادية التي تسببت فيها الدول الكبرى لمستعمراتها القديمة والآثار الاقتصادية التي تسببها شركاتها، وكذا تأخر صدور الاتفاقيات الدولية الملزمة بشأن مكافحة الفساد واسترداد الأموال التي تهرب من الدول النامية إلى الدول الغربية المتقدمة؛ كما أن التزام تلك الدول الصمت سببه أن مصالح شركاتها تضغط للحفاظ على الطريق السهل في تحصيل المنافع الاقتصادية وتقوية اقتصاداتها على حساب حقوق تلك الشعوب في التنمية⁴.

هذا الأمر يعكس الانتقائية في حقوق الإنسان لأجل تكريس الهيمنة الثقافية، وهي الانتقائية التي لا تجد لها أي أساس في القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإذا ما رجعنا إلى إعلان وبرنامج فيينا لسنة 1993

¹ Jason Morgan-Foster, op. cit., p 41-42.

² Jack Donnelly, The relative universality of human rights, p 282.

³ محمد فهيم يوسف، حقوق الإنسان في ضوء التجلّيات السياسية للعولمة: عولم حقوق الإنسان أم عولمة الفهم الغربي لحقوق الإنسان؟، المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، مج 21، ع 235، سبتمبر 1998، ص 64.

⁴ أنظر: عماد حميدة، أثر الفساد على حقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 5، ع 1، جوان 2020، ص 36.

نلاحظ بأنه شدد على أن فكرة كل حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتجزئة، ومتشابكة ومتراطة ببعضها وأن على المجتمع الدولي أن يعامل كل حقوق الإنسان بشكل عادل وبطريقة متساوية، وتضمن أيضا التأكيد على أهمية ضمان العالمية والموضوعية وعدم الانتقائية عند النظر في حقوق الإنسان، وهو الأمر المستقر سلفا في القانون الدولي، وفي عالمية حقوق الإنسان التي لا تقبل التجزئة، لذا فلا أساس في القانون الدولي للتدرج الهرمي لحقوق الإنسان إذ لا وجود لترتيب للحقوق الواردة في الصكوك الدولية بحسب نوعها أو أهميتها باستثناء الحقوق المعدودة غير القابلة للانتقاص¹، وعلاوة على ذلك لم يخلُ إعلان فيينا من التطرق لمسائل احترام الخصوصيات الثقافية والوطنية والإقليمية والأراضي التاريخية والثقافية والدينية وأخذها في عين الاعتبار²، ويفهم من ذلك الاعتراف -ضمن قبول هذا الفهم العالمي- بالحاجة إلى الأخذ في الحسبان الخصوصيات الوطنية والإقليمية والتراث الثقافي والديني³ لذا فهذا المنهج غير صالح كمعيار قانوني للمفاضلة والترجيح بين الحقوق ورفع حالة التعارض بينها⁴.

كما أن التسليم المطلق لمبدأ العالمية يجعلها ترتبط بالعولمة في جوانبها السلبية طالما أن التوحيد سيؤدي حتما إلى تدمير ثروة التنوع الثقافي⁵، لذا فإن أخطر تحدي تواجهه الدول؛ هو التحدي الذي تواجهه في هويتها وخصوصيتها الثقافية، فحين يفقد مواطنو الدول هذه القيم ينتقلون من الذاتية التي تميزهم الى مجرد قطيع هائم في عالم من الاغتراب⁶.

هذه الأسباب دفعت سابقا بجمعية الأنثروبولوجيا الأمريكية بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى القول بأن حق الناس في العيش من حيث تقاليدهم الخاصة كان معدوما، زيادة على أنه يشكل إلى حد كبير محاولة لفرض القيم الغربية على الثقافات الأخرى⁷.

¹ عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق 529.

² الفقرة الخامسة من الإعلان.

³ Gros Espiell Hector, Universality of human rights and cultural diversity, International Social Science Journal, 1998, vol. 50, no 158, p 527

⁴ عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق، ص 530.

⁵ Gros Espiell Hector, op. cit., p 532.

⁶ علي يوسف شكري، حقوق الانسان في ظل العولمة، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1431هـ/2010م، ص

27.

⁷ See: Netherlands Adviesraad Internationale Vraagstukken, Universality of Human Rights and Cultural Diversity, op. cit., p 10.

ثانياً: قصور منهجي النسبية الثقافية

على الرغم من كون الممارسات الثقافية المستمدة من الدين تدخل في نطاق النسبية الثقافية، إلا أن الخصوصية الثقافية المستمدة من الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً جذرياً عن النسبية الثقافية المتشددة والتي تصل إلى حد التطرف، بل إن العديد من الممارسات الثقافية تتعارض كلياً مع الشريعة الإسلامية وتخرق حقوق المرأة في الإسلام، فالكثير من الثقافات تنطوي على ممارسات اتسمت بها الجاهلية قبل أن يأتي الإسلام ويحرمها، مما يجعل من هذه النسبية تصل أحياناً إلى حد التطرف.

ونحن لا ننكر أن العديد من الممارسات الثقافية الضارة بالمرأة تدخل في صدام مع الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان ومبادئ عدم التمييز على حد سواء. فمصطلح "الممارسات الثقافية الضارة" يشير إلى ممارسات خاصة ببعض الثقافات غير الغربية التي تضر بالمرأة وذات مغزى لبعض المشاركين في تلك الثقافات، والعديد منها لا تجد لها مكاناً في الشريعة الإسلامية كحرق الأرامل مع أزواجهم في الهند (الساتي)، أو عمليات اختيار جنس المولود قبل الولادة بإجهاض الأجنة الإناث، ووَأد الإناث نتيجة لتفضيل الذكر، أو الاكراه على الزواج...¹ وعليه فإن رفض الاعتراضات الثقافية على حقوق المرأة العالمية يكون مبرراً وغير متعارض مع الثقافة الإسلامية إذا انطوى على مثل تلك الممارسات المحرمة في الشريعة الإسلامية.

كما أن النسبية الثقافية في هذه الصورة تعترف لأي أساس في القانون الدولي، فلا يوجد أي حكم تقريباً في اتفاقيات حقوق الإنسان يشير إلى أن احترام حقوق الإنسان يتوقف على الظروف الثقافية المحلية، أو الإشارة إلى إمكانية تعديلها بناءً عليها²، وتخلوا اتفاقيات الأمم المتحدة والاتفاقيات الإقليمية الأخرى من أي اعتراف بحق الدول في تجنب الامتثال لالتزاماتها من خلال الادعاء بأولوية التقاليد والأعراف المحلية، وإذا كان الاستثناء الوحيد المقرر في الفقرة 3 من المادة 63 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على أنه "تطبق أحكام هذه المعاهدة على تلك الأقاليم (أي الأقاليم المستعمرة) مع الاعتبار المناسب للمتطلبات المحلية"، قد يُفسر على أنه دعم للنسبية الثقافية إلى أن ذلك سيعفي الأطراف من إنفاذ حقوق الإنسان التي تكفلها الاتفاقية في تلك الأقاليم المستعمرة إذا تعارضت مع "المتطلبات المحلية"³، وهو التفسير

¹ Eva Brems, *Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse*, op. cit., p 148

² Fernando Tesón, op. cit., p 877.

³ Fernando Tesón, op. cit., p 877

الذي رفضته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية تايرر¹، إلا أن الأمر لاحقاً لم يكن على إطلاق في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في ظل التوسع في تطبيق الهامش التقديري - مثلما سنرى أنه ليس على إطلاقه-.

هذه الأسباب تجعل من النسبية الثقافية في هذا الشكل تغش في معالجة أي تعارض بين حق المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية مثلها مثل العالمية الراديكالية التي تمنح الأولوية المطلقة لمطالب المجتمع الأخلاقي العالمي على حساب جميع الطوائف الأخلاقية الأخرى التي تصنفها في درجة أدنى منها².

كما أن النسبية الثقافية المعتدلة ليست سوى إذعان لعالمية حقوق الإنسان، طالما أن آراء أصحابها ليست سوى دعوة لتغليب الثقافة الغربية، الأمر الذي يقتضي معه تغيير أحكام الشريعة الإسلامية والتخلي عنها كمصدر لقوانين الأسرة.

المبحث الثاني

الفصل في التعارض بين حق المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية

على الرغم من ثبوت أن الحق في الخصوصية الثقافية قد صار حقاً محمياً ومُعترف به في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، إلا أنه كثير ما يتداخل مع حق المرأة في المساواة لاسيما داخل نطاق الأسرة وغالبا ما يتم تغليب حق المرأة في المساواة على الحق في الخصوصية الثقافية في القانون الدولي وفي الكتابات الغربية وعند أنصار عالمية حقوق الإنسان.

هذا التعارض الحاصل بين إعمال الحقين أدى بظهور اقتراح تقنيات قانونية للفصل في هذا التعارض، أبرزها تبني منهج فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في علاج الحقوق المتعارضة عن طريق تطبيق الهامش التقديري ومبدأ التناسب لمراعاة الظروف الداخلية للدول.

¹ بدعوى اشتمالها على عقوبة بدنية ضد الأحداث. أنظر: Eur. Court HR, Tyrer case, judgment of 25 April 1978، في: المفوضية السامية لحقوق الإنسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدولية، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الفصل الثمن: المعايير القانونية الدولية لحماية الأشخاص المجريين من حريتهم، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2013، A.02.XIV.3 رقم المبيع، ص 401.

² Jack Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, Human Rights Quarterly, vol. 6, no. 4, 1984, p 402.

المطلب الأول

الأحكام العامة في تقييد حقوق الإنسان

تتشترك أحكام تقييد حقوق الإنسان جزئياً مع نظام التحفظات على المعاهدات الدولية التي تسعى من ورائه الدول إلى تعديل أو استبعاد أحكام معينة في المعاهدة¹، وتعلن فيه عن إرادتها وقت التصديق أو الانضمام إليها، عن طريق تحديد بعض الأحكام تحديداً معيناً أو عن طريق اشتراط بعض الشروط التي تضيق من نطاق التزاماتها، فالهدف الرئيسي من التحفظ هو استبعاد نص أو أكثر من المعاهدة أو تعديل آثارها أو تفسيرها بطريقة معينة²، فالتحفظ حسب الأستاذ شارل روسو هو "تقييد منفرد من جانب دولة متعاقدة للالتزامات الواردة في المعاهدة"³.

وإلى جانب نظام التحفظات، يمكن للدول الأعضاء وضع قيود على الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية بشروط معينة، إذ قد يؤدي إطلاق العنان لبعض الحقوق إلى الاعتداء على حقوق إنسانية أخرى أو حقوق الآخرين أو حقوق المجتمع كله وهو ما يشكل استثناء عن الالتزام بعدم المساس بحقوق الإنسان، لأجل التوفيق بين هذه الحقوق المتضاربة من الناحية الموضوعية⁴.

الفرع الأول

أساس وشروط تقييد حقوق الإنسان في النصوص الدولية

أقرت النصوص الدولية الأساسية لحقوق الإنسان بعدم قابلية الدول للالتزام بالحقوق المحمية في بعض الظروف والحالات التي تتعارض مع نظامها العام ومصالحها العامة.

أولاً: أساس تقييد حقوق الإنسان في النصوص الدولية

يجد هذا التقييد مشروعيته في القانون الدولي، حيث تتضمن جل الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان شروطاً أو بنوداً مُقيدة تعترف للدول الأطراف بالحق في وضع قيود على الحقوق الواردة فيها حين يتطلب

¹ المادة 2-1-د من اتفاقية فيينا للمعدات الدولية.

² أنظر في ذلك: عبد الغني محمود، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط1، 1986، ص 6.

³ ذكر هذا القول: محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الأول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 9، ع1، مارس 1985، ص 125.

⁴ أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2000، ص 88-89.

النظام العام أو المصلحة العامة ذلك¹، وهو ما نصت العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية على رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال المادة 29 التي نصت في فقرتها الثانية على أنه " لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحيات الآخرين واحترامها، ولتحقيق المقترضات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والفضيلة ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي".

مثلاً تم النص على إمكانية التقييد في صلب 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية².

وطبقاً لهذه القواعد القانونية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان؛ يثبت جواز فرض قيود على الحقوق في الحالات العادية متى كان التقييد ضروري لحماية حقوق وحيات الآخرين، وحماية الأمن القومي، والنظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة، ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي.

ثانياً: شروط مشروعية القيود

إن السلطة التقديرية الممنوحة للدول ليست مطلقة في فرض قيود على بعض حقوق الإنسان وحياته بحجة أو بذريعة المبررات السابقة³، لأجل إقامة توازن بين حقوق الفرد والجماعة⁴، حيث تفرض الاتفاقيات الدولية والإقليمية شروطاً لازمة لشرعية تقييد تلك القيود، أولها أن تكون القيود مشروعة أي منصوص عليها

¹ محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الأول، المرجع السابق، ص 156-157.
² تنص الفقرة 3 من المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه "لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد". وتنص المادة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بأنه ليس للدولة أن تخضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقاً لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون، وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق، وشريطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي".

³ وليد فياض الشمايلة، القيود الدولية الواردة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2017، ص 77.

⁴ الشافعي محمد البشير، قانون حقوق الإنسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 2004، ص 262. نقلاً عن: جغام محمد، عولمة حقوق الإنسان والخصوصيات الثقافية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010/2009، ص 193.

في القانون وبموجب القانون، وأن تخضع للشروط المنصوص عليها في القانون، وثانيها مشروعية الهدف والغاية، وآخرها التناسب بين القيود والأهداف¹.

1- النص على القيد في القانون

وضعت بنود الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان هذا الشرط ضماناً للحد من نطاق تعسف الدول في تقييد حقوق الإنسان، فهو يشبه لحد كبير مبدأ الشرعية في القانون الجنائي، فلا تقييد لأي حق مالم يتم النص عليه في القانون الوطني.

ولقد تم نص على هذا الشرط في عدة بنود دولية وإقليمية كالمادة 22-2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حين نصت على شروط تقييد الحق في حرية تكوين الجمعيات والانضمام إليها، والمادة 12-3 كشرط لتقييد حق حرية التنقل وحرية اختيار مكان إقامته والمادة 18-3 كشرط لتقييد حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده.

كما لا تكون القيود التي تضمنتها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان شرعية الا بوجود هذا الشرط المنصوص عليه في المواد من 8 إلى 11، كي لا تتعرض السلطات الوطنية للحقوق المحمية أو تضيق من نطاق ممارستها بحيث لا يمكن تقييدها إلا بموجب القانون كشرط أولي لجواز تقييدها، أو وفقاً لقوانين تسن لتقييد الحقوق المعترف بها في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وفقاً لمادتها 30.

وينبغي وفقاً لهذا الشرط أن يكون لأي تدخل في تقييد ممارسة الحقوق المحمية أساس في القانون الوطني، فكل تقييد لا ينص عليه القانون مسبقاً أو تم النص عليه بقانون صادر بطريقة مخالفة لشروط إصدار القوانين من حيث السلطة المختصة والشروط الموضوعية والشكلية في إصدار القوانين يعد باطلاً لمخالفته القواعد الجوهرية في إصدار القوانين في القانون الوطني، إذ يفقد بذلك النص المُقيد لصفة القانون أو القاعدة القانونية.

وكننتيجة لقبول مصادر القانون المتعددة، درج فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على قبول فرض القيود من مصادر مختلفة دون حصر ذلك على القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية، ليشمل النصوص القانونية بمفهومها الواسع بما فيها اللوائح التنظيمية والمراسيم التنفيذية²، كما يتعين على القانون

¹ محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الأول، مرجع سابق، ص 159-163.

² Pablo Contreras, National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American court of human rights. Nw. UJ Int'l Hum. Rts., 2012, vol 11, issue 1, p 39

نفسه أن يحدد الظروف التي يتم بموجبها تقييد الحقوق وهو ما يفرض التزاما على الدول بأن تحدد في تقاريرها القواعد القانونية التي تقوم عليها القيود¹.

2- مشروعية الهدف من التقييد

إن العلاقة بين فرض القيد والغرض المرجو تحقيقه، يجعل من القيد مشروعاً وقابلاً للتبرير بحيث تتمحور هذه الغاية أو الهدف من القيد في الأهداف المرجوة وراء اتخاذ التدابير المُقيدة والمنصوص عليها في غالبية مواد الاتفاقيات السابق ذكرها؛ في تعزيز الرفاه العام أو حماية الأهداف المشروعة المخولة للسلطة العامة والتي تدخل ضمن صلب اختصاصها الطبيعي في حماية الأمن القومي والنظام العام والأخلاق والآداب والصحة العامة، أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم.

لذلك فإنه لا يجوز للدولة التدخل في حق ما إلا إذا بررت عملها استناداً إلى "هدف مشروع"²، ويلاحظ هنا أن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان قد اعتدت بالمصلحة العامة كهدف محوري لجواز التقييد والتضييق من التمتع بالحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية حسب نص المادة 30.

وهو ما يمنح للمجتمع أحقية التمتع بحرية معينة في حل المنازعات المتأصلة بين الحقوق الفردية والمصالح الوطنية أو بين مختلف المعتقدات الأخلاقية³.

3- التناسب بين القيود والأهداف

عُبر عن هذا الشرط في النصوص الدولية "بضرورة التقييد في مجتمع ديمقراطي" إذ يجب تبرير التدخل بوجود "حاجة اجتماعية ملحة" تتعلق بوحدة أو أكثر من الأهداف المشروعة، وهو المصطلح الذي تم ذكره في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مقترناً مع الدواعي والأهداف المتوخاة من التقييد كحماية الأمن القومي، السلامة العامة، النظام العام، حماية الصحة العامة و الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم⁴، إلا أن العهد قد تخلى عن مصطلح "الديمقراطي" والاكتفاء بمصطلح الضرورة في الحقوق المنصوص عليها في كل من المواد 12 و 17 و 18 و 19، خلافاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ مما يشير بأن العهد ينص على السماح بوضع قيود أوسع مما تسمح به الاتفاقية الأوروبية⁵.

¹ Sarah Joseph and Melissa Castan, The international covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary, Oxford University Press, UK, 2013, p 405

² Pablo Contreras, op. cit., p 41

³ Ibid p 37.

⁴ المواد 14، 21، 22 من العهد.

⁵ محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الأول، مرجع سابق، ص 162.

وبخصوص عبارة "مجتمع ديمقراطي" فقد بذلت كل من اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بعض المحاولات لتحديد الملامح الأساسية للمجتمع الديمقراطي، ورأت بخصوص ذلك أن حرية التعبير هي أحد "المبادئ الأساسية" في المجتمع الديمقراطي، لذلك يجب تفسير أغراض الشرعية في الفقرة 2 من المادة 10 تفسيراً ضيقاً¹، مثلما ذكرت أن معنى الديمقراطية لا يقتصر فقط على مفهوم أن آراء الأغلبية هي التي يجب أن تسود دائماً في المجتمع².

الفرع الثاني

الحقوق غير القابلة للانتقاص

يكمن الهدف الأساسي من هذا الفرع في معرفة مركز حق المساواة في المواثيق الدولية من حيث قابليته للتقييد من عدمه، فالأهمية لبعض حقوق الإنسان والحاجة الدائمة إليها؛ أقرت المواثيق الدولية مجموعة من الحقوق لا يجوز تقييدها أو التضييق منها تحت أي ظرف من الظروف أو في أي حال من الأحوال.

ونظراً لخصوصية هذه الحقوق ووضعها المعياري، فإن الحقوق التي لا يجوز تقييدها كثيراً ما تعتبر حقوقاً أساسية للإنسان وتندرج ضمن القواعد الأمرة الملزمة للمجتمع الدولي ككل، وقد نصت على هذه الحقوق الاتفاقيات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان ومجال اتساعها يختلف من اتفاقية إلى أخرى³، وهي تشمل عموماً الحق في الحياة⁴، ومنع التعذيب والخضوع للمعاملات غير إنسانية ومهينة⁵، وحظر الرق

¹ Case of Young, James And Webster V. The United Kingdom, Judgment of 13 August 1981, A 44. Cited in Steven Greer, The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1997, p 15.

² Ibid.

³ محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الثاني، مرجع سابق، ص 166.
- Teraya Koji, Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights. European Journal of International Law, 2001, vol. 12, no 5, 920.

⁴ المادة 6 من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، المادة 2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المادة 4 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

⁵ المادة 7 من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 5-1 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

والعبودية¹، ومبدأ المشروعية الجنائية²، والاعتراف بالشخصية القانونية للإنسان³، وحرية التفكير والضمير والدين⁴، وحماية الأسرة⁵، والحق في الاسم والجنسية وحقوق الطفل والحقوق السياسية⁶، وإن كان ما يجد ما يبرر المساس ببعضها، كالمساس بالحق في الحياة تنفيذًا لحكم جنائي بالإعدام أو نتيجة أعمال حربية مشروعة⁷.

وعلى أساس ذلك فإن الحق في المساواة بين الرجل والمرأة لا يدخل ضمن الحقوق التي لا يجوز تقييدها أو التضييق من مجالها طبقاً لأحكام التقييد في المواثيق الدولية، زيادة على أن التعليق العام رقم 18 للجنة حقوق الإنسان بشأن عدم التمييز، ذكر صراحة بأنه "لا يشكل كل تمييز وتفریق في المعاملة تمييزاً، إذا كانت معايير هذا التفریق معقولة وموضوعية وإذا كان الهدف هو تحقيق غرض مشروع بموجب العهد"⁸، بما فيها حق المرأة في المساواة بالرجل في التمتع بالحقوق المبينة في العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁹.

¹ المادة 15 من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المادة 9 من الاتفاقية الأمريكية.

² المادة 8 من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، المادة 4 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 6 من الاتفاقية الأمريكية.

³ المادة 16 من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، المادة 3 من الاتفاقية الأمريكية

⁴ المادة 18 من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، المادة 12 من الاتفاقية الأمريكية

⁵ المادة 17 من الاتفاقية الأمريكية.

⁶ المواد 18-19-20-23 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

⁷ محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الثاني، مرجع سابق، ص 168، الهامش 155.

⁸ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, Adopted at the Thirty-seventh Session of the Human Rights Committee, n 1.

- لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18: عدم التمييز، اعتمد في الدورة 37 للجنة حقوق الإنسان، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان المجلد الأول لجميع التعليقات العامة والتوصيات العامة التي اعتمدها هيئات معاهدات حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة، HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)، 27 May 2008، البند 1، ص 198.

⁹ Ibid, No 13.

- لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18، المرجع السابق، البند 13، ص 203.

المطلب الثاني

مبدأ الهامش التقديري والتناسب لتبرير تقييد الحقوق المحمية

ثبت لنا من خلال المطلب السابق بأن الحق في الخصوصية الثقافية هو حق محمي في القانون الدولي لحقوق الانسان، غير أن هذا الحق كثيرا ما يصطدم بحق المرأة في المساواة وعدم التمييز، ويحدث بذلك تعارض بين الحقوق الثقافية وحق المرأة في المساواة، مما يؤدي بتفضيل حق المرأة في المساواة على الحق في الخصوصية الثقافية في غالب الأحيان.

وعلى ضوء الاختلافات الثقافية للدول من جهة وتعارض بعض الحقوق من جهة أخرى؛ برز مفهوم الهامش التقديري نتيجة للظروف الوطنية الخاصة واختلافاتها الثقافية، بحيث تم تطويره في الفقه القانوني للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لأجل منح السلطة التقديرية للسلطات الوطنية عند تقييم المعايير المناسبة للحقوق في الاتفاقية، مع مراعاة قيم معينة وعوامل أخرى متميزة تدخل في نسيج القوانين الوطنية والممارسات المحلية¹.

وفي إطار التعارض بين النظم القيمية والأخلاقية للدول الإسلامية وعالمية حقوق الانسان بالدرجة الأولى، ظهرت اقتراحات على المستوى الأكاديمي الدولي لأجل تبني منهج الهامش التقديري لأجل عالمية أكثر شمولية والمقاربة بين حقوق الانسان والخصائص الثقافية الداخلية للدول لأجل الفصل في التعارض بينها، وإن كان أبرزها قوانين الأسرة المتأصلة في التراث الديني والثقافي.

وعلى ضوء ذلك، سنتطرق من خلال هذا المبحث الى منهج الهامش التقديري ومبدأ التناسب كآلية قانونية للفصل والموازنة بين الحقوق المتعارضة، وإلى الآراء المقترحة بشأن تطبيقه على المستوى الدولي والنظر في القيم الثقافية للمجتمعات الإسلامية على وجه الخصوص لعلاج التعارض بين حقوق المرأة في المساواة في قانون الأسرة دون الحاجة إلى إحداث تغيير في القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، مع تطبيق منهج أو اختبار التناسب لإثبات حالة التناسب بين تقييد حق المرأة في المساواة في الزواج والطلاق لإبراز مبررات التدخل في تقييد هذا الحق.

¹ Yutaka Arai-Takahashi, The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry, The European Court of Human Rights, 2013, p 1.

الفرع الأول

الهامش التقديري في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

أخذت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الاعتبار الاختلافات الثقافية للدول المصدقة على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان واعترفت بوجهات النظر المختلفة للنظم الوطنية بشأن الحقوق المحمية بموجب الاتفاقية من خلال الاعتراف للسلطات الوطنية بتقدير مدى قابلية تلك الحقوق للتقييد في مجتمعها عن طريق تطبيق المحكمة لما يعرف بالهامش التقديري.

أولاً: التعريف بمبدأ الهامش التقديري

يعد الهدف الرئيسي لهذا المنهج أو المبدأ هو منح السلطات الوطنية تقدير ما إذا كان تقييد حق من حقوق الاتفاقية مقبولاً أو غير مقبول، فنفس الوقائع قد تشكل انتهاكاً لحق أساسي في دولة ما، يمكن اعتبارها أساساً شرعياً لتقييد نفس الحق في دولة أخرى¹، فالسلطات الوطنية تكون من حيث المبدأ في وضع أفضل من القاضي الدولي من حيث تقدير ضرورة تقييد الحقوق، والتي يتعين عليها أن تقوم بتقييم أولي لواقع "الحاجة الاجتماعية الملحة" التي ينطوي عليها مفهوم الضرورة الذي يدفع إلى تقييد الحق طبقاً للمادة 10-2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان².

وبالرغم من أن الهامش التقديري لم يرد في اتفاقية فيينا للمعاهدات، إلا أنه يشترك مع أحكام المعاهدة المتعلقة بتفسير نصوص المعاهدات الدولية، فالهامش التقديري هو مبدأ لا مفر منه لتحقيق التوازن بين الحقوق الأساسية في الاتفاقية (بين حقين من حقوق الاتفاقية المتضاربة أو بين حق من الحقوق في الاتفاقية وغرض عام) ولأجل منح الدولة أيضاً المجال لمعالجة الحالات المعقدة، لذا فهو يعتبر تعبيراً عن مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 31-1 من اتفاقية فيينا³، كما أن هذا المنهج يعكس الوعي الكبير للمحكمة وإدراكها للتوتر الحاصل بين تفضيلات صانعي القرار الوطنيين ومتطلبات الاتفاقية الأوروبية، لأجل معالجة هذا التوتر الذي يعد السبب الرئيسي وراء تطوير المحكمة لهذا المنهج الذي يعترف بمجال تقديري للحكومات الوطنية عند تطبيق وتفسير الاتفاقية، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الوقائع والظروف

¹ Eva Brems, the margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: accommodating diversity within Europe, In Human rights and diversity: area studies revisited, University of Nebraska Press, USA, 2003, p 82.

² David John Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European convention on human rights, Oxford University Press, USA, 3rd Ed, 2014, p 15.

³ Luigi Crema, Disappearance and new sightings of restrictive interpretation (s), European Journal of International Law, 2010, vol 21, no 3, p. 699

المحيطة بكل حالة لأجل تحديد النطاق الدقيق للهامش التقديري الذي سيُمنح للسلطات الوطنية¹ في محاولة لتحقيق توازن بين الآراء الوطنية لحقوق الإنسان والتطبيق الموحد لقيم الاتفاقية².

كما يلاحظ العديد من المختصين مساهمة الهامش التقديري في تحقيق التوازن بين سيادة الدول الأعضاء والحفاظ على سياساتها الوطنية والحاجة إلى ضمان حماية الحقوق المجسدة في الاتفاقية³، فمحاولة أجهزة المحكمة الأوروبية في صياغة سياسات موحدة قد تتعرض للخطر بسبب الحاجة إلى مراعاة الاختلافات المستمدة من الثقافات والأديان واللغات والتقاليد المتباينة⁴.

وعليه، فإن المفهوم الموضوعي للهامش التقديري يظهر بوضوح في بنود "التقييد" الواردة في المواد 8-11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وغيرها من الوثائق الدولية - التي تطرقنا إليها سابقاً مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - سعياً إلى تحقيق أهداف مشروعة، مثل الأمن القومي، والسلامة العامة، أي أنه ليس هناك حظر قانوني مطلق على "التدخل" في الحريات المنصوص عليها في الاتفاقية⁵.

لقد تزامن تطور الهامش التقديري مع تقدم المفاهيم الأوروبية لحقوق الإنسان وتزايد حدة النقاش حول حقوق الإنسان والتنوع، فمنذ عام 1989 انضمت أكثر دول أوروبا الشرقية للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ التي تزخر بتنوع ثقافي وقيم اجتماعية مغايرة لثقافة وقيم دول أوروبا الغربية تبعاً لاختلاف تاريخها الاجتماعي والسياسي ودينها وأيدولوجيتها وتصوراتها الثقافية⁶، ومن هنا يبرز الهامش التقديري كأداة لتحقيق التوازن بين التوحيد والتنوع ضمن نظام دولي لحماية حقوق الإنسان⁷، ومراعاة للصعوبات التي تواجهها هذه البلدان في تعديل قوانينها وممارساتها وفقاً لمتطلبات الاتفاقية⁸.

¹ Eva Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights, ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VOLKERRECHT, vol 56, 1996, p 241.

² Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, 2002, p 3.

³ Laurence R Helfer And Anne-Marie Slaughter, Toward a theory of effective supranational adjudication. Yale Ij, 1997, vol 107, p 316.

⁴ Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, op. cit., p 16.

⁵ George Letsas, Two concepts of the margin of appreciation, Oxford Journal of Legal Studies, 2006, vol 26, no 4, 709.

⁶ Eva Brems, the margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: accommodating diversity within Europe, op. cit., p 82.

⁷ Eva Brems, the margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: accommodating diversity within Europe, op. cit., p 82.

⁸ Ibid, p 95.

ثانياً: علاقة الهامش التقديري بمبدأ التناسب

يعرف مبدأ التناسب عموماً على أنه اختبار لتحديد ما إذا كان هناك ما يبرر التدخل في حق من الحقوق. ولمبدأ التناسب جذور في التاريخ القانوني ولا يقتصر على النظام الأوروبي فهو يستخدم كذلك على نطاق واسع في القانون الدولي بشكل عام¹، ونشأ مبدأ التناسب في القانون الإداري البروسي وفي القانون الدستوري الألماني بعد الحرب العالمية الثانية، قبل أن يصير المبدأ السائد للمراجعة القضائية في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، في جملة أمور، في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك في المحاكم الدستورية في كندا، وبريطانيا وألمانيا، وأستراليا، وفرنسا على سبيل المثال².

وما يثير الانتباه، تبني المؤسس الدستوري الجزائري لشروط التناسب ضمن التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 تماشياً مع استحداثه للمحكمة الدستورية³، حيث تم النص على التناسب في الفقرة 2 من المادة 34 التي وضعت شروط تقييد الحقوق والحريات والضمانات التي لا تكون شرعية إلا بموجب القانون، ولأسباب مرتبطة بحفظ النظام العام الأمن، وحماية الثوابت الوطنية، وتلك الضرورية لحماية حقوق وحريات أخرى يكرسها الدستور، دون تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات.

ومبدأ التناسب بمعناه الواسع هو الاسم الذي يطلق على مجموعة الاختبارات المستخدمة لتحديد ما إذا كان تقييد الحقوق مبرراً⁴، لذا تكمن علاقة التناسب بالهامش التقديري في أن اختبار التناسب سيحدد مدى توافر مبررات تدخل الدولة في تقييد الحقوق من عدمها من جهة⁵، ولضمان عدم فرض الدولة قيوداً

¹ Jonas Christofferson, Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009, p 31.

² Ariel Bendor And Tal Sela, How proportional is proportionality?, International Journal of Constitutional Law, 2015, vol. 13, no 2, p 531

– يعد مبدأ التناسب كذلك من المبادئ الدستورية العامة، ويستعمل كمعيار في تقدير مشروعية تدخل سلطات الدولة في تقييد ممارسة الحقوق والحريات، ويستعمل كذلك في ضبط حدود السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم وتقييد الحقوق والحريات. أنظر في ذلك: عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، ع 29، 2019، ص 245.

³ أنظر الفصل الأول الخاص بالمحكمة الدستورية، من الباب الرابع من التعديل الدستوري 2020 / مرسوم رئاسي رقم

20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82 الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442هـ، الموافق 30 ديسمبر 2020، ص 39.

⁴ Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, The Cambridge Law Journal, vol. 65, no. 1, 2006, p 174.

⁵ Ibid, p 176.

على الحقوق أكثر مما تقتضيه الضرورة من جهة أخرى¹، بحيث يبنني مبدأ التناسب عن طريق اختبار رباعي²، وإذا ما حكم على التدابير المتخذة من طرف السلطات الوطنية بالتناسب، فإن ذلك يعني ببساطة أن تدخل الدولة يقع ضمن سلطتها التقديرية أي ضمن الهامش التقديري المتاح لها.

وعلى ذلك، فإن كلا المبدئين اللذين وضعتهما المحكمة الأوروبية مترابطين من الناحية المفاهيمية، وبالتالي فإن درجة التقدير المحلي ستؤثر على صرامة تطبيق التناسب والعكس، لهذا يطلق على مبدأ التناسب "الجانب الآخر" من منهج الهامش التقديري³.

وينقسم اختبار التناسب، المستوحى في المقام الأول من القانون الإداري والدستوري الألماني، إلى ثلاثة مبادئ فرعية مستقلة، ومتشابكة في نفس الوقت⁴:

- مبدأ الملاءمة: بحيث يجب أن تكون التدابير التي تؤثر على الحقوق الفردية مناسبة لغرض تسهيل أو تحقيق الهدف المنشود.

- مبدأ الضرورة: يقضي مبدأ الضرورة بأنه يجب ألا تكون هناك سياسة أخرى أقل تقييداً تبلغ الهدف المشروع على قدم المساواة⁵، فأي تدبير بوصفه مناسب وضروري لا يجب أن يخل بالتوازن العادل أو يهدم جوهر الحق.

وبعبارة أكثر وضوحاً، فإن التناسب أداة منهجية تستخدم لتحديد ما إذا كان التدخل في حق ما مبرراً، ويكون هذا التبرير شرعياً إذا كان التدخل متناسباً، بحيث يتكون اختبار التناسب من أربع مراحل⁶:

أولاً: يجب أن يكون التدخل لتحقيق هدف مشروع؛ ثانياً: يجب أن يكون التدخل مناسباً لتحقيق ذلك الهدف (الملاءمة)؛ ثالثاً: يجب ألا يكون هناك بديل أقل تقييداً (الضرورة)؛ ورابعاً - والأهم -: يجب ألا يكون التدخل غير متناسب مع تحقيق الهدف المنشود.

¹ Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford University Press, UK, 2012, p 179

² Julian Rivers, *op. cit.*, p 176.

³ Pablo Contreras, *op. cit.*, p 44.

⁴ Jonas Christofferson, *Straight Human Rights Talk—Why Proportionality does (not) Matter*, In *Human rights: their limitation and proliferation*, Scandinavian Studies in Law Volume 55, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2010, p 31.

⁵ Kai Möller, *Proportionality: Challenging the critics*. *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, no 3, p 713.

⁶ Kai Möller. *Proportionality and rights inflation*, LSE Law, Society and Economy Working Papers, 2013, vol. 17, p 1.

هذه الشروط؛ هي تقريبا نفس شروط تحقق التناسب لدى المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، بحيث يجب استيفاء ثلاثة اشتراطات فقهية طورتها المحكمة على أساس أحكام التقييد في الاتفاقية، بحيث يجب أن يكون القيد قد "نص عليه القانون" (أو أنشئ "وفقاً للقانون")، ويجب أن يكون التدبير التقييدي المحلي قد سعى إلى تحقيق "هدف مشروع" أو أكثر بموجب الاتفاقية الأوروبية؛ ويجب اعتبار كل تدخل في ممارسة الحق "ضرورياً في مجتمع ديمقراطي"، هذا الشرط الأخير ينطوي على تطبيق مبدأ التناسب في تقييم ومراجعة التدابير المقيدة للحق، وقد تم تطوير هذا المبدأ بشكل بارز في الفقه القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، كما ذكرنا¹، لا سيما من حيث تقييم ضرورة التدبير الوطني المعتمد سواء كان تقييداً أو عقوبة...

كما يتجسد من خلال هذا الشرط العنصر الأهم من مبدأ التناسب وهو "منهج الموازنة"، فعلى الرغم من أن مرحلتى الملاءمة والضرورة مهمتان في اختبار التناسب، إلا أن المرحلة الحاسمة في معظم الحالات هي مرحلة الموازنة، حيث يتم وزن القيمتين أو الحقيقتين المتعارضتين ضد بعضهما البعض²، لذلك يعتبر المفهوم الأمثل للتناسب، بوصفه نهجاً منظماً لتحقيق التوازن بين الحقوق الأساسية والحقوق والمصالح الأخرى بأفضل الطرق الممكنة³، ومنح الأولوية للحق الأكبر قيمة⁴ كأن تمنح الأولوية لمتطلبات أقوى للمصالح العام⁵ كت تحقيق التوازن بين الحق في الخصوصية مثلاً ضد حرية التعبير، أو حرية الدين، أو وزن حق أفراد المجتمع ومصالحهم مع حق المساواة في الأسرة.

لذلك يشار إلى مبدأ التناسب كشكل من أشكال التحليل أو التقييم، أي تقييم وفحص القيود المفروضة على حقوق الانسان من جهة، وفي علاج التضارب بينها عن طريق تقييم ووزن المصالح والحقوق المتضاربة من جهة أخرى، لذلك كان عنصر الموازنة من الطرق الأكثر قبولاً لعلاج المصالح والحقوق المتضاربة والمتنافسة⁶.

وعلى الرغم من استخدام التناسب في محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الانسان إلا أنه يختلف عن التناسب لدى المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، فالمحكمة الأوروبية تسعى دائماً إلى تحقيق توازن بين

¹ Jonas Christofferson, Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights, op. cit., p 37-38.

² Kai Möller. Proportionality and rights inflation, LSE Law, op. cit., p 3.

³ Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, op. cit., p 176.

⁴ Olivier De Schutter and Françoise Tulken, The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution. In: Eva Brems (ed.), Conflicting between fundamental rights, Intersentia, 2008, p 190-192.

⁵ Andrew Legg, op. cit., 182.

⁶ Ibid.

تناسب التدبير التقييدي والسلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطات الوطنية بموجب الهامش التقديري¹، ويرجع ذلك بالأساس الى اعترافها بالصلة بين حقوق الانسان والتنوع الثقافي، لذلك كانت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان الصك الإقليمي الوحيد المجهز بحكم يوفر إمكانية تطبيق أحكام الاتفاقية على ضوء تباين المتطلبات المحلية التي كانت وراء ابتكار المحكمة للهامش التقديري².

ونتيجة لذلك، كان الفقه الذي وضعته المحكمة الأوروبية فيما يتعلق بالتفاعل بين حقوق الانسان والثقافة يختلف اختلافا ملحوظا عن النهج الذي وضعته محكمة البلدان الأمريكية وكل هيئات الرصد الإقليمية الأخرى³، ففي ملاحظة مماثلة، لم تذكر محكمة البلدان الأمريكية في أحكامها أي إشارة بشأن ما إذا كان الهدف من التدابير التقييدية ينبغي أن يلبي "حاجة اجتماعية ملحة"⁴، لعدم أخذ التمايز الثقافي بين البلدان الأمريكية في الاعتبار، ولهذا السبب لم تأخذ المحكمة الأمريكية بالهامش التقديري، ولم تمنح للسلطات الوطنية سلطة تقديرية سوى في حالات جد محدودة وضيقة⁵، لذلك يطلق على مبدأ التناسب لدى المحكمة الأمريكية "بالتناسب بمعناه الضيق"⁶، أو "التناسب الصارم"، الذي ينبغي أن يكون فيه التقييد متناسبا تماماً، بطريقة لا تكون فيها التضحية بالحق مبالغاً فيها أو غير متناسبة مع المصالح المرجو/أو تم تحقيقها من وراء القيد⁷.

كما يرجع ذلك إلى الاختلاف البين بين نوع القضايا التي بث فيها كل من الجهازين، والتي ترجع بالأساس الى اختلاف مكونات النظام الأوروبي عن نظام البلدان الأمريكية الأقل ديمقراطية، علاوة على اتسام العديد منها بالديكتاتورية التي كانت سائدة بها قبيل الانضمام إلى اتفاقية البلدان الأمريكية لحقوق الانسان، لذلك كانت معظم الحالات التي تناولتها محكمة البلدان الأمريكية متعلقة بالاعتقالات التعسفية، وحالات الاختفاء القسري، وعمليات القتل خارج نطاق القضاء، وبصفة عامة قضايا متعلقة بانتهاك الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية والحرية الشخصية⁸، وهو ما دفع بالمحكمة الى اعتماد التزام قوي بحماية وتعزيز حقوق الإنسان الأساسية في جميع أنحاء القارة وتضييق المجال أمام أي سلطة تقديرية

¹ Pablo Contreras, op. cit., p 59.

² Federico Lenzerini, The culturalization of human rights law, op. cit., p 193.

³ Federico Lenzerini, The culturalization of human rights law, op. cit., p 193.

⁴ Pablo Contreras, op. cit., p 59.

⁵ Ibid, p 67.

⁶ See: Yutaka Arai-Takahashi, Proportionality, in: The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Edited by Dinah Shelton, Oxford University Press, UK, 2013.p 8 of 18

⁷ Inter-American Court of Human Rights, Case of Kimel v. Argentina Judgment of May 2, 2008, para 83, p 21. / Inter-American Court of Human Rights Case of Chaparro Álvarez and Lapo Ñíñez v. Ecuador Judgment of November 21, 2007, para 93, p 19.

⁸ Pablo Contreras, op. cit., p 56.

محلية متاحة، لصالح السلطات المحلية¹، الذي لا تفرق العديد من أنظمتها بين الاختصاص القضائي العادي والاختصاص العسكري، والضغط على القضاة وتهديدهم².

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الهامش التقديري

شهد تطبيق المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمبدأ الهامش التقديري اتساعاً متزايداً مع تزايد القضايا المرفوعة إليها، ليعرف فقه المحكمة تطبيقاً لهذا المنهج في مئات القضايا؛ وعلى ضوء ذلك سنتطرق إلى نطاق تطبيقه في النطاق العام، وعلى المستوى أو النطاق الخاص في قضايا شهيرة مختارة، متعلقة بالخصوصية الثقافية والتنوع الثقافي والاجتماعي.

أولاً: تطبيق الهامش التقديري في النطاق العام

إذا كان اعتماد الهامش التقديري من الناحية التاريخية أول مرة قد تم في نطاق أضيق مما عليه الوضع حالياً، بحيث تم تطبيقه أول مرة من قبل اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في حالات الطوارئ والخطر العام بموجب المادة 15 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية اليونان ضد المملكة المتحدة³، إلا أن كلا من اللجنة والمحكمة الأوروبية قد وسعت لاحقاً من نطاق تطبيق المبدأ في سياق عام، "حيث أكدت مرارا وتكرارا أن السلطات الوطنية لديها هامش تقدير في تقييم ما إذا كان هناك توازن عادل بين حق الفرد ومصالح المجتمع ككل"، ووسعت من نطاق تبني المنهج ليشمل جميع الحقوق الواردة في

¹ Ibid, p 171-174.

² فعلى حد تعبير الرئيس السابق لمحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان "Antonio El derecho" الذي قال " كيف يمكننا تطبيق مبدأ الهامش التقديري في سياق نظام إقليمي لحقوق الإنسان يتعرض فيه قضاة كثير من البلدان للترهيب والضغط؟ كيف يمكن أن نطبقه في منطقة لا تميز فيها الوظيفة القضائية بين الولاية العسكرية والاختصاص العادي؟ وكيف يمكن أن نطبقه في سياق النظم القانونية الوطنية التي يتم مسألتها عديد المرات في عدم مكافحة الإفلات من العقاب؟ . . . وليس أمامنا بديل سوى تعزيز الآليات الدولية للحماية ... ولحسن الحظ، لم يتم تطوير هذا المبدأ في إطار نظام حقوق الإنسان للبلدان الأمريكية"

- Antonio El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, 2008, 390 cited in: Andreas Follesdal, Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights, International journal of constitutional law, vol 15, n 2, 2017, p 362.

³ Howard C Yourow, The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 16-17/

- أنظر أيضاً: محمد علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: القسم الثاني، مرجع سابق، ص 182.

الاتفاقية باستثناء أربعة حقوق لا يجوز تقييدها¹ وهي الحق في الحياة والحق في عدم التعذيب والخضوع لمعاملات غير إنسانية ومهينة وحظر الرق والعبودية ومبدأ المشروعية الجنائية.

وقد أصبح الهامش التقديري جزءاً أساسياً من فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي لعبت دوراً محورياً في معظم القضايا التي بنت فيها تلك المحكمة²، ويتم تطبيقها للهامش التقديري في هذه القضايا بشكل تفاضلي³، فمجال الحرية التقديرية الممنوحة للدول يختلف نطاقه من حق إلى آخر، فحين تكون حقوق الإنسان مقيدة لصالح الأمن القومي، فإن الدولة يكون لها هامش تقدير واسع⁴، مثلما تُمنح السلطات الوطنية هامشاً أكبر من المعتاد عندما تتدخل في حقوق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في سياقات معينة تتطوي بطبيعتها على قيود على الحرية، مثل الجيش أو الخدمة المدنية أو السجن⁵.

كما يتسع نطاق السلطة التقديرية للدول المتعاقدة في مجال حماية الآداب العامة وفي القضايا الأخلاقية بسبب عدم توافق آراء دول المجلس الأوروبي حول المفاهيم الأخلاقية وأهمية المصالح المرجو حمايتها لأجل تحقيق التوازن بين المصالح الاجتماعية والحقوق التي تكفلها الاتفاقية⁶، مثلما يحصل عند تنظيم حرية التعبير حين يتعلق الأمر بالمسائل التي من شأنها أن تسيء إلى المعتقدات في مجال الأخلاق والدين على وجه الخصوص، فكما هو الحال في مجال الأخلاق، لا يوجد تصور أوروبي موحد لمتطلبات "حماية حقوق الآخرين" فيما يتعلق بالتهجم على معتقداتهم الدينية، واحتمالات ما يسببه من جرم في حق الأشخاص ذوو توجه ديني معين سوف يختلف اختلافاً كبيراً من زمن لآخر ومن مكان إلى آخر، ولا سيما في عصر يتسم بمجموعة متزايدة من الطوائف، بحيث تكون السلطات الوطنية في مركز أفضل في تقدير ضرورة التقييد الذي يقصد به حماية أولئك الذين ستهان مشاعرهم وقناعاتهم الدينية⁷.

ثانياً: تطبيق الهامش التقديري لحماية الأخلاق والمشاعر الدينية

يدخل تطبيق المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للهامش التقديري لحماية الآداب العامة والأخلاق والمشاعر والمعتقدات الدينية من الإساءة لا سيما الغالبة في المجتمع، في المسائل التي تدخل ضمن

¹ Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, op. cit., p 8.

² Michael R Hutchiknson, The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights. The International and Comparative Law Quarterly, 1999, vol. 48, no 3, p 639.

³ David John Harris, Michael O'Boyle..., op. cit., p 16

⁴ Leander Ecur v. Sweden, 26 March 1987, Publications of the Court, Series A, No. 116,5 p 59.

⁵ Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, op. cit., p 378.

⁶ Harris, David John, et al. Harris, O'Boyle & Warbrick, op. cit., p 16

⁷ Wingrove v United Kingdom, (App. 17419/90), 25 November 1996, 1997 24 EHRR 1, paras 5-8-45. Cited in Eva Brems, Eva, The margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: accommodating diversity within Europe, op. cit., p 83.

الخصوصية الثقافية المنبثقة عن الدين واحترام التنوع الثقافي للمجتمعات الأوروبية، وعلى ضوء ذلك قمنا باختيار قضيتين تدخلان في صلب هذه المسألة وتجد شهرة ومكانة كبيرة في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولأجل الوقوف على الكيفية التي طبقت بها المحكمة لمبدأ التناسب.

فلنسب مفهوم الأخلاق والآداب العامة ووزنها من مجتمع لآخر؛ كانت لمسألة تقييد حرية التعبير لحماية الأخلاق دورا هاما في تطور الهامش التقديري وذلك حين نظرت المحكمة الأوروبية في إحدى أولى القضايا المتعلقة بحرية التعبير، وتحديدًا في قضية "هاندي سايد ضد المملكة المتحدة 1976" المتعلقة بنشر "الكتيب المدرسي الأحمر"، حيث رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن مصادرة سلطات المملكة المتحدة هذا الكتاب الذي يعتبر فاحشاً إذ يحتوي على معلومات عن المسائل الجنسية موجهة للمراهقين بما يجعله يشكل خطراً على الأخلاق لاسيما أخلاق القصر، لذا كان حكم المحكمة أن هذا التدخل لا ينتهك الحق في حرية التعبير المنصوص عليها في المادة 10¹، وقد رأت المحكمة أن إدانة هاندي سايد تشكل تدخلاً مشروعاً في الحق في حرية التعبير، مادام التدخل يفي بالشرط الأول وهو النص عليه في القانون، وخلصت المحكمة عند تحققها من خضوع التقييد للشرط الأخرى أن التدخل كان ضرورياً لأجل تحقيق الهدف المشروع المتمثل في حماية الآداب العامة والأخلاق في المملكة المتحدة.²

على ضوء ذلك، خلصت المحكمة في حكمها إلى "عدم إمكانية وجود مفهوم أوروبي موحد للأخلاق في القانون الداخلي لمختلف الدول المتعاقدة"، وأن سلطات الدولة هي من حيث المبدأ في وضع أفضل من القاضي الدولي لإبداء رأي بشأن المحتوى الدقيق لهذه العقوبات، وكذلك بشأن ضرورة التقييد³، وهو من بين أسباب عدم قبول حجة تداول الكتاب ونشره بحرية في معظم دول مجلس أوروبا الذي لا يرفع الشرعية عن قرار السلطات في المملكة المتحدة ولا انتهاكاً لحرية التعبير المنصوص عليها في المادة⁴.

¹ European Court of Human Rights, Case of Handyside v. the United Kingdom, Application No. 5493/72, 7 December 1976, Paras 36-37, p 13-14

² Ibid, para 45, p 16.

³ Ibid, para 48, p 16.

- فلنسب القيم والأخلاق بين المجتمعات؛ أصدرت الحكومة البريطانية سنة 1996 ورقة تطلب من خلالها تطبيقاً أوسع وأكثر اتساقاً للهامش التقديري، والاختذ في عين الاعتبار حقيقة أن المؤسسات الديمقراطية والمحاكم في الدول الأعضاء هي أفضل موقع لتحديد القضايا الأخلاقية والاجتماعية وفقاً للتصورات الإقليمية والوطنية وزيادة على إيلاء الاعتبار الكامل لقرارات الهيئات التشريعية الديمقراطية ولتقاليد القانون الوطنية المختلفة وضرورة احترام القوانين والممارسات القديمة العهد، إلا إذا كانت هذه القوانين والممارسات تتعارض بشكل واضح مع الاتفاقية.

- International Human Rights Reports, 1997, 261, cited in: Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, op. cit., p 422.

⁴ Case of Handyside v. the United Kingdom, op. cit., Para 57, p 23.

ويظهر من خلال عرض وقائع هذه القضية وحكم المحكمة الأوروبية بشأنها، لكيفية تطبيقها لمبدأ التناسب؛ فوفقاً للمادة 10-2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يمكن تبرير أي تدخل ينتهك الحق في حرية التعبير إلا إذا كان يسعى إلى تحقيق هدف مشروع، ومن خلال حكم المحكمة فإن هذا التقييد يسعى بصورة مشروعة إلى حماية الآداب العامة والأخلاق في المملكة المتحدة التي اعتبرتها أكبر وزناً وأهمية من إطلاق حرية التعبير.

أما القضية الثانية، فهي قضية معهد "أوتو بريمنجر ضد النمسا (Otto-Preminger-Institut vs Austria)"¹، التي تتلخص وقائعها في أن المعهد كان يدير دار سينما أعلنت عن عرض لفيلم بعنوان " مجلس في السماء " الذي يتضمن تصويراً للذات الإلهية وعيسى عليه السلام ومريم العذراء، علاوة على إساءات أخرى، ولقد أسس المعهد صاحب الشكوى طلبه على أساس انتهاك حرية التعبير المنصوص عليها في المادة 10 من الاتفاقية، بسبب قيام محكمة محلية بمنع عرض الفيلم ومصادرته بعد عرضه في جلسة خاصة بحضور قاض من المحكمة بناء على دعوى رفعت ضد المعهد من الكنيسة الكاثوليكية الرومانية بأنسبروك النمسا بتهمة ازدراء الأديان أو حسب تعبيرها " الحط من شأن المذاهب الدينية"²، وهو عمل محضور طبقاً للمادة 188 من قانون العقوبات النمساوي.

ولقد فصلت المحكمة بعد دراستها للقضية في الحقوق المتضاربة لممارسة حريتين أساسيتين مكفولتين بموجب الاتفاقية، أي الحق في التعبير واحترام المشاعر الدينية بموجب المادة 9، بحيث اعتبرت في قرارها بعد التأكد من أن التدخلات المنصوص عليها في القانون، وأن مصادرة الفيلم ومنعه من العرض كان يهدف إلى "حماية حقوق الآخرين"، لا سيما الحق في احترام مشاعرهم الدينية ولاعتمادها هذا العمل انتهاكاً خبيثاً لروح التسامح وهو الهدف المشروع من التقييد³، ثم تحولت المحكمة إلى مسألة ما إذا كانت التدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي وقضت بالأغلبية بأن هنالك "حاجة اجتماعية ملحة للحفاظ على السلام الديني وحماية النظام العام لدور الدين في الحياة اليومية لسكان منطقة تيرول التي كان سيعرض بها الفلم، الذي كان يهاجم الكاثوليكية الرومانية التي تشكل نسبة 87% من سكان المنطقة، و78% من سكان النمسا"⁴.

¹ European Court of Human Rights, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Application No 13470/87, 20 September 1994.

- أنظر أيضاً: مونیکا ماكوفي، دليل إرشادي حول تطبيق المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، في: الأدين وحرية التعبير - إشكالية الحرية في مجتمعات مختلفة، تحرير رجب سعد طه، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، دون تاريخ نشر، ص 465-466.

² Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, paras 9-10-11, p 3-4.

³ Ibid, Paras 44-45, p 12-13.

⁴ Ibid, Para 52, p 15.

ويجادل بعض في أن الفلم لم يخاطب سوى مجموعة صغيرة من الناس المهتمين بالأفلام الإبداعية والتجريبية، ولم يخاطب عامة الناس، وبذلك ضاقت مجموعة الأشخاص الذين يمكن أن يُهانوا في مشاعرهم الدينية؛ فقط لأجل إثبات عدم وجود تناسب بين التدخل والهدف المشروع، وإثبات تجاوز شروط وحدود الهامش التقديري¹، وهي حجة تحمل فناءها في طياتها، فالمشاعر الدينية والإساءة إلى المعتقدات ستنتهك بمجرد السماح لهذا الفلم للعرض في مجتمع يُنكر هذه الممارسات القبيحة التي لا تحمل سوى سمات التحريض والدجل ولا علاقة لها بالإبداع من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن هنالك ما يكفي من المعرفة العامة بموضوع الفيلم والمحتويات الأساسية للفيلم لإعطاء إشارة واضحة إلى طبيعته²؛ كما أن هذه الفكرة ستهدم فكرة أهداف بعض القوانين كالقانون الجنائي من أساسه إذا ما تم تبنيها لأننا سنعاقب على الأفعال حسب اتساع الأشخاص المتضررين أو حدوث الضرر فعلا، (كأن نفترض بيع المخدرات لفئة قليلة من الناس وبالتالي تخفيف العقوبة) لا سيما أن الفلم مخالف لمادة جنائية في القانون النمساوي.

كما أن الإساءة ستلحق بفئة لا تقل عن 78% من السكان وهي غالبية ساحقة، ما يجعل الإساءة واقعة على مجتمع كامل، فضلا عن هدف ضمان السلام الديني في تلك المنطقة، لذا فالتدخل تفرضه الحاجة الملحة التي تفرضها الأوضاع السائدة محليا، والتي تفوق وزنا اطلاق حرية التعبير، زيادة على منع الهجوم على المعتقدات الدينية للمجتمع بصورة عدوانية، و حماية شعورهم من أن معتقداتهم الدينية تعرضت للهجوم بطريقة غير مبررة ومهينة، لذلك، فإن السلطات الوطنية في وضع أفضل من القاضي الدولي لتقدير الحاجة الملحة لمثل هذا التدبير في ضوء الأوضاع السائدة محليا³.

ويظهر بناءً على ذلك أن هذه "الحدود" أو عدم مطلقة الحريات في الاتفاقية هي الفكرة الرئيسية وراء المفهوم الموضوعي للهامش التقديري، وترتبط هذه الفكرة أحيانا بالرأي المألوف جداً داخل الديمقراطيات الحديثة بأنه يجب أن يكون هناك توازن عادل بين الحقوق الفردية والأهداف الجماعية⁴.

¹ Matthias Klatt And Moritz Meister, The constitutional structure of proportionality, Oxford University Press on Demand, UK, 2012. p 159.

² Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, op. cit., para 53, p 15-16

³ Ibid, para 56, p 16-17

⁴ George Letas, op. cit., p 711.

المطلب الثالث

مبدأ التناسب والهامش التقديري للفصل في التعارض بين الحق في الخصوصية الثقافية

وحق المرأة في المساواة في قانون الأسرة

نظرا لعدم إمكانية تطبيق مبدأ عالمية حقوق الإنسان لتسببه في إنكار التنوع الثقافي للمجتمعات ومنظومتها القيمية والأخلاقية لا سيما حين يتعلق الأمر بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، وما نتج عنه من تعارض بين الاعتراف بهذا الحق والحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية؛ برزت مقترحات على الصعيد الدولي لأجل تبني تقنيات قانونية للفصل في هذا التعارض والتأكيد على أن العالمية لا تتطلب التوحيد بل يجب ترك مجالاً للتنوع الاجتماعي والثقافي، وهي المقترحات التي سنتحدث عنها في الفرع الأول قبل أن نقوم بتطبيق المنهج على حالة التعارض بين حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة والحق في الخصوصية الثقافية، وتحديدًا على مسائل الزواج والطلاق الأكثر تعارضًا والتي تم دراستها في الفصلين الأول والثاني من هذا الباب.

الفرع الأول

الدعوة إلى تطبيق الهامش التقديري

دعت دراسات متخصصة على المستوى الدولي إلى تبني الهامش التقديري لأجل استيعاب التنوع الثقافي الحاصل على المستوى الدولي، والتركيز على حل إشكالية التعارض بين المساواة بين الجنسين والحقوق التي تدخل في نطاق الخصوصية الثقافية الدينية.

ظهرت مثل هذه الاقتراحات في كتابات البروفيسور "إيفا بريمز - Eva Brems" لأجل حقوق إنسان أكثر شمولية ولأجل إنهاء التعارض بين الاعتراف بالتمايز وتوحيد حقوق الإنسان الذي يرجع سببه بالأساس إلى مسألة العالمية¹، إذ تعترف بحقيقة أن الظروف التاريخية لتطور حقوق الإنسان الدولية جعلتها موجهة بقوة نحو احتياجات الغرب وشواغله وقيمه، وأيضًا بسبب توزيع القوة في العلاقات الدولية، ما نتج عنه إهمالًا واضحًا لاحتياجات وشواغل وقيم البلدان غير الغربية التي تختلف عن احتياجات الغرب، زيادة على أن هذه الدول ممثلة تمثيلاً ناقصًا في حقوق الإنسان، وهو ما يقوض المطالبة بحقوق الإنسان العالمية²، وترى على ضوء ذلك، أن الانتقادات غير الغربية الموجهة لحقوق الإنسان لا ينبغي أن ينظر إليها على

¹ Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, op. cit, p 15.

² Ibid, p 509.

أنها تهدد عالمية حقوق الإنسان المكتسبة ، بل يجب النظر إليها على أنها تطالب بتحسين عالمية حقوق الإنسان التي لا تبعث على الرضا في الوقت الحاضر¹.

ولأجل المرونة في تطبيق حقوق الانسان وتعزيز الاحترام الثقافي اقترحت "إيفا بريمز" زيادة الاهتمام بحقوق الإنسان الجماعية على مستوى القانون الدولي، فعلى الرغم من ارتباط حقوق الإنسان بالفردية إلا أنها لاحظت بأن لمعظم حقوق الإنسان بشكل أو بآخر جانب جماعي، فتستمد بعض الحقوق مثل حرية الدين والحق في المشاركة في الحياة الثقافية، معناها من عضوية صاحب الحق الفردي في مجتمع أو فئة معينة².

وفي علاج التعارض الحاصل في مجال المساواة بين الرجل والمرأة في الأسرة المستمدة من الاحكام الدينية التي تقابل باحترام أكبر بكثير من غيرها من الناحية القانونية، بالنظر إلى المسألة على أنها تضارب بين الحقوق، أي "حقوق للمرأة في القانون الدولي" و"الحقوق الثقافية أو الدينية"³.

غير أنها خلصت الى أنه بسبب تفضيل حق المرأة في المساواة عن الحقوق الثقافية لعدم تمتعها بوضع متساوٍ مع حقوق المرأة؛ الى استبعاد حل التعارض من خلال إطار يقوم على تنازع الحقوق⁴، لذا ترى أن التعارض ينبغي أن يحل ويفصل فيه عن طريق النظر إلى المصلحة الجماعية على أنها حق، وسبب مقبول لتقييد حق المرأة في المساواة في قوانين الأسرة⁵، طالما أن إمكانية إخضاع الحقوق لقيود هي سمة مقبولة من سمات النظام الدولي لحقوق الإنسان، إذا تم استيفاء شرط النص على القيد في القانون واختبار التناسب⁶، عن طريق اعتبار الخصوصية الثقافية كمصلحة عقلانية تبرر حدود حقوق المرأة إذا تم استيفاء شروط التقييد للسماح بسلطة تقديرية للدول لتقييد تلك الحقوق، مع استبعاد التقاليد الثقافية العرفية غير المنصوص عليها في القانون الوطني⁷.

وعلى ذلك، ترى أن معايير حقوق الانسان الموحدة والتنوع الثقافي يمكن التوفيق بينهما في القانون الدولي لحقوق الإنسان -حتى في الإطار الذي يتطلب التنفيذ القضائي- عن طريق تبني منهج المحكمة

¹ Ibid, p 511.

² Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, op. cit, p 476.

³ Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, op. cit, p 160.

⁴ Ibid, p 161.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid, p 161-162.

⁷ Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, op. cit, p 160.

الأوروبية لحقوق الانسان في إعمال الهامش التقديري للسماح للسلطات الوطنية بفسحة معينة لتحقيق التوازن بين الحقوق والأسباب الداعية الى التقييد ، ففي المجتمع العالمي المتعدد الثقافات، كثيراً ما تصاغ الاعتراضات القائمة على أساس الثقافة ضد حقوق الإنسان الدولية على أنها نزاعات بين حرية الدين أو الحق في ممارسة الثقافة (سواء كحق فردي أو حق جماعي)، وأي حق آخر من حقوق الإنسان¹ .

فحسب قولها "أن الضعف النسبي في إنفاذ حقوق الإنسان على الصعيد العالمي يدفع للاعتراف بهامش تقدير للسلطات الوطنية، التي لها دور أكثر أهمية في حماية حقوق الإنسان، ومن المنظور الاستراتيجي أيضاً، فإن تمتع هيئات صنع القرار على المستوى العالمي عموماً باعتراف ودعم أقل مما اكتسبته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في نهاية المطاف قد يستلزم موقفاً متقبلاً للشواغل الوطنية الخاصة، ويمكن استخدام مبدأ الهامش التقديري لاستيعاب مجموعة واسعة من المطالبات الخاصة المتعلقة بالقيم الثقافية... كوسيلة لإدخال المرونة في المعايير العالمية لحقوق الإنسان استجابة لخطاب حقوق الإنسان غير الغربي²، طالما أن التعارض بين الفرد والمجتمع هي أحد المواضيع الرئيسية في النقد الثقافي غير الغربي لحقوق الإنسان الدولية، ولأجل تحقيق مطالبات تحقيق المرونة في تطبيق حقوق الانسان، هنالك مجال للتتوّع عن طريق تهمين البعد المجتمعي في عملية الموازنة بين الحقوق الفردية والمصالح الجماعية التي تمثلها كمسوغات لتقييد تلك الحقوق³ .

وبما أن تلك المسائل تتعلق عموماً بقيم مجتمعية حساسة، فقد يكون من المناسب وجود هامش تقديري واسع⁴، واعتماد هذ التقنية القانونية سيحقق الموازنة بين الحقوق الفردية والمصالح الجماعية ليس فقط كأسباب مشروعة لتقييد تلك الحقوق، بل وأيضاً لحل التنازع بين الحقوق أو بوصفها ظروفاً مخففة للحقوق⁵ .

فلقد تبين من خلال ممارسة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تستخدم مبدأ الهامش التقديري للسماح للسلطات الوطنية بفسحة معينة لتحقيق التوازن بين الحقوق والأسباب الداعية الى التقييد، أن المعايير الموحدة والتنوع يمكن التوفيق بينهما في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ومن المثير للاهتمام بشكل خاص

¹ Eva Brems. Human rights: Universality and diversity, op. cit, p 498.

² Ibid, p 363.

³ Ibid, p 364-365.

⁴ Ibid, p 387.

⁵ Ibid, 364-365.

أن نكتشف أن نفس الأسلوب يمكن أن يستخدم أيضاً للسماح بالاختلافات السياقية في حل تنازع الحقوق في المجتمع العالمي المتعدد الثقافات¹.

وفي نفس سياق مقترحات اعتماد الهامش التقديري، ذهب البروفيسور "مسعود بدرين" بعد دراسته للمسائل المتوافقة والمتعارضة مع الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان من بينها القضايا المتعلقة بالمساواة في الأسرة²؛ إلى عدم وجود فهم قانوني عالمي متجانس لمضمون حقوق الإنسان، لا بين الدول الغربية ولا غير الغربية، لذلك يشدد على أن مخططات حقوق الإنسان الدولية يجب أن تتظر في القيم الثقافية للمجتمعات الإسلامية³، وعلى ذلك يقترح اعتماد مبدأ الهامش التقديري، المعروف في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الذي يمكن أن يوفر للنظام الدولي لحقوق الإنسان "المرونة اللازمة لتجنب المواجهة بين القانون الإسلامي والقانون الدولي لحقوق الإنسان"⁴، وهو ما سيسمح للدول الإسلامية بالمحافظة على قيمها وأخلاقها.

وخلص بعد تطرقه للمساواة في مسائل انعقاد الزواج والتعدد والطلاق والميراث بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتي تثار حولها الشبهات فيما يتعلق بحقوق المرأة-لأن الإسلام لا يدعو إلى المساواة المطلقة في الأدوار بينهما في العلاقة الأسرية⁵ وتحديد نطاق التوافق والتعارض؛ إلى أن الاختلافات ليست غير قابلة للتوفيق تماماً إذ يمكن التوفيق بينها عن طريق إظهار حُسن النية، وتقدير الكرامة الإنسانية⁶، وتجاوز عدد من الحواجز التي تشمل المنظورات الغربية التي تعتبر الشريعة الإسلامية "نظاماً قانونياً ينتهك حقوق الإنسان"⁷.

كما لاحظ أنه "مهما تعددت الدول الإسلامية في مجال تطبيقها للشريعة الإسلامية، ستظل هنالك بعض من مجالات الاختلافات الثقافية إزاء الممارسة الدولية الراهنة لحقوق الإنسان، تلك المجالات الخلفية التي يمكن تبريرها بشكل معقول على أسس النظام العام والأخلاق هي تلك التي تقترح أطروحة اعتماد

¹ Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, op. cit, p 498.

² وذلك في كتابه «International Human Rights and Islamic Law» الذي يعد في الأصل جزءاً غالباً من أطروحته للدكتوراه من جامعة نوتنغهام بعنوان: «Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law»

³ Mashood Baderin, International Human Rights and Islamic Law, Oxford University Press, UK, 2003, p 28-29

⁴ Ibid, p 235.

⁵ See also: chapter 3 of Mashood Baderin, International Human Rights and Islamic Law, op. cit., and p 60/ Mashood Baderin, Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law, Doctoral dissertation, University of Nottingham, P 172-192.

⁶ Ibid, p 336.

⁷ Ibid, p 14.

الهامش التقديري من قبل هيئات معاهدات الأمم المتحدة في محاكاة النظام الأوروبي لحقوق الإنسان، الأمر الذي سيتيح إجراء تقييم دولي للمبررات المقدمة للفروق الثقافية والتحكم فيها، وهو ما سيعزز عالمية شاملة تشرى الممارسة الدولية لحقوق الإنسان عالمياً¹.

ويرى بخصوص كيفية تطبيق الهامش التقديري؛ أن على هيئات معاهدات حقوق الإنسان الدولية التابعة للأمم المتحدة أن تضع في الاعتبار القيم الإسلامية في تفسيرها للمعايير الدولية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالشرعية الإسلامية، وهذا ممكن من خلال اعتماد مبدأ الهامش التقديري في القضايا الأخلاقية المتعلقة خاصة بالمعايير الأخلاقية والأسرية الإسلامية، ونظراً للأهمية الواضحة للشرعية الإسلامية في السعي إلى تحقيق العالمية في مجال حقوق الإنسان الدولية في العالم الإسلامي؛ فإن هناك حاجة إيجابية إلى إشراك خبراء مؤهلين تأهيلاً عالياً في القانون الدولي الإسلامي في عضوية الهيئات الدولية المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان لتعكس تمثيل مختلف الأشكال الحضارية والنظم القانونية الرئيسية في العالم².

وعلى ضوء ذلك؛ ستمارس الهيئات المنشأة بموجب المعاهدات الهامش التقديري بشكل متناسب وتشرف عليه لمنع إساءة استعماله، فالدولة الطرف التي تتمسك بهذا المنهج ستكون متقلة بمسؤولية وضع مبرر قانوني لممارسة هامش سلطتها التقديرية في أي انتهاك مزعوم للحق، وهكذا فإن نطاق المبدأ يحدده ظروف كل قضية كما تبين في ممارسة المحكمة الأوروبية³.

الفرع الثاني

تطبيق مبدأ التناسب والهامش التقديري للفصل في التعارض بين حق المرأة في المساواة في قانون

الأسرة والحق في الخصوصية الثقافية

مر بنا أن الهامش التقديري الممنوح للدول في تقييد حقوق الإنسان يقتضي شروطاً لإثبات شرعية تلك القيود؛ أولها النص على القيد في القانون، كما يتطلب توفر شرط التناسب وهو اختبار لتحديد ما إذا كان هنالك ما يبرر التدخل في حق المرأة في المساواة في أمور الزواج والطلاق؛ فإذا تبين أن التدخل متناسب أو ضروري فإن تقييد الحق يجد شرعيته في الحاجة الاجتماعية الملحة التي تدعو إلى إجراء توازن بين الحق في المساواة وحق المجتمع في الخصوصية الثقافية الإسلامية.

¹ Mashood Baderin, Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law, Doctoral dissertation, op., cit, p 337.

² Ibid., p 339.

³ Ibid, p 351.

وعلى الرغم من النص على شروط التناسب في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لتقييد حقوق الإنسان إلا أن اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة تركز الصدام الثقافي بشكل صريح، فتتطلب أحكامها تعديل "أنماط السلوك الثقافية" التي تحول دون تطبيق المساواة الكاملة في قانون الأسرة الجزائري، بالرغم من تحفظ الجزائر على الأحكام التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية المكرسة في قانون الأسرة، إلا أن لجنة الاتفاقية تعتبر أن هذه التحفظات غير شرعية وأن قانون الأسرة يحمل أحكاماً ضارة بالمرأة وينتهك حقها في المساواة مثلما رأينا ذلك في أكثر من مناسبة.

وبما أن تقييد حق المساواة مسموح به، سنطبق اختبار الموازنة بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع لأجل أعمال الهامش التقديري وفقاً لما تسمح به نصوص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتوصية 18 للجنة حقوق الإنسان بشأن عدم التمييز، ومنهجاً مقترحاً للموازنة بين حق المرأة في المساواة في اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة والحاجات والضرورات الاجتماعية الملحة التي تدخل ضمن الخصوصية الثقافية الإسلامية.

لذا فإن اختبار شرعية وضرورة تلك القيود سيكون لأجل إثبات شرعيتها وفقاً لما تسمح به القواعد العامة في تقييد الحقوق في المواثيق الدولية الذي تفرضه أسس النظام العام والخصوصية الثقافية الإسلامية، التي تندرج تحتها كل من أحكام: منع زواج المسلمة بغير المسلم، نظام تعدد الزوجات، عدم المساواة في الميراث، وعدم المساواة في الطلاق، وإثبات العلاقة المتناسبة بين التدخل والأهداف المشروعة عن طريق اختبار التناسب بمكوناته الثلاث، أي اختبار ما إذا كانت القيود المفروضة على حق المرأة في المساواة في هذه المسائل ضرورية لحماية الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، وهو ما يتطلب موازنة بين الأهداف المنشودة والمصالح التي يخدمها التقييد (الغاية منها) وحق المرأة في المساواة، للتحقق من "الحاجة الاجتماعية الملحة" لهذا التدخل أو فرض القيود ورجحانها على الحاجة إلى ممارسة وإطلاق العنان لحق المرأة في المساواة في تلك المسائل، لا سيما من حيث تحقيق موازنة- أو مفاضلة- بين المصالح المتضاربة، أي المصالح الفردية والقيم والمصالح العامة للمجتمع، كشرط لتمتع السلطات الوطنية بالهامش التقديري،

وهو التطبيق الذي يفترض أن تقوم بها السلطات الوطنية التي هي في وضع أفضل لتقييم الاحتياجات والقيم المحلية للفصل في هذه المصالح المتضاربة والمتنافسة، والذي سنتولى القيام به بعد ما قمنا باستعراض لهذه التقنيات القانونية وشروط تطبيقها، كمناهج بديلة مقترحة.

أولاً: شرط النص على القيد أو التدخل في القانون

مر بنا أن الشرط الأول من اختبار التناسب يقتضي النص على القيد في القانون أو بموجب القانون حيث يعتبر شرطاً أولياً لشرعية وسلامة القيود المفروض.

وبالنسبة لمنع زواج المسلمة بغير المسلم، فقد أدرج المشرع الجزائري هذا الحكم ضمن الموانع المؤقتة للزواج من خلال المادة 30 من قانون الأسرة، ونص على أنه يحرم من النساء مؤقتاً: المحصنة (المعتدة من طلاق أو وفاة)، والمطلقة ثلاثاً، كما يحرم مؤقتاً: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، و"زواج المسلمة من غير المسلم".

وبخصوص المعاملة المختلفة بين الرجل والمرأة في تشريع تعدد الزوجات، نجد أن تعدد الزوجات يجد تأسيسه في نصوص قانونية محددة وصريحة، وتحديداً المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

أما التفاضل النسبي بين الذكر والأنثى في أحكام الميراث في حالة تساوي مركز قرابتهما من المورث فقد خص قانون الأسرة أحكام الميراث بكتاب خاص، وهو الكتاب الثالث بداية من المادة 126 إلى غاية المادة 183 من قانون الأسرة، أما أنصبة الورثة فمنصوص عليها في الفصل الثاني من نفس الكتاب وتحديداً في المواد 139 إلى غاية المادة 172.

وأخيراً، وبخصوص تطبيق المساواة بين الرجل والمرأة في اللجوء إلى حق الطلاق دون تفريق في المعاملة سواء على المستوى الموضوعي والاجرائي في التشريعات الداخلية؛ فيجد قيوداً محدوداً عليه من خلال منح الرجل حق المبادرة بالطلاق بإرادته المنفردة في نص المادة 48 من قانون الأسرة دون أن ينص القانون على حكم مماثل للمرأة كي تبادر بجل الزواج بإرادتها المنفردة، حيث نصت المادة 48 على أنه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

ثانياً: اختبار مشروعية الهدف من التقييد

يتعلق هذا العنصر من شروط التناسب بالهدف المنشود أو الغاية من التدخل أو التقييد الذي ينبغي أن يكون مشروعاً، والذي يتمثل هنا في مشروعية الهدف الاجتماعي المنشود الذي تسعى السلطات لتحقيقه.

وتقييد حق المرأة في المساواة المطلقة في قانون الأسرة - في المسائل محل الدراسة- يرجع أساسا إلى تلبية الحاجات الاجتماعية الملحة في المحافظة على أحكام الشريعة الإسلامية وعدم الطعن فيها، والتي تندرج ضمن حاجة الحفاظ على النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحياتهم التي تنص عليها مختلف المواثيق الدولية، كشرط لازم لتقييد الحقوق مثلما هو منصوص عليه في المادتين 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹، الملزم للجزائر.

فهذا التقييد أو التدخل للحد من مساواة المرأة بالرجل في أحكام الزواج والطلاق والميراث المذكورة سابقا، يُبتغى من ورائه الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها لما فيه من هدم لأهم مكون للنظام القيمي للمجتمع الجزائري، لذا فإن تلك الأحكام تدخل ضمن أهم مكون للخصوصية الثقافية لمجتمع بأسره، وحماية مشاعره مادام الغاء تلك الأحكام يعد تهجما وطعنا في عقيدة العنصر الغالب المكون للمجتمع الجزائري، بحيث تجد شرعيتها في المصدرين الرسميين للتشريع الإسلامي وهما القرآن والسنة وعدم إمكانية مخالفتها لاصطدام المساواة المطلقة مع نصوص قرآنية صريحة وأحاديث صحيحة.

لذا فتلك القيود فرضت لأجل حماية حقوق الآخرين في الخصوصية الثقافية من جهة، وفي حماية النظام العام السائد ومن جهة أخرى فإن ذلك يدخل في عدم الإخلال بالشعائر الدينية والعقائد بحماية النظام العام الذي تعد حمايته حقا محميا في مختلف المواثيق الدولية. وذلك يمكن أن يفسر لصالح تطبيق الشريعة الإسلامية فالممارسات التي تؤدي بالإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وتشويه صورة الإسلام فإنها تكون مخالفة للنظام العام²، المبني على القيم الإسلامية، وبذلك تكون هذه الأهداف والمصالح المرجوة سبب مقبول لتقييد هذا الحق بالنسبة للمرأة، مما يعني أن هذا القيد فرض ضمن الأهداف المشروعة.

¹ تنص الفقرة 2 من المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 على أنه " لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفا منها، حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحيات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي".

وتنص الفقرة 3 من المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه " لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد".

² أنظر بخصوص علاقة النظام العام بالشريعة الإسلامية: محمد سليمان هلال، حقوق الإنسان ضماناتها ومبررات القيود الواردة عليها في دستور المملكة الأردنية الهاشمية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير. جامعة النيلين، الخرطوم، 1998، ص 209.

ثالثاً: اختبار ضرورة القيود على حق المرأة في المساواة بالرجل في قانون الأسرة

يتجسد في هذا الشرط -مثلاً ذكرناه حين حديثنا عن عناصر اختبار التناسب- اختبار أو عنصر الموازنة الذي يشترط فيه قيام حالة الضرورة الملحة لفرض قيد على مساواة المرأة بالرجل، فالتدخل ينبغي أن يكون متناسباً مع الهدف المشروع، هذا الاختبار هو العنصر الأخير الذي يجسد "ترك الهامش التقديري" للسلطات الوطنية لأجل التدخل في فرض القيد الذي تفرضه الحاجة الاجتماعية الملحة مما يدعوها إلى اللجوء إلى موازنة بين حق المرأة في المساواة المطلقة وحقوق الآخرين والمجتمع في الخصوصية الثقافية الإسلامية التي تفوق وزناً إطلاق حرية المرأة في المساواة في جل أحكام الزواج والطلاق والميراث. وإذا كان الإعلان العالمي والعهد الدولي قد نص على إمكانية تبني الهامش التقديري؛ فالمادة 3/12 من العهد نصت على أن القيود يجب أن تكون "ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد"، إلا أن لجنة حقوق الإنسان لم تتبناه بشكل رسمي سوى في حالات محدودة،¹ ومثال ذلك حين اعترفت بأن الآداب العامة تختلف اختلافاً كبيراً من مجتمع إلى آخر ولا يوجد معيار مشترك قابل التطبيق بصفة عالمية، وعلى ذلك فإن هامشاً من السلطة التقديرية يجب أن يمنح للسلطات الوطنية²، وفي الحق في المساواة وعدم التمييز ذكرت اللجنة أنه "لا يشكل كل تمييز وتفرقة في المعاملة تمييزاً، إذا كانت معايير هذا التفرقة معقولة وموضوعية وإذا كان الهدف هو تحقيق غرض مشروع بموجب العهد"³، بما فيها حق المرأة في المساواة بالرجل في التمتع بالحقوق المبينة في العهد⁴.

1- الموازنة بين حرية المرأة في الزواج ومنع زواج المسلمة بغير المسلم

تقتضي عملية الموازنة استعراض الحقيين أو المصلحتين المتنافستين؛ لاختبار ضرورة هذا المنع أو القيد، أي حرية المرأة في الزواج بغير المسلم التي تدخل في نطاق حق المساواة بالرجل في قانون الأسرة

¹ See: mashood baderin, International Human Rights and Islamic Law, op. cit., p 231.

² The Human Rights Committee, Hertzberg and al. v. Finland Communication No. 61/1979, April 1982, UN Doc CCPR/C/15/D/61/1979, para 10.3.

³ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, Adopted at the Thirty-seventh Session of the Human Rights Committee, n 1.

- لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18: عدم التمييز، اعتمد في الدورة 37 للجنة حقوق الإنسان، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان المجلد الأول تجميع للتعليقات العامة والتوصيات العامة التي اعتمدها هيئات معاهدات حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة، HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)، 27/05/2008، البند 1، ص 198.

⁴ General Comment No. 18, n° 13.

- لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18، المرجع السابق، البند 13، ص 203.

وفقا للقانون الدولي، والقيود المفروض على هذا الحق المتمثل بمنع إبرام مثل هذا الزواج والحكم ببطلانه على أساس عدم مخالفة الشريعة الإسلامية، أي الحق في الخصوصية الثقافية، ووزن ضرورة وأهمية كل منهما في المجتمع والمصالح التي يحققها كل من الحقين للمجتمع والأسرة والفرد، عن طريق التناسب بين المنع والحاجة الملحة إليه، وتحقق الضرورة الذي يقتضي ألا تكون هناك سياسة أخرى لأجل بلوغ الهدف المشروع، وبعبارة أخرى يجب ألا يكون هناك بديل أقل تقييداً، وأن يكون التقييد متناسب مع تحقيق الهدف المنشود¹.

أ- التناسب بين الحاجة الملحة للمنع/أو القيد وزواج المسلمة بغير المسلم (الحق المقيد)

يجد تبرير منع المرأة من الزواج بغير المسلم في قانون الأسرة في رجحان الحاجة الملحة لهذا المنع لدخوله في نطاق الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية الذي يبدو راجحاً على حق المرأة في المساواة في اختيار الشريك وحريتها المطلقة في الزواج، في النقاط التالية:

- حرية المرأة المسلمة في الزواج بغير المسلم متعلق بمصلحة فردية والحق في الخصوصية الثقافية متعلق بمصلحة مزدوجة

من المعلوم أن الإسلام يغلب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية، ومنها تغليب مصلحة المجتمع الإسلامي في تحريم زواج المسلمة بغير المسلم لما فيه من أضرار تقع على الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية للمجتمع، والتي يفترض فيها أن تبنى على أسس إسلامية، وهو ما لا يتحقق بهذا النوع من الزواج نظراً لأهمية وظيفة المرأة في المجتمع من حيث تربية الأبناء وإعداد الأجيال وهو ما لا يتحقق حتماً على الوجه المطلوب مع رجل غير مسلم، كما أن هذا المنع فيه حماية للمرأة المسلمة نفسها، خشية من ضياع دينها وأداء شعائرها، وطاعة زوجها غير المسلم في أمور تعد من المحرمات في الإسلام.

كما أن هذا المنع يحقق مصلحة الأطفال كعنصر هام في نظام الأسرة وعقيدتهم ونسبهم، وحماية مشاعرهم من نظرة المجتمع لأبناء المسلمة من غير المسلم على أنهم أولاد زنا لبطلان مثل هذا الزواج، زيادة على مقصد الحفاظ على أخلاقهم من أن تتأثر بالنظام الأخلاقي المغاير لوالدهم وعاداته المخالفة لمقومات المجتمع الإسلامي، ولا شك أن التخلي عن قيد وحظر زواج المرأة بغير المسلم في قانون الأسرة

¹ أنظر الصفحة 281.

(الذي يجد تأسيسه في صلب التشريع الإسلامي) الذي يشكل واحدا من أهم مقومات الثقافة في المجتمع، والمطالبة بإلغائه ما هو الا تعدي على حقها في الخصوصية الثقافية الدينية.

وعليه يمكن النظر الى التضارب بين الحقين على أنه تضارب بين مصلحة فردية وأخرى جماعية ملحة تبدو هي الأولى بالترجيح، حيث أن اطلاق هذا الحق سينعكس بالضرورة على النظام العام والأخلاق والآداب العامة، على اعتبار أن هذا الزواج باطل وبمثابة الزنا التي تجد رفضا في المنظومة الأخلاقية للمجتمع الجزائري، والمساس بحكم ثابت في الشريعة الإسلامية يحظى باحترام المجتمع ككل، خلافا لحرية المرأة في هذا الزواج الذي يتعلق بمصلحة فردية تبدو مرجوحة أمام كل تلك المصالح الجماعية للمجتمع في الحفاظ على القيم الأساسية للأسرة وللحفاظ على هويته الإسلامية.

- منع زواج المسلمة بغير المسلم محدود التأثير على حق المساواة ولا يمس بجوهر الحق

لا يجد زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم رغبة عند نساء مجتمعنا إلا في حالات محدودة لمعرفتهم ببطلانه شرعا، لذا فهو لا يؤثر على حرية المرأة في الزواج والمساواة في اختيار الشريك الا في نطاق ضيق، علاوة على أن هذا المنع لا يقع على حق المرأة في الزواج واختيار الشريك والمساواة في الرضا بالزواج بصفة كاملة.

- عدم المساس بالكرامة الإنسانية للمرأة

تعد الكرامة الإنسانية وحماتها الأساس الأول الذي بنيت عليه أحكام القانون الدولي لحقوق الانسان، والمساس بها يعني أن حق المرأة قد انتهك بصفة تلقائية، وعليه، فإذا ما رأينا الى هذا المنع أو القيد على مثل هذا الزواج، نجد أنه لا يمس بكرامة المرأة كإنسان بل هو صون لها من أن تجتمع برجل يستبيح ما تمليه عليه أخلاقها وقيمها المستمدة من خصوصيتها الثقافية الدينية، فقد يستبيح حتى أنماط المعاشرة الجنسية المهينة لها لعدم استنكاره لها وعدم حرمة ذلك عنده.

وفي المقابل، فإن حماية قيم أفراد المجتمع وهويته الثقافية هو حماية لهويته الجماعية وحماية للأنماط التي تشكل خلفيته الثقافية المميزة وبالتالي صونا لكرامة أفراد المجتمع¹، ومشاعرهم الدينية من استباحة ما يخالف مبادئهم الدينية.

¹ Federico Lenzerini, The culturalization of human rights law, op. cit., p 119.

علاوة على أن إقرار زواج المسلمة بغير المسلم يؤدي إلى التضارب مع مصلحة الأسرة وحمايتها من التفكك، على اعتبار أن جل الأسر الجزائرية لا ترضى بأن تتزوج امرأة من عائلتها برجل غير مسلم، وهو ما يؤدي حتما إلى التخلي عنها، ووقوعها في عقوق والديها.

ب- التوازن بين التدخل/أو القيد والهدف المنشود

يقتضي لتمام اختبار التناسب أن يكون التدخل متناسب مع تحقيق الهدف المنشود، فلتحقيق كل تلك المصالح التي ذكرت أعلاه؛ اقتضت السياسة التشريعية أن المنع والقضاء ببطلان هذا الزواج هو أقل الوسائل تقييداً لأجل بلوغ الهدف المشروع والانصياع الى الحاجة الاجتماعية الملحة لاحترام تلك الأحكام التي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية ومنه الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، إذ لا يوجد أي وسيلة أخرى بديلة لتحقيق الأهداف من وراء هذا التدخل والمنع.

فإذا ما رجعنا الى الشريعة الإسلامية فإننا لا نجد أي حكم يحمل استثناء أو إمكانية لإبرام هذا الزواج ويكون مشروعاً وغير مخالف لأحكام الشريعة يمكن الاستناد إليه، فالواضح أن المسألة تندرج تحت المسائل التوقيفية التي لا يجوز الاجتهاد فيها لثبوتها بنص قطعي.

2- الموازنة بين حق المرأة في المساواة وعدم التمييز وتعدد الزوجات

على غرار اختبار عناصر وخطوات الموازنة في العنصر السابق المتعلق بمنع زواج المسلمة بغير المسلم، سيتم تطبيق نفس منهجية الموازنة مع مسألة تعدد الزوجات.

أ- التناسب بين الحاجة إلى القيد والحق المُقيد - حق المرأة في المساواة-

يتحقق رجحان الحاجة الى تشريع تعدد الزوجات إعمالاً للحق في الخصوصية الثقافية على إعمال حق المرأة في المساواة، الذي يقتضي حظر تعدد الزوجات لاعتباره انتهاكاً لحقها في المساواة بالرجل في المواثيق الدولية من خلال ما يلي:

- غلبة المصالح الجماعية لتشريع تعدد الزوجات على حق المرأة في المساواة

على غرار ما أشرنا إليه في الموازنة السابقة من حيث أن حرية المرأة المسلمة في الزواج بغير المسلم متعلق بمصلحة فردية والحق في الخصوصية الثقافية متعلق بمصلحة مزدوجة؛ يتعلق تشريع تعدد الزوجات هو الآخر بمصالح فردية وجماعية، فتشريع تعدد الزوجات على مستوى القانون الوطني يدخل ضمن

الخصوصية الثقافية المنبثقة عن الدين، لأن جواز ممارسة التعدد يعتبر جزءاً لا يتجزأ من هوية المجتمع الإسلامي، وإلغاءه نهائياً فيه من المخالفة الجلية لمبادئ الشريعة الإسلامية ومقومات المجتمع الجزائري، لذا فالإبقاء التشريعي على تعدد الزوجات يعد قيدياً على حق المرأة في المساواة في القانون الدولي، واعتبار عدم مشروعية هذا القيد أو التدخل يعد انتهاكاً صارخاً لحق الدول في خصوصيتها الثقافية والمشاعر الدينية لأفراد المجتمع.

كما أن الحق في الخصوصية الثقافية يدخل ضمن حماية قيم أفراد المجتمع وهويته الثقافية وهو ما يصون كرامة المجتمع والفرد¹، والمحافظة على مقومات هويته وثقافته على قدم المساواة مع الثقافات الأخرى، لتحقيق ذاتيه وتميزه وذاتية مجتمعه، لذا فإن البعد الفردي متحقق فيه بالضرورة².

وعلى ذلك تبرز الحاجة إلى إعمال الحق في الخصوصية الثقافية في سياق الالتزام بالقواعد الدينية، والتي يترتب عن مخالفتها جزاء ديني، والتي تبدو أرجح من حق المرأة في المساواة بالرجل، علاوة على أن الحق في الخصوصية الثقافية تجتمع فيه المصلحة الفردية والجماعية في آن واحد.

وتبعاً لذلك تترجح الحاجة الاجتماعية للمحافظة على الحق في الخصوصية الثقافية على حق المرأة في المساواة بالرجل من حيث المبدأ، كما يتأكد هذا الرجحان للحاجة إلى إعمال الحق الأول على حساب الحق الثاني بخصوص تشريع تعدد الزوجات الذي يأتي إعمالاً للحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، كقيد على حق المرأة في المساواة بالرجل، الذي يمكن الاستدلال عليه من خلال عدة نقاط:

- تأثير تشريع تعدد الزوجات على المرأة من جهة، وتأثيره على المجتمع ككل من جهة أخرى

لا يمس تشريع تعدد الزوجات إلا بجزء يسير من حق المرأة في المساواة بالرجل، وفي المقابل فإن منعه يمس بحق مجتمع بأكمله في الحفاظ على خصوصيته الثقافية، لتعطيله حكماً ثابتاً في الشريعة الإسلامية التي تشكل الجزء الأهم في ثقافة المجتمع الإسلامي، كما أن تعدد الزوجات يعد من الحاجات التي يجب الإقرار بها في المجتمع الإسلامي، لما في إهدار هذه الحاجة لقواعد شرعية تحظى بقدسية خاصة في عقيدة الغالبية العظمى من أفراد المجتمع نساءً هم قبل رجالهم، وإذا ما حصل انتهاك ذلك سيسفر حتماً عن الإضرار بهم في أحد أهم جوانب حياتهم الثقافية لما فيه من المساس بدينهم³، وكذا اختراق تلك الثقافة من قبل عوامل

¹ أنظر الصفحة 253.

² عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق، ص 589.

³ المرجع نفسه، ص 592.

خارجية أمر تأباه الجماعة والسيادة الوطنية، وبناءً على ذلك، فإن هذه المقومات والمصالح الجماعية هي مسوغات قوية لعدم إطلاق حق المرأة في المساواة.

- تشريع تعدد الزوجات قيد محدود على حق المرأة في المساواة بالرجل

من المسلم به أن تعدد الزوجات لا يؤثر على جميع النساء في المجتمع، فليس كل الرجال ملزمون بالتعدد، وعلى ذلك فإن تأثيره لا يقع سوى على النساء المتزوجات برجال لجئوا إلى التعدد، مع عدم إغفال أن تعدد الزوجات يمارس في مجتمعنا المعاصر في نطاق ضيق، كما أن حاجة المرأة قد تدعو إليه ويكون منعه مؤدي إلى انتهاك حقها في الزواج المكفول بموجب القانون والمواثيق الدولية، وكذا حقها في المساواة مع النساء الأخريات المتزوجات.

- تعدد الزوجات لا يمس بالكرامة الإنسانية للمرأة

ويضاف إلى كل ما سبق أن ليس كل الزوجات اللاتي يعشن في ظله يصورونه على انتهاك لحقوقهن وكرامتهن، لاسيما أن النساء المسلمات يطمحن إلى العدل في حياتهن الزوجية لا إلى المساواة، كما أن الزوجة الأولى ليست مجبرة على قبوله إذا رأت فيه مساس بكرامتها طالما أن القانون يتيح لها العديد من الخيارات لعدم التعايش معه لذا فهو لا يمس بكرامة المرأة مثلما يصوره المتحاملين على التعدد¹، خاصة وأن أكثر نساء وقتنا المعاصر أكثر دراية ووعيا بحقوقهن الشرعية والقانونية.

كما أن حظر تعدد الزوجات هو الذي سيمس بكرامة المرأة وعفتها وحقها في الزواج مثل الأخريات، فقد تحرم من زواج ترغب فيه وتصطدم بحظر التعدد، إضافة إلى أن دخول المرأة في نظام التعدد أفضل من الدخول في الزنا جراء حظر التعدد، فالأفضل للرجل والمرأة على حد سواء تعدد الزوجات القانوني وليس الزنا غير القانوني، والزواج القائم على الاحترام وتأسيس أسرة أفضل من البغاء والعنوسة مدى الحياة أو إيذاء المرأة من قبل المجتمع واستغلالها من ضعاف النفوس².

¹ عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق، ص 592-594.

² Safia Iqbal, woman and Islamic law, Adam publisher, Delhi, 1991, p 171.

- تعدد الزوجات يحقق مصلحة عامة تتجسد في مبررات تشريعه والفوائد التي تعود على المرأة والمجتمع ككل

وهو ما ثبت لنا حين تطرقنا إلى مبررات تعدد الزوجات، التي يمكن الرجوع إليها في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة.

ب- التناسب بين القيد والهدف المنشود

يقتضي لتمام اختبار التناسب مثلما سبق وأشرنا، أن يكون التدخل متناسب مع تحقيق الهدف المنشود، فلتحقيق كل تلك المصالح التي ذكرت أعلاه اقتضت السياسة التشريعية في الجزائر عدم حظر التعدد لأجل المساواة بين الزوجين، فالمشرع الجزائري لم يبق على تعدد الزوجات محاباة للرجل أو تفضيلاً له فالمقصد هو الحاجة الاجتماعية الملحة للالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها، ومثلما سبق وأشرنا فإن تقييد تعدد الزوجات لا يدخل ضمن مبدأ تقييد ولي الأمر للمباح، وعلى ذلك فإن المشرع قنن تعدد الزوجات وفق ما هو مقرر في للشريعة الإسلامية، بل إنه لجأ إلى بعض الشروط التي لا تجد لها أصلاً في الشريعة الإسلامية لأجل التضييق من نطاقه.

ومثلما مر بنا حين تطرقنا إلى مسألة الاشتراط في عقد الزواج، فبإمكان الزوجة اشتراط على زوجها عدم التعدد عليها في أو وقت شاءت وأجاز القانون لها طلب التظليل في حالة مخالفة الزوج لهذا الشرط، وإلزام القانون القاضي الإذعان لطلبها متى خالف الزوج هذا الشرط اختياراً للرأي الفقهي الذي يرى جواز ذلك، وفي حين أنه لا يصح شرعاً حظر تعدد الزوجات، فلا إمكانية إذا لتحقيق الهدف المنشود سوى بالإبقاء على تعدد الزوجات وتبني الأحكام الفقهية التي تُمكن المرأة من اختيار عدم العيش في ظل تعدد الزوجات، وبذلك تتحقق حالة التناسب بين أحكام تشريع تعدد الزوجات الذي يعد بمثابة قيد على حق المساواة المنصوص عليه في القانون الدولي والهدف المنشود من وراء القيد.

3- الموازنة بين حق المرأة في المساواة وأحكام الميراث

لا تحمل أحكام الميراث في غالبيتها تفاضلاً في أنصبة الورثة من الذكور والاناث، فالتفاضل مقتصر على نصيب الزوجة من تركة زوجها أو نصيب الذكر والأنثى في حالة تساوي مركز قرابتهما من المورث، وفي كلتا الحالتين تأخذ المرأة نصف نصيب الرجل.

وعليه، فإن الموازنة هنا مقتصرة على هذه الأحكام التي تثار ضدها الشبهات، واستثناء الحالات التي تحصل فيها المرأة نفس نصيب الرجل أو نصيب أكبر منه.

أ- التناسب بين الحاجة إلى القيد والحق المُقيّد

إن مسألة الميراث مثلها مثل تعدد الزوجات وزواج المسلمة بغير المسلم تجد تأسيسها في نصوص شرعية تحظى بقداسة لدى الشعب الجزائري والشعوب الإسلامية، وتدخل ضمن ثقافة الشعوب وقيمه التي يجب احترامها والمحافظة عليها، والتي ثبت دخولها ضمن الحق في الخصوصية الثقافية.

وتدخل أحكام الميراث ضمن الحق في الخصوصية الثقافية المتبلورة في طريقة حياة المجتمع، ومخالفة أحكام الميراث المكرسة في الشريعة الإسلامية لا يعد فقط تعدي على خصوصية جزء من المجتمع ونقصد هنا العنصر الذكوري، بل بكل أفرادها بما فيه المرأة التي تجد في ذلك اعتداء على معتقداتها وطريقة حياتها وحققها في خصوصيتها الثقافية، والقول بأن تلك الأحكام ظالمة للمرأة فيه تشويه للشريعة الإسلامية وهذا الأمر يعتبر مخالفا للنظام العام والأخلاق العامة في الجزائر.

وعليه، فإنه لتحقيق الحاجة والضرورة من وراء قيد حق المرأة في المساواة بالرجل في الميراث. ينبغي أن تكون القيود تتناسب مع ظروف الحالة ووقائعها¹، ويتحقق ذلك بقيام عنصري التناسب بين الحاجة الاجتماعية للقيد والحاجة الاجتماعية لممارسة المرأة المساواة بالرجل على أكمل نطاقه، والتناسب بين الاجراء المتخذ للتقييد مع الهدف المنشود من ورائه، وبذلك تقوم الحاجة الى تقييد حق المرأة في المساواة والحاجة إلى إعمال الحق في الخصوصية الثقافية²، وتقوم حالة التناسب من خلال عدة اعتبارات:

- تغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية

إن تغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية للمرأة بمساواتها بمن يعادلها من الرجال في درجة القرابة يحقق مصلحة أفراد المجتمع مجتمعين في المحافظة على خصوصيتهم الثقافية، بما فيهم-كما ذكرنا- النساء الجزائريات وثقافتهن المنبثقة عن الدين، وتحقيق الاحترام الكامل للنصوص الشرعية المنظمة للميراث.

- أحكام الميراث لا تضر بمصلحة وكرامة المرأة

فمن ناحية اعتبار أن المساواة الكاملة في الميراث تدخل ضمن حق المرأة في المساواة وعدم التمييز في القانون الدولي، فإن هذا التمييز في المعاملة بين الجنسين لا يترتب عليه ضررا اقتصاديا بالمرأة في

¹ محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، 2008،

ص 183.

² عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق، ص 606.

الجزائر، فوفقاً لما ذكرناه في مقاصد مبدأ (للذكر مثل حظ الأنثيين) أن المرأة غير مكلفة بأي نفقة سواء كانت زوجة أو بنت أو أم إلا على سبيل التبرع، وهو أمر ثابت في النظام التشريعي الجزائري من خلال قانون الأسرة ويحظى بحماية جنائية بتسليط العقاب على المتقاعسين عن أداء واجب النفقة، بعكس الرجل الذي يكون ملزماً بأداء تلك الواجبات المالية.

وعلى العكس فإن تطبيق المساواة التامة في الميراث يقتضي معه الغاء حقوق المرأة في النفقة إعمالاً لمبادئ المساواة، مثلما مر علينا مع دعوات المواثيق الدولية لتطبيق المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات المالية، وهو ما يضر بالمرأة بصفة عامة والمرأة المنتمة للعائلات الفقيرة بصفة خاصة، بحرمانها من هذا الحق المالي، فمن المعلوم أن النساء ليس جميعهن وارثات وينتمين إلى أسر لها ممتلكات وأموال، وبذلك تحرم شريحة كبيرة من النساء من النفقة التي تحفظ كرامتهن، ويكون تطبيق المساواة التامة إضراراً بالمرأة لا انتصاراً لها.

وعلى ذلك، فإن حق المرأة الورثة ثابت بنصوص قطعية ولا يمكن أن تحرم من حقها، خلافاً للأنظمة القانونية الغربية التي تمنح للوارث الحق في حرمان من يشاء من الورثة عن طريق الوصية دون قيد أو ضابط، وكما سمعنا عن حالات يوصي فيها الشخص جميع أمواله لكلبه أو ما شابه.

ب- التناسب بين القيد والهدف المنشود

تقررت أحكام ميراث المرأة في قانون الأسرة وفق ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية دون زيادة أو نقصان يؤثر على مركز الزوجة والمرأة، إذ لا وجود لأحكام تقييدية أقل قد تفرض لأجل بلوغ الغاية المنشودة التي تفرضها الحاجة الملحة للالتزام بأحكام الميراث في الشريعة الإسلامية.

وعلاوة على ذلك، فإن أحكام الميراث في قانون الأسرة جاءت متوافقة مع نظام الإنفاق في الشريعة الذي يضمن نفقة المرأة سواء كانت زوجة أو ابنة...دون الإخلال بتلك الالتزامات المفروضة على الرجل التي كانت وراء مقصد قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، فقانون الأسرة أو غيره لا يلزم أو يكلف المرأة والزوجة ولو كانت غنية بأي التزامات مالية تجاه زوجها أو اخوتها أو أحد أقاربها، مثلما يضمن القانون مبدأ استقلال الذمة للزوجة والمرأة، ولا يكلف المرأة بالمهر أو بتجهيز بيت الزوجية وغير ذلك من الأعباء المالية التي يتحملها الرجل وحده، ومنه فإن القيد المحدود على مساواة المرأة في الميراث يتناسب تماماً مع هدف بلوغ الحاجة الاجتماعية وتغليب الحق في الخصوصية الثقافية.

4- الموازنة بين حق المرأة في المساواة في الطلاق وأحكام الطلاق في قانون الأسرة

ثبت لنا أن أحكام الموائيق الدولية تقتضي تطبيق المساواة التامة بين الرجل والمرأة في اللجوء إلى حق الطلاق دون تفریق في المعاملة في التشريعات الداخلية سواء على المستوى الموضوعي أو الاجرائي وعليه، فإن أحكام الطلاق في قانون الأسرة وإن كانت تمنح للمرأة حق اللجوء إلى الطلاق في حالات واسعة، وذلك بالاتفاق مع زوجها على مبدأ الطلاق، وفي حالات التطبيق والخلع، فإن هذا التنظيم القانوني للطلاق يعتبر مبدئياً بالنظر لأحكام الموائيق الدولية يشكل تمييزاً ضد المرأة وخرقاً لمبادئ المساواة.

وعلى ضوء ذلك، فإن الموازنة هنا تكون بين ضرورة منح الزوج حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وضرورة منح المرأة حقاً موازياً للرجل في حل الطلاق إعمالاً لحقها في المساواة، والتي لا تتحقق إلا عن طريق اختبار تلك الضرورة مثل ما مر بنا في قيد الميراث وتعدد الزوجات... باعتبارها قيوداً على حق المرأة في المساواة بالرجل، إذ يقتضي الأمر اجتماع عدة عناصر تبرر التنظيم القانوني للطلاق في النظام القانوني الداخلي، لا سيما الإبقاء على حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة والتي لا تتحقق سوى بتحقيق التناسب بين الحاجة إلى تشريع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، والحاجة إلى اللجوء إلى حق المرأة في المساواة في حل الزواج أي الحق المقيد.

أ- التناسب بين الحاجة إلى القيد والحاجة إلى الحق المقيد (حق المرأة في المساواة)

تبرز حالة التناسب بين الحاجة إلى تقييد حق المرأة في المساواة بالرجل في الطلاق والحاجة إلى هذا الحق المقيد من عدة نواحي:

- تغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية

يصلح لتبرير قيام حالة التناسب بين تقييد حق المرأة في المساواة الكاملة في الطلاق على أساس الحاجة الاجتماعية الملحة إليه، من ناحية أن حق المساواة يتعلق بمصلحة فردية، في حين أن الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية يتعلق بمصلحة مزدوجة، مثلما ما هو حاصل مع زواج المسلمة بغير المسلم وتعدد الزوجات والميراث، وتبين تلك الحاجة على المصلحة الفردية المنوطة بالمرأة؛ كما يصدق لتبرير هذا التناسب محدودية أثر أحكام الطلاق التي تعد بمثابة القيد على حق المرأة في المساواة، فهذا القيد في الواقع لا يطال سوى النساء المتزوجات واللاتي يردن تجاوز الأحكام الشرعية المنظمة للطلاق بالحصول على

الطلاق بالإرادة المنفردة المطلقة مثل الرجل¹، أو بسلب هذا الحق من الرجل وإسناد جل الأمر إلى القضاء، الأمر الذي يقتضي انتهاكا لحق أعضاء المجتمع ككل في إعمال الأحكام الشرعية للطلاق الواجبة الاحترام من طرف الجماعة ككل، والمحافظة على الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية.

- المصلحة العامة التي يحققها نظام الطلاق

منحت الشريعة الإسلامية للرجل حق إيقاع الطلاق بإرادته الحرة دون قيد أو شرط لأسباب متعلقة بأهمية الأسرة في الكيان الاجتماعي وضرورة استمرارها والمحافظة عليها من التفكك، فهذا الحكم المثبت في قانون الأسرة سيحد من فرص وقوع الطلاق مقارنة مع ما سيكون عليه الأمر إذا ما منح لكلا الزوجين؛ كما أن منح هذا الحق للرجل يجد مبرراته في نظام الزواج من أساسه والذي يتحمل الرجل تكاليف وتبعاته المالية، بما يجعل الرجل هنا أشد حرصا من أن يهدم زواج تطلب منه كل هذه التكاليف، في مقابل المرأة التي لا يلحقها أي ضرر مالي حال أو مستقبلي ليكبح رغبة بعض النساء في تطليق أزواجهن والإضرار بهم دون سبب وجيه سوى الرغبة في الانتقام، أما إذا توفرت الأسباب الوجيهة التي تقتضي حل الزواج رغبة من المرأة؛ فقد كفلت الشريعة الإسلامية للمرأة ذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء بطلب التطليق أو الخلع، فالمرأة لا تكون مجبرة على مواصلة العيش في ظل زواج لا ترغب فيه أو يضر بها أو بمصالحها. الأمر الذي يفند المزاعم والتشبهات المثارة على الطلاق في قوانين أغلب الدول الإسلامية واعتباره امتهانا لكرامة المرأة واستصغارا لكيانها، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المواد 53 و54 من قانون الأسرة، مما يُظهر عدالة التشريع الإسلامي في تنظيمه لأحكام الطلاق بهذه الكيفية.

ب- التناسب بين القيد والهدف المنشود

لا يكفي لمشروعية القيد على حق المرأة في المساواة في الطلاق مجرد ثبوت تناسب الحاجة الاجتماعية إليه مع الحاجة الاجتماعية إلى حق المرأة في المساواة بالرجل، إذ يتطلب الأمر بالأمر ألا يكون هنالك أي إفراط في القيد، فلكي لا تنعدم حالة التناسب، يجب أن لا يتجاوز تقييد حق المرأة في الطلاق الحد الكافي لتلبية الحاجة الاجتماعية الملحة بإعمال الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، وذلك بتبني أقل الإجراءات الممكنة تقييدا، ولأن الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر لهذا القيد ترتب عواقب وآثارا جراء مباشرة الزوج للطلاق، فإنه لا ينبغي إهمال هذه الآثار على المستوى القانوني من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشريعة الإسلامية تمنح الزوجة حقوقا واسعة لحل الرابطة الزوجية تُضيق بموجبها من نطاق عدم

¹ عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق، ص 600.

مساواتها بالرجل، لذلك فإنه من أجل تحقق حالة التناسب بين القيد والهدف المنشود لا ينبغي مصادرة الزوجة لأي من تلك الحقوق أو التضييق من نطاقها أو عرقلة اللجوء إليها¹.

وهو الأمر الذي كرسه قانون الأسرة الجزائري، بل حتى أن المشرع ينهل من عدة مرجعيات فقهية بغية التوصل إلى أكبر قدر يسمح للمرأة في حل الزواج إذا رغبت فيه، كما يُحمل القانون الرجل جميع آثار الطلاق بالتعويض في حالة التعسف في إيقاع الطلاق، والانفاق على الأولاد فترة الحضانة وتأمين مسكن للممارسة المرأة للحضانة.

ومن هنا يكون القانون الجزائري ملتزماً بأحكام الشريعة الإسلامية في تنظيمه للطلاق، وكذا احاطته بقواعد تخفف من تضييقه على مساواة الزوجة بزوجها في حل رباط الزواج، وإن ظل التمايز بين مركزيهما القانوني في إنهاء الزواج قائماً، فهذا التمايز لا يرجع لامتهان المرأة بسبب جنسها أو تغليب النزعة الذكورية على المعاملة القانونية، بل هي إجراءات استلزمها أعمال الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، مما يحقق العنصر الثاني لشرط التناسب المتمثل في التناسب بين الاجراء المتخذ والهدف المشروع من اتخاذه؛ الأمر الذي يجعل من أحكام الطلاق في القانون الجزائري متوافقة مع شروط التقييد ومستوفية لشروط اختبار التناسب الذي يثبت المبرر المشروع للمعاملة المختلفة بين الرجل والمرأة في العلاقات الأسرية في القانون الجزائري، مثلها مثل الأحكام التفاضلية المنظمة للعلاقات بين الزوجين السابق ذكرها، فجميعها منصوص عليها بموجب القانون ولأجل تحقيق أغراض مشروعة تدعو الحاجة الاجتماعية الملحة لتغليبها على حق المرأة في المساواة في العلاقات الأسرية، والمصالح التي تحققها تلك الضرورات الاجتماعية لترجيحها وإعمالها مقارنة بما تحققه المساواة، نظراً للخصائص الثقافية للأسرة الجزائرية التي لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال.

¹ عياد علي شعبان دربال، مرجع سابق، ص 603.

الباب الثاني

المساواة بين الزوجين في
ظل خصوصية القوانين
الخاصة والقواعد القانونية
الدولية

لم يقتصر الاتجاه التشريعي في الجزائر بالاتجاه نحو تنبي مبادئ المساواة وعدم التمييز بين الجنسين في العلاقات الأسرية على قانون الأسرة وحده، بل ألقى هذا التوجه العالمي بظلاله على القوانين الأخرى التي تتقاطع مع نظام الأسرة، وتحوي في بعض احكامها مسائل تنظم المراكز القانونية للزوجين، فبالانضمام الجزائر للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، شهدت بعض القوانين تعديلات وإضافات لم تعرف مثيلا لها منذ صدورها وذلك من أجل إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتحقيق تكافؤ وتوازن بين مركزيهما.

ونقصد بتلك القوانين؛ قانون الجنسية الجزائري وقانون العقوبات، فعلى ضوء ذلك خصصنا هذا الباب الذي تشكل أحكام الموائيق الدولية بخصوص مواضيعه أقل تعارضا بكثير مع الخصوصية الثقافية وخصوصية القانون الوطني، من المواضيع التي تم البحث فيها في الباب الأول من الدراسة.

لذلك قسمنا هذا الباب لنتناول نطاق المساواة بين الزوجين في الجنسية في الفصل الأول، والمساواة بين الزوجين أمام القانون الجنائي وهو ما يعرف بالمساواة الجنائية، على النحو التالي:

الفصل الأول: المساواة بين الزوجين في رابطة الجنسية

الفصل الثاني: المساواة الجنائية بين الزوجين

الفصل الأول

المساواة بين الزوجين في رابطة الجنسية

تعد الجنسية الرابطة القانونية بين الشخص والدولة، وبعد أن كانت مسألة الجنسية غير ضرورية في العصور القديمة فالهوية كانت تستند إلى العرق والقبيلة واللغة والقيم المشتركة، دون معرفة الحقوق القانونية والوضع القانوني الرسمي للفرد الذي ينبغي أن يكون منتميا لدولة معينة مثلما هو عليه الحال حديثا، حيث صارت الجنسية في الأنظمة الحديثة مسألة لصيقة بالدولة وبالنظام الدولي لاتصالها بمكون الدولة نفسها أي ركن الشعب، وأولت القوانين الوطنية لمسألة الجنسية أهمية تجسدت في تقنين أحكامها في قوانين خاصة في الغالب.

مثلما أولاهها القانون الدولي ومنذ وقت مبكر اهتماما مماثلا أو أكثر نظرا لارتباط الجنسية بالدول من جهة ولارتباطها الوثيق بحقوق الإنسان، فهي تمنحه حماية الدولة التي ينتمي إليها وتكسبه حقوق المواطنة وما يرتبط بها من أهمية لإعمال وممارسة حقوق الإنسان الأساسية الأخرى.

وبخصوص مساواة الجنسين في التمتع بهذا الحق؛ كانت غالبية البلدان في جميع أنحاء العالم تعامل الرجال والنساء معاملة مختلفة عندما يتعلق الأمر بجنسية الدولة وما يتعلق بذلك من حقوق المواطنة، ولطالما مورس التمييز ضد المرأة على مستوى قوانين الجنسية الوطنية من بينها قانوننا الجزائري، حيث كانت الأم المتزوجة من أجنبي لا تستطيع منح جنسيتها ونقلها لأطفالها، مما يجعل من المساواة في الجنسية ونقلها مسألة تتعلق بحقوق الطفل بقدر ما هي متعلقة بحقوق المرأة، الأمر الذي لم يدم إذ عرف قانون الجنسية الجزائري تعديلات قوامها المساواة بين المواطنين والمواطنات.

المبحث الأول

القضاء على التمييز في الاحتفاظ واكتساب الجنسية في الزواج المختلط

اهتم القانون الدولي بموضوع الجنسية حتى قبل انشاء منظمة الأمم المتحدة، معتبرا إياها مع صدور الإعلان العالمي حقا أساسيا لصيقا بالإنسان. فعدم انتماء الفرد إلى دولة ما يؤدي إلى حرمانه من حقوق

أساسية لا تستقيم الحياة بدونها¹، لا سيما جنسية المرأة المتزوجة التي عرفت اهتماماً دولياً وتحولاً على المستوى التشريعي بعد أن كانت تحرم من جنسيتها وتلحق بجنسية زوجها الأجنبي بقوة القانون.

لذا سنلقي الضوء من خلال هذا المبحث على التحول التاريخي لجنسية المرأة المتزوجة وفق مختلف المواثيق الدولية وقانون الجنسية الجزائري.

المطلب الأول

تأثير الزواج على جنسية المرأة

يرتب الزواج المختلط آثاراً هامة على جنسية المرأة، كونه السبب الأول في اكتساب الجنسية الطارئة أو اللاحقة، كما قد يكون سبباً في فقدانها؛ هذا النوع من الزواج الذي يزداد انتشاراً مع تطور وسائل المواصلات واتساع استخدام وسائل الاتصالات الحديثة وشيوعها لدى جميع الأمم.

وبطبيعة الحال، برزت عن هذه الزيجات قضايا حقوقية تتعلق بجنسية الزوجات الأجنبيات، وتأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي، المسألة التي شهدت موضوع خلاف في قوانين الدول المختلفة تبعاً لاتجاهين متضادين، ونقصد هنا بالنظرية التقليدية التي تذهب إلى ضرورة المحافظة على وحدة الجنسية في العائلة، والنظرية الحديثة التي تذهب إلى ضرورة منح الحرية والاستقلالية للمرأة في جنسيتها².

الفرع الأول

مذهب وحدة الجنسية في الأسرة

يعتبر مبدأ وحدة الجنسية الذي يُكسب الزوجة جنسية زوجها الأجنبي بقوة القانون، من أقدم المذاهب التي تناولت أثر الزواج في جنسية المرأة، وعلى ضوء ذلك فإن نطاق البحث في هذا الفرع ستركز حول تبين مضمون هذا المبدأ، والمبررات العملية والقانونية وراء الأخذ به.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون الدولي والتشريع المصري، مركز جامعة القاهرة، القاهرة، دون طبعة، 1420هـ/1999م، ص 75.

² غالب علي الداودي، تأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة في القانونين العراقي والتركي، الأعلام: وزارة الثقافة والإعلام، دار الشؤون الثقافية العامة س2، ع 12، 1966، ص 105.

أولاً- مضمون مبدأ وحدة الجنسية

يعرف هذا المبدأ بالنظرية التقليدية والتي تقوم في الأساس على تحقيق وحدة الجنسية في الأسرة والتلازم بين جنسيتي الزوج والزوجة¹، لذلك عرف هذا المبدأ أيضا بنظام وحدة جنسية الأزواج، ومقتضى هذا المبدأ أن المرأة ينبغي أن تكتسب جنسية زوجها بمجرد الزواج، وبعبارة أخرى يرى أنصار هذا المذهب أنه ينبغي فرض جنسية الرجل على المرأة²، بحيث لا يكون لإرادة المرأة أي دور في الاحتفاظ بجنسيتها وهو ما يمثل فقداناً قسرياً لها.

ولقد كانت جنسية المرأة المتزوجة قبيل الحرب العالمية الأولى والفترة التي تلتها في غالبية الدول يُعتمد فيها على جنسية زوجها، وبمجرد انعقاد زواجها من أجنبي تفقد جنسيتها الخاصة وتكتسب بالتبعية جنسية زوجها، بصرف النظر عن رغبتها دون أن يكون لها الحق في رفض جنسية الزوج الوطني، ولا يمكنها تغيير جنسيتها واكتساب أخرى بإرادتها، حتى أن الزوج إذا ما غير جنسيته تلحق به جنسية زوجته³، فمتى تزوج شخصان من جنسيتين مختلفتين دخلت الزوجة في جنسية زوجها، ويكون دخولها في هذه الجنسية أثراً مباشراً للزواج يتحقق بقوة القانون، فلا تستطيع التخلص منه، كما لا تستطيع دولة الزوج حرمان الزوجة منه، وبذلك يتحقق مبدأ وحدة جنسية العائلة في أكمل صورته⁴.

ويذكر أن هذا المبدأ ظهر مع حركة تدوين القانون المدني في القرن التاسع عشر نتيجة لتأثر القوانين الأوروبية بقانون نابليون لعام 1804، الأمر الذي أدى بانتشار بعض خصائصه في القوانين الأوروبية، بما في ذلك ضعف المركز القانوني للمرأة، وانتشار مفاهيم السلطة الأبوية والزوجية، والمبدأ الذي يحدد بموجبه الزوج والأب الذي يعتبر رب الأسرة، جنسية الأسرة كمجموعة، بحيث تأخذ الزوجة تلقائياً جنسية

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1414هـ/1993م ص 607.

² Nazanin Pourjabali and Najjad Ali Almasi, A Comparative Study of Post-Marriage Nationality of Women in Legal Systems of Different Countries, International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding, vol. 2, no. 2, p 14.

³ Beroë Bicknell, The Nationality of Married Women, Transactions of the Grotius Society, vol. 20 Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, p 106. /Karen Knop Karen, Relational Nationality: On Gender and Nationality in International Law, In Aleinikoff T. Alexander and Klusmeyer Douglas, Citizenship Today: Global Perspectives and Practices, edited, Carnegie Endowment for International Peace, 2001, p 96.

Papers Read before the Society in the Year, 1934, 106.

⁴ عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي -3: تشريع الجنسية الكويتية، مجلة مصر المعاصرة: الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مج 66، ع 361، 1975، ص 319.

زوجها عند الزواج¹، حيث أن الأصول البعيدة لهذا المبدأ ترجع إلى فكرة نظرية التبعية في عهد القانون الروماني قبل ظهور فكرة الجنسية².

ولقد تم تشريع نظام وحدة جنسية العائلة أول مرة في فرنسا من خلال قانون سنة 1804 السابق ذكره، حيث قضت المادة 12 على أن "الأجنبية التي تتزوج برجل فرنسي يجب أن تتبع حالة زوجها"، وبخصوص المرأة الفرنسية نصت المادة 19 على أن "الفرنسية التي تتزوج من أجنبي يجب أن تتبع حالة زوجها"، وفي حالة وفاة زوجها لا يمكنها استعادتها جنسيتها الفرنسية إلا بشرط الإقامة الفعلية بفرنسا، أو بالعودة إلى الأراضي الفرنسية والتصريح بالعزم بالإقامة بها³.

وفي بريطانيا، أجرى قانون التجنيس لعام 1844 أول تغيير في القانون المتعلق بالمرأة المتزوجة، ونصت المادة 16 من هذا القانون على أن أي امرأة تتزوج من مواطن مولود بالأراضي البريطانية تكتسب معه نفس الحقوق الشخصية المقررة بما فيها الجنسية، ولم تفقد امرأة بريطانية متزوجة من أجنبي جنسيتها إلا بعد صدور قانون التجنيس لعام 1870، حيث أضحت بمقتضى المادة 1/10 جنسية المرأة المتزوجة متوقفة على جنسية زوجها⁴.

كما أسقط قانون 1907 في الولايات المتحدة، الجنسية عن أي امرأة أمريكية تتزوج أجنبياً، لتكتسب جنسية زوجها، ويجوز لها في حالة انتهاء العلاقة الزوجية أن تسترد جنسيتها الأمريكية، إذا كانت مقيمة بالخارج عن طريق التسجيل كمواطنة أمريكية في غضون سنة واحدة لدى قنصلية الولايات المتحدة، أو بالعودة إلى الإقامة في أراضي الولايات المتحدة، أو بالاستمرار في الإقامة بها إذا كانت تقيم بها سلفاً عند انتهاء العلاقة الزوجية⁵.

كما أخذت في السابق العديد من القوانين العربية بمبدأ وحدة الجنسية، ومنها القانون المصري في تشريع سنة 1929 الذي كان ينص في مادته 14 على أن المرأة الأجنبية التي تتزوج من مصري تصير مصرية، وكان الفقه المصري مع تحييده للمبدأ ينتقد إطلاقه لما يترتب عليه من تعدد للجنسية في بعض

¹ Linda Guerry and Ethan Rundell, Married Women's Nationality in the International Context (1918-1935), *Clio. Women, Gender, History*, no 43, 2016, p 75.

² أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 608.

³ Frederick Llewellyn-Jones, *The Nationality of Married Women*, Transactions of the Grotius Society, vol. 15, 1929, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, p 122.

⁴ Beroë Bicknell, op. cit., p108.

⁵ Lucius F Crane, *The Nationality of Married Women*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 7, no 1, 1925, p 55.

الأحيان، فضلا عن عدم احتياطه ووضع أحكام تمنع غير المرغوب فيهن من استغلاله، كما أعطى للأجنبية التي يكتسب زوجها الجنسية المصرية نفس الحكم، قبل أن يعدل عليه قي قانون 1950¹.

وقد كان القانون الأردني يعتبر من زواج الأردني من أجنبية سببا في دخولها جنسية زوجها، بفرض الجنسية الأردنية عليها بقوة القانون، وذلك عندما نصت المادة 10 من قانون الجنسية لسنة 1928 الذي استمر العمل به إلى غاية 1954 على أنه "تعتبر زوجة الأردني أردنية"²، كما تأثرت أحكام قانون الجنسية العراقي الأول رقم 42 لعام 1964 بالنظرية التقليدية في المادة 17 منه، بحيث تلتحق الزوجة الأجنبية تلقائيا بجنسية زوجها العراقي وتفقد المرأة العراقية جنسيتها وتصير أجنبية قسرا بمجرد زواجها من شخص أجنبي³.

ونلاحظ في هذا الصدد أن قانون الجنسية التونسية قد راعى حال الأجنبية التي تتزوج بمواطن تونسي، وكان قانونها الوطني يأخذ بمبدأ وحدة الجنسية ويسقط عنها جنسيتها بالزواج بأجنبي حيث نص الفصل السادس من مجلة الجنسية لسنة 1963 على أنه تصبح تونسية منذ تاريخ عقد زواجها المرأة الأجنبية التي تتزوج بتونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية⁴.

ثانيا - مبررات الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية

يستند أنصار مبدأ وحدة الجنسية في العائلة على مبررات اجتماعية وأخرى قانونية، فالمبررات الاجتماعية ملهمة أساسا من مبدأ إخضاع المرأة لسيادة زوجها⁵، كما أن اتحاد الجنسية بين الزوجين شرط أساسي لقيام الوحدة في المنزل العائلي وتحقيق الانسجام والتوافق الروحي والفكري في نطاق الأسرة، الذي لا يتحقق إلا بإنشاء وطن موحد لها وهو موطن الزوج، استنادا على أن الزوج هو رب الأسرة⁶، وبالتالي فلضمان وحدة الأسرة ينبغي أن يكون لها جنسية واحدة⁷.

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، مركز المرأة في قانون الجنسية والمجتمع في مصر، مركز دراسات المستقبل، جامعة أسيوط، يونيو 1995، ص 166.

² حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مجدلاوي للنشر، عمان، ط2، 2001، ص 134.

³ غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 109-110.

⁴ مرسوم عدد 6 لسنة 1963 مؤرخ في 4 شوال 1382 (28 فيفري 1963) يتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي الصادر في 5 مارس 1963، ص 320.

⁵ غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 105.

⁶ فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص 105.

⁷ Nazanin Pourjabali and Najjad Ali Almasi, op. cit., p14.

كما يفترض المدافعون عن هذا المبدأ أن المرأة وقت الزواج تعلم أن زوجها يحمل جنسية بلد آخر، لذا فإنه حين تقبل المرأة الزواج به فإنها تقبل جنسيته بشكل غير مباشر¹؛ ويستند المبرر القانوني في تحقيق الانسجام القانوني بين الروابط العائلية، فاتحاد الجنسية يُخضع حقوق وواجبات الزوجين لنظام قانوني واحد، لاسيما عند تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية التي تخضعه أغلب الدول للقانون الوطني²، لذا فإن اتحاد جنسية الزوجين سيؤدي بتطبيق قانون واحد هو قانون جنسية الزوج، الأمر الذي سيقبل من مشاكل تنازع القوانين الذي لا يتحقق بنفس القدر في حال احتفاظ الزوجة بجنسيتها، وعدم الدخول في جنسية زوجها³.

أضف إلى ذلك، أن اختلاف جنسية الزوجين سيلقي بظلاله على جنسية الأولاد ومركزهم القانوني في الدول التي تأخذ بأساس حق الدم، فقد يُحرم الأبناء من بعض حقوق المواطنة كالتمتع الكامل بالحقوق السياسية وتقلد المناصب والوظائف الحكومية بسبب وقوعهم في حالة ازدواج الجنسية.

كما استندت وزارة الخارجية البريطانية في تبرير معارضتها أي تغيير في قانون 1928 على أهمية الحفاظ على الأسرة كوحدة في القانون الدولي، لأنه من مصلحة الأسرة أن تكون للزوجة نفس جنسية زوجها وأطفالها، ويؤيد هذا الاعتراض كون أنه من غير الملائم إلى حد كبير أن تكون للمرأة جنسية منفصلة عن زوجها وأطفالها، فعند السفر إلى الخارج على سبيل المثال، يتطلب منها استخدام جواز سفر منفصل عن أسرتها⁴.

ويتهم أنصار هذا المبدأ النظرية الحديثة المتمثلة في استقلالية جنسية الأسرة بأن لها محاذير سياسية خطيرة لدولة الزوج، خاصة عندما تتزوج أجنبيات من وطنيين في أوقات غير اعتيادية كحالة الحرب، فالجنسية تعتبر أداة ولاء للدولة التي ينتمي إليها الفرد، مما سيؤدي بمتاعب لها وللزوج هو في غنى عنها⁵. وفي المقابل يحمل هذا المبدأ فائدة للزوجة نفسها، لأن الزوجة الأجنبية حين تكون مقيمة ضمن حدود دولة زوجها دون أن تكتسب جنسيته. سيحرمها من ممارسة الحقوق السياسية لتلك البلد إذا أرادت ممارستها

¹ Nazanin Pourjabali and Najjad Ali Almasi, op. cit., p 15

² Ibid.

³ أنظر: مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقهاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2001، ص 174.

⁴ Beroë Bicknell, op. cit., p 116.

⁵ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الثاني في الجنسية-دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط4، 2005، ص 103-104 / غالب علي الداودي، تأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة في القانونين العراقي والتركي، مرجع سابق، ص 105-106.

في إقليمها، فضلا عن طائفة هامة من الحقوق التي تقوم على مبدأ التضامن الاجتماعي كالتعليم بالمجان والتأمين والضمان الاجتماعي، إذ لا يجوز قانونا التمتع بها عادة لمن لا يحمل جنسية الدولة¹.

غير أن المناهضين لوحدة جنسية الأسرة، يرون أن فيه من السلبيات مما يتعذر الأخذ به، وإن كان أولها هو إهمال إرادة الزوجة، ومعاملتها وكأنها عديمة الأهلية بتقييد حريتها في الاحتفاظ بجنسيتها، كما أن هذا المبدأ فيه مخالفة للتوجهات المعاصرة على المستوى الدولي فيما يخص حقوق الانسان والمرأة.

كما هوجم مبدأ وحدة الجنسية على أساس أن الرجل لا يفرض عليه التخلي عن جنسيته إذا تزوج من أجنبية بطريقة قسرية، وبذلك يكون زواج المرأة سبب لمعاقتها ومعاملتها على أساس أنها شخص قاصر، ومن المعلوم أن الجنسية عبارة عن ولاء قانوني للدولة التي يحمل الفرد جنسيتها، لذلك فليس من العدل فرضه على أي مواطن بالغ أو إبعاده عنه دون موافقته، لذا فمن الإهانة للمرأة أن تحدد إرادة خارجية ولأئها وانتقاله دون موافقتها².

ومن هذا المنطلق وغيره من الأسباب التي تبرر ترك أعمال مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة؛ بدأت التشريعات على اختلافها في التخلي عنه لصالح مبدأ استقلالية جنسية الأسرة الذي يضع إرادة المرأة في الاعتبار بعدم فرض جنسية زوجها عليها بقوة القانون، وهو ما سنتعرف عليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة

على نقيض المبدأ السابق، يحترم مبدأ استقلالية جنسية الأسرة أو العائلة حرية المرأة ومركزها المستقل، فلا تحرم المرأة تعسفا من جنسيتها في ظل أعمال هذا المبدأ، ولا فرض جنسية أخرى عليها، لذلك كانت الدعوة إلى تبنيه محور نضال الجمعيات النسوية على الصعيد الداخلي وعلى مستوى المؤتمرات الدولية قبل أن تتبناه الاتفاقيات الدولية.

أولا- مضمون المبدأ وأسباب تبيينه

لعبت الحركة النسوية في أوروبا والولايات المتحدة دورا فعالا في مجابهة مناصري مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة، عن طريق تكثيف نشاطها ومطالباتها على المستوى الوطني والدولي لأجل احترام إرادة المرأة

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 43، 1987، ص 2.

² Chrystal Macmillan, Nationality of Married Women: Present Tendencies, Journal of Comparative Legislation and International Law, vol. 7, no 4, 1925, p 144.

والتخلي بصفة مطلقة عن الأخذ بنظام وحدة الجنسية، الأمر الذي أدى بتحويلات على مستوى القوانين المنظمة للجنسية بوضعها حدا بين الحقوق الفردية والأسرية، وإبعاد أي أثر للزواج على جنسية المرأة.

ففي نهاية القرن 19 بدأت الحركة النسائية الدولية تتشكك في أقوى حجج النظرية التقليدية المتمثلة في إخضاع المصالح الفردية للمرأة لصالح الأسرة واستثناء الفقه القانوني التقليدي لجنسية المرأة المتزوجة من مبدأ عدم فرض الجنسية على الأفراد لأجل المصلحة العامة للأسرة والدولة¹؛ كالمجلس الدولي للمرأة الذي تناول المسألة أول مرة سنة 1905².

ولأن هذا النظام فيه تكريس للمساواة بين الرجل والمرأة، واحترام إرادة المرأة مثل الرجل على أساس أن القانون يجب أن يطبق عليهما بالتساوي، ولا يمكن اختزال الحالة الشخصية للمرأة في حالة زوجها ودمجها معها؛ علاوة على أن الجنسية تعد حقا من حقوق الانسان وتغيير هذا الحق دون موافقة الشخص يشكل تعد على حقه وانتهاكا لإرادته، لذلك سلكت التشريعات لاحقا هذا الاتجاه وانقسمت وتباينت بين طائفة من القوانين أقرت استقلالا نسبيا، بحيث تفرضه في حالة فقدان المرأة جنسيتها الأصلية بسبب زواجها من أجنبي، وأخرى لا تفرض الجنسية على المرأة بقوة القانون بل جعلته متوقفا على رغبتها بتقديم طلب الحصول عليها، وفي المقابل تبنت طائفة من القوانين الاستقلال الكامل أو المطلق، فلا تفرض جنسية الزوج على المرأة ولا يمكنها في المقابل اكتساب الجنسية بالزواج إلا بعد توفر مجموعة من الشروط وضرورة الحصول على موافقة الدولة التي يمكن أن ترفض طلبها.

إضافة إلى أن هذا النظام لا تنحصر مبرراته فقط في احترام إرادة المرأة، إذ يساهم في حالة انعدام الجنسية، فكيف يكون حال المرأة بعد الطلاق أو وفاة زوجها إذا كان القانون يفقدها جنسيتها، أو تزوجت بأجانب عدة مرات فهل سنكتسب كل مرة جنسية مختلفة بقوة القانون؟

كما يستند الفقه المؤيد لاستقلالية الجنسية الى عدة مبررات قانونية وسياسية أخرى:

¹ See: Elisa Camiscioli, Intermarriage, Independent Nationality, and the Individual Rights of French Women: The Law of 10 August 1927, French Politics, Culture & Society, vol. 17, no 3/4, 1999, p55.

² المجلس الدولي للمرأة، هيئة لها فروع وطنية في ثلاثين دولة، ويتكون من ممثلين عن جميع أنواع المنظمات النسائية، وقد تناول هذا المجتمع مسألة حق المرأة في استقلال جنسيتها لأول مرة في عام 1905، عندما أجرى تحقيقا خاصا، وعمل من أجل التحول إلى احترام إرادة المرأة المتزوجة في قوانين الجنسية، كما وضعت كل من الرابطة النسائية الدولية للسلم والحرية والتحالف الدولي لاقتراح المرأة هذا الإصلاح على برامجهما في مؤتمراتهما، واستحدثت المجلس الدولي للمرأة لجنة خاصة معنية بجنسية المرأة المتزوجة تضم ممثلين عن المنظمين الدوليتين الأخيرتين.

- Chrystal Macmillan, Op, cit., p 143.

فيلاحظ أن اكتساب الجنسية بالزواج كأثر مباشر لهذا العقد يختلف مع طبيعته القانونية، فالزواج عقد مدني يرتب آثارا على الحالة الشخصية للزوجة، أما أن ينتج آثار سياسية فهذا لا يتفق مع طبيعة الزواج وجوهر أحكامه¹، كما أن استقلال الجنسية سيسمح للمرأة بالزواج من رجل أجنبي دون أن يكون لديها قلق بشأن حرمانها من جنسيتها وفرض جنسية الزوج عليها².

كما أن فقدان المرأة لجنسيتها الأصلية بقوة القانون غير عادل ويؤثر بالسلب على مركزها القانوني، واعتداءً على حريتها الشخصية، وحق ارتباطها بموطنها، فتبعاً لذلك ستفقد الحق في ممارسة حقوقها السياسية في بلدها كحق الانتخاب والمشاركة في الحياة السياسية والعمل في الوظائف الحكومية والاستفادة من المزايا التي تمنحها الدول لمواطنيها دون غيرهم، مثلما أنه سيؤثر سلباً على روابطها الأسرية بفرض قيود على سفرها لعائلتها المقيمين في موطنها الأصلي.

وكذلك فإنه ليس من مصلحة الدولة فرض جنسيتها على النساء الأجنبيات³، فهو سيقوض لا محالة من قدرة الدولة في مراقبة من سيدخل في جنسيتها ويصير من رعاياها، إذ قد يكون من بينهن نساء من دول عدوة، أو لهن سيرة إجرامية، وهو ما سيلقي بآثاره على سيادة الدولة طالما أنها لا تستطيع رفض منحهن الجنسية التي سيكتسبها بقوة القانون.

ثانياً: مبدأ استقلال جنسية الأسرة في التشريع المقارن

يرجع السبب الرئيسي في ترك مبدأ وحدة جنسية الأسرة على المستوى التشريعي، والتحول إلى تبني مبدأ استقلالية الجنسية إلى مطالبات الحركات النسائية في أوروبا والولايات المتحدة؛ فعلى سبيل المثال، أدى التحالف بين النسويات والمواطنين في فرنسا إلى هجر نظام وحدة الجنسية على المستوى التشريعي⁴،

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 616.

² Nazanin Pourjabali and Najjad Ali Almasi, op. cit., p19.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 1995، ص 75.

⁴ Linda Guerry, Le genre de l'immigration et de la naturalisation, L'exemple de Marseille (1918-1940), ENS Éditions, Lyon, 2013, p 245.

- كما لعبت صحيفة «La Française» في ذلك الوقت دوراً في المطالبة بتعديل قانون الجنسية، وتلقت رسائل وفيرة من نساء من جميع أنحاء فرنسا يطالبن بالجنسية التي يعتقدن أنها حقهن في الولادة، وفي هذه الروايات، قدمت النساء الفرنسيات شكواهن، وطلبن من السياسيين والقيادات النسائية على مواصلة الكفاح من أجل الحصول على الجنسية المستقلة، وذلك أثناء فترة المناقشة المطولة لمشروع القانون في البرلمان، وكمثال لتأثر الفرنسيات اللاتي حرمن من جنسيتها رسالة سيدة فرنسية وجهتها إلى صحيفة «La Française» وجاء فيها : «أنا امرأة فرنسية بالولادة، رغبتى الكبرى هي أن أصبح فرنسية مرة أخرى بموجب القانون، لم أعترف أبداً بالجنسية المنسوبة لي قانونياً، جنسية زوجي البولندي النمساوي، ولن أفعل ذلك أبداً،

الأمر الذي ظهر واضحا من خلال المادة 8 من قانون الجنسية الفرنسية لسنة 1927، حيث عكست جهود المدافعين عن حقوق المرأة والحقوقيات والسياسيين الفرنسيين الذين رأوا بأنه لم يعد من المناسب إدراج جنسية المرأة ضمن جنسية زوجها¹، وجاء في المادة 8 أن المرأة الفرنسية المتزوجة من أجنبي تحتفظ بجنسيتها الفرنسية، ما لم تعلن صراحة عن رغبتها في الحصول على جنسية زوجها، وفقا لقوانين بلده، وهكذا حصلت المرأة المتزوجة على الحق في الاحتفاظ بجنسيتها أو تغييرها، وإن بقي هذا الحق محدودا في حالة بعض النساء الأجانب (على سبيل المثال، النساء ذوات الجنسية الألمانية أو التشيكوسلوفاكية)².

وتبنى المشرع الفرنسي مبدأ الاستقلال المطلق أو النظام الثنائي في قانون الجنسية الصادر بتاريخ 1 جانفي 1973، وصار بموجبه الرجال والنساء في مركز متساوي فيما يتعلق بنقل الجنسية الفرنسية بالزواج³، حيث لم يحدث القانون أي فرق بين الزوجين في آثار الزواج على الجنسية⁴، كما عالج حالة عديم الجنسية الذي يحق له بناءً على طلبه أن يكتسب الجنسية الفرنسية بالزواج من مواطنة فرنسية أو العكس، وعلقت المادة 1/37 هذا الأمر على شرط مرور 6 أشهر عن من تاريخ انعقاد الزواج وموافقة الوزير المسؤول عن التجنس طبقا للمادة 105، كما أضاف تعديل سنة 1984 شرط تمسك الزوج الفرنسي بجنسيته فضلا عن المحافظة على الروابط الاجتماعية كتأمين وسائل المعيشة بين الزوجين، الذي أصبح شرط يرفض بسببه الكثير من طلبات التجنس⁵.

كما أثمر النشاط السياسي للرابطة الوطنية للناخبات في الولايات المتحدة التخلي عن وحدة الجنسية، واعتماد الكونغرس بما يعرف بقانون «cabl» لسنة 1922 مباشرة بعد تبني حق التصويت المتساوي، ولم تضع هذه المنظمة سوى بندين في برنامجها، أحدهما جنسية المرأة المتزوجة، وكانت النتيجة أن كل حزب من الأحزاب السياسية اضطر إلى وضع هذا المطلب في برنامجه، وفي غضون بضعة أشهر أعتد هذا

أنا فرنسية وسأبقى كذلك على الرغم من كل شيء"، ثم ناشدت الصحيفة لمواصلة حملتها للحصول على الجنسية المستقلة نيابة عنها، وعن جميع النساء الفرنسيات الواقعات في نفس المأزق.

- Jane Misme, La nationalité de la femme marie, Il faut reformer la loi, La Française, 18 Novembre 1916, cited in : Elisa Camiscioli, op. cit., p 54.

¹ Camiscioli, Elisa, op. cit., p 54.

² Linda Guerry, Le genre de l'immigration et de la naturalisation, op. cit., p 245.

³ Gérard Neyrand et Marine M'Sili, Les Couples Mixtes Dans La France Contemporaine, Mariage, Acquisition De La Nationalité Française Et Divorce, Population (French Edition), vol. 52, no 3, 1997, p 579.

⁴ Bernard Dutoit, La nationalité de la femme mariée, vol. 1, Europe-supplément 1937-1989, Librairie Droz, Genève, 1990, p 94.

⁵ André Lebon, Attribution, acquisition et perte de la nationalité française : un bilan 1973-1986, Revue européenne des migrations internationales, vol. 3, n° 1-2, 1er-3eme trimestre 1987, p 13-14.

القانون الذي يُقي للمراة الأمريكية عند زواجها من أجنبي، حق الاحتفاظ بجنسيتها الأمريكية، ما لم تختار التخلي عنها¹.

وفي بريطانيا خففت تعديلا صادرة سنة 1933 من غل إرادة المراة في الجنسية، حيث قرر أن المراة البريطانية لا تفقد جنسيتها تلقائيا في حال تزوجها من أجنبي مالم يعترف القانون الوطني لزواجها باعتبارها مواطنة بموجب الزواج، أو في حال اكتساب زوجها جنسية دولة يُكسبها قانونها تلقائيا جنسيته، ولم يلبث إلى أن تحسن مركز المراة في القانون 1948 الذي لم يعد يفرض قانون جنسية الزوج على الزوجة البريطانية ويسقطها عنها، كما تكتسب الأجنبية المتزوجة من بريطاني بناءً على رغبتها وبشروط مخففة².

كما اتجهت بلدان أخرى إلى هجر نظام وحدة الجنسية وتفضيل استقلالية المراة المتزوجة في جنسيتها كالقانون الروسي سنة 1918، حيث نص القانون الأول لقوانين الجمهورية السوفياتية الاتحادية الاشتراكية الروسية، في القسم الذي يتناول الحالة المدنية والعلاقات المنزلية والزواج والأسرة والوصاية، على أن المراة التي تتزوج من مواطن روسي لا تُفرض عليها جنسية زوجها، كما لا يؤثر زواج المراة الروسية من أجنبي على جنسيتها³.

وأخذت قوانين الدول الأوروبية الأخرى باستقلال المراة المتزوجة بجنسيتها كقوانين بلجيكا وإستونيا في 1922، السويد والنرويج ورومانيا 1924، الدنمارك 1925، أيسلندا 1926، فنلندا 1927، تركيا ويوغوسلافيا 1928، وكذا ألبانيا عام 1929⁴.

وبخصوص دولنا العربية، فقد سايرت قوانينها هي الأخرى التحولات الدولية بخصوص جنسية المراة واحترام إرادتها، والسير نحو المساواة بين الرجل والمراة بعدم ترتيب أي أثر حتمي للزواج المختلط على جنسيتها، تركز في تبني مبدأ استقلالية الجنسية، وهجر العمل بنظام وحدة الجنسية الذي كان المبدأ السائد في بداية تشريع قوانين الجنسية العربية.

وما يلاحظ على القوانين العربية أنها بدأت في التحول تدريجيا بشأن جنسية المراة المتزوجة، بالعمل بداية على التخفيف من مبدأ وحدة الجنسية، وعدم فرض الجنسية على المراة الأجنبية المتزوجة من وطني وتعليق الأمر على رغبتها، ولوحظ فيما بعد أن العمل بهذا النظام يهمل أيضا إرادة الدولة ولا يعتد بها لأنه

¹ Macmillan, Chrystal, op. cit., p 146.

² Hansen, Randall. Citizenship and immigration in postwar Britain. Oxford University Press, New York, USA, 2000. P 52/ Olive M. Stone, Family Law, The Macmillan Press Ltd, London, 1977, p 60.

³ Macmillan, Chrystal, op. cit. p 146.

⁴ Linda Guerry and Ethan Rundell, op. cit., p 77.

لا يخول للسلطات حق الاعتراض على دخول المرأة في جنسيتها، ولا حق الرقابة على العناصر الأجنبية التي تكتسب الصفة الوطنية عن طريق الزواج، مما يؤدي بدخول عناصر مرفوضة لأسباب أخلاقية وسياسية، وكذا خلوه من الشروط التي تضمن عدم الدخول في الزواج لتحقيق مآرب ومصالح أخرى¹، السبب الذي أدى لاحقاً إلى تبني مبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة في شكله المطلق.

فبعد أن أخذ القانون المصري بوحدة الجنسية في الأسرة ضمن قانون 1929، عدل المشرع عن هذا النهج في قانون 1950 ولم يترتب أي أثر مباشر وحتمي على جنسية الزوجة سواء باكتساب الأجنبية للجنسية المصرية أو فقدان المصرية لها، بحيث يحق لها الاحتفاظ بجنسيتها إلا إذا رغبت في الدخول في جنسية زوجها²، وقبل أن يستقر القانون على تبني مبدأ استقلالية الجنسية الأسرة بشكل مطلق، علقت المادة 9 منه اكتساب الأجنبية المتروجة من مواطن مصري على شرط إثبات رغبتها في اكتساب جنسيته في عقد الزواج أو بواسطة طلب لاحق للزواج مع استمرار الزوجية مدة سنتين مع إمكانية الحرمان³، إلا أن القانون 1950 ظل يعتمد المبدأ الأول لمن يكتسب زوجها الجنسية المصرية وفقاً للمادة 8، بحيث يترتب على اكتساب الأجنبي للجنسية المصرية أن تكتسب زوجته كذلك الجنسية المصرية بقوة القانون⁴، ثم استقر المشرع المصري على الأخذ بمبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة بداية من تعديل 1956 إلى غاية صدور القانون رقم 26 لسنة 1975 مع التخفيف من شروطها والتسوية بين المتروجة من مصري والتي يكتسب زوجها الجنسية بتاريخ لاحق للزواج⁵، الذي أوردت مادته 7 شروطها العامة بنصها على أنه " لا تكتسب الأجنبية التي تتزوج من مصري جنسيته بالزواج إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في ذلك ولم تنتهي الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمانها من اكتساب الجنسية المصرية"⁶.

¹ حسن الهداوي، اكتساب الاجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، المجلد 1، ع 2، 1977، ص 61-62.

² أحمد محمد أمين الهواري، وضع المرأة في تشريعات الجنسية في الدول العربية، مجلة الحق، اتحاد المحامين العرب، لبنان، المجلد 20، ص 145.

³ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص: الجنسية-تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي-، الكتاب الأول: الجنسية، 2004، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 217.

⁴ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 166.

⁵ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 127/167.

⁶ هشام علي صادق، مرجع سابق، 125

كما عدل المشرع العراقي عن مبدأ وحدة الجنسية في القانون 6 لسنة 1941 بتعديل المادة 17 مستهدفا تحقيق عدة اعتبارات، أولها الاعتراف بالحرية للمرأة وحققها في اختيار جنسيتها، المساواة بين الرجل والمرأة والاعتراف بأهلية المرأة، وكذا منح الدولة سلطة مراقبة من يدخل في جنسيتها لاستبعاد الأجانب غير المرغوب فيهن لأسباب سياسية وأخلاقية، بتعليق طلب الدخول في جنسية الأزواج العراقيين على موافقة وزير الداخلية استنادا لأسباب متعلقة بالاندماج والولاء، وهو ما تم التأكيد عليه في قانون الجنسية رقم 26 لسنة 1964¹.

وخرج المشرع السوري جزئيا عن هذا المبدأ الذي كان ساريا بموجب القانون رقم 16 لسنة 1925، فيما يخص الأجنبية غير العربية، أما بخصوص الأجنبية العربية فقد استمر في اتباع نظام وحدة الجنسية من خلال المادة 9 من قانون 1951، قبل أن يعدل عن العمل به كليا بصور القانون 82 لسنة 1958 الذي لم يرتب أي أثر مباشر للزواج على جنسية المرأة العربية إلا بناءً على طلبها².

كذلك اتجه التشريع في الكويت للتحويل نحو نظام استقلالية الجنسية، وإن كان سببه الرئيسي القيد الذي وضعه قانون الجنسية لسنة 1959 على قدرة الدولة في رفض دخول الأجانب اللاتي يتزوجن من كويتيين بالجنسية الكويتية، في الحالات التي تقتضيها مصلحة الدولة³، لذلك تم إصدار القانون 70 لسنة 1966، مستبدلا نص المادة 8 التي كانت تنص على أن " المرأة التي تتزوج كويتيا تصبح كويتية"، بنص جديد يلغي كل أثر مباشر للزواج المختلط على رابطة الجنسية وإقرار حق الدولة في حرمان الأجنبية من الجنسية الكويتية، بحيث لا يترتب على زواج الأجنبية من كويتي أن تدخل في جنسية زوجها إلا بإعلان رغبتها إلى وزير الداخلية بعد الاستمرار في الرابطة الزوجية مدة خمس سنوات من تاريخ الإعلان الذي يمكنه حرمان الأجنبية من الجنسية في تلك المدة كما يمكنه اعفاءها من هذه الشروط أو بعضها⁴؛ وهو ما نلمسه في تشريع الجنسية الأردني رقم 6 لسنة 1954 وقانون الجنسية، والمغربي لسنة 1950 في مادته

¹ أنظر: غالب علي الداودي، تأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة في القانونين العراقي والتركي، مرجع سابق، ص 111-110.

² حسن الهداوي، اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 59.

³ ويتضح من المذكرة الايضاحية بشأن هذه المادة أن صياغة هذه الشروط الجديدة لأجل ألا يكون الزواج وسيلة للتلاعب وللحصول فقط على الجنسية الكويتية ولتحقيق مآرب أخرى غير الزواج. أنظر: عبد الله، عز الدين، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مرجع سابق، ص 221-222.

⁴ عبد الله، عز الدين، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مرجع سابق، ص 221-222.

العاشرة، وقانون جنسية دولة الامارات العربية لسنة 1972 الذي اشترط في مادته العاشرة تخلي الأجنبية عن جنسيتها الأصلية¹.

الفرع الثالث

جنسية المرأة المتزوجة في المواثيق الدولية

ثبت لنا أن تحسن مركز المرأة المتزوجة في قوانين الجنسية يرجع سببه إلى نشاط الحركات النسوية ومن وافقهم من السياسيين الذين رأوا بضرورة إعطاء مجال لحرية المرأة واحترام إرادتها على أساس مساواتها بالرجل، الأمر الذي لا يتحقق إلا بالتحول نحو العمل بنظام استقلال الجنسية في الأسرة، لذلك لا يمكننا القول بأن المواثيق الدولية لعبت دورا حاسما في تحسن مركز المرأة في قوانين الجنسية، لا سيما أن هذه النشاطات والتحويلات كانت سابقة لمنظمة الأمم المتحدة والتوثيق الدولي لحقوق الإنسان والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يشكل أساس هذا الفرع القانوني.

وتعد نقطة بداية الاهتمام برابطة الجنسية على مستوى الوثائق الدولية عموما لأجل تلافي مشاكل الجنسية والدعوة الى ضرورة الاعتراف بحق الجنسية من خلال عصبة الأمم.

وإذا كان تنظيم مسائل الجنسية والمواطنة في القانون الدولي، واعتبار الحق في الجنسية حق أساسي من حقوق الإنسان، بما فيه حق كل فرد في اكتساب الجنسية وتغييرها والاحتفاظ بها، وكذا حق المرأة في المساواة بالرجل في الجنسية، يصطدم مع ما أقره القانون الدولي في حرية الدول في تنظيم جنسيتها وتقرير من هم رعاياها. وبما يتفق مع مصلحتها ليس حقا مطلقا²، فالدولة ليست وحدها على البسيطة فهي جزء من المجتمع الدولي مع غيرها من الدول³، وحريتها مقيدة بالاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ القانونية المعترف بها في القانون الدولي⁴.

¹ أنظر: حسن الهداوي، اكتساب الاجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 65 و82. / عكاشة محمد عبد العال، مركز المرأة في تشريع الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين في الشارقة، المجلد 12، ع 48، 1995، ص 34.

² هذا المبدأ المعروف بحرية الدولة في تنظيم جنسيتها، هو مبدأ نصت عليه المادة الأولى من اتفاقية لاهاي (المتعلقة بمسائل مهمة في مجال تنازع قوانين الجنسية) الموقعة في 12/04/1930، كما تأثرت عليه أحكام القضاء الدولي. أنظر: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 41.

³ حفيفة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجنبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 96.

⁴ المرجع نفسه، ص 69-85.

أولاً: جنسية المرأة المتزوجة في ظل عصبية الأمم

تعتبر عصبية الأمم الانطلاقة الدولية نحو تبني مبادئ المساواة بين الرجل والمرأة، فعلى الرغم من الغرض الذي أنشأت من أجله باعتبارها رابطة ضامنة للسلام، إلا أنها سرعان ما أصبحت مكاناً للكفاح والاعتراف الصريح بالمساواة بين الجنسين¹، وعرفت في ظلها مسألة الجنسية اهتماماً من قبل المجموعة الدولية نتيجة للمشاكل المتعلقة بها، بما في ذلك تعدد الجنسية وانعدامها وفقدان الجنسية بسبب الزواج، الأمر الذي أثار قلق الدول وعصبية الأمم التي شجعت على اتخاذ تدابير للحد من هذه المشاكل.

1- مؤتمر لاهاي لتوحيد القانون الدولي 1930

يعد مؤتمر لاهاي لتوحيد القانون الدولي أول مؤتمر دولي يدعو على وجه التحديد لهذا الغرض؛ ففي عام 1924 أنشأت عصبية الأمم لجنة خبراء لأجل تدوين القانون الدولي، وتتمثل مهمة هذه اللجنة في اختيار واقتراح عدد معين من المواضيع في ميدان القانون الدولي للمؤتمر الأول المعني بالتدوين، وتم الاتفاق أخيراً على ثلاثة مواضيع، من بينها موضوع الجنسية².

وقد تم التطرق إلى مسألة جنسية المرأة المتزوجة لأول مرة في مناقشات المؤتمر الخامس للقانون الدولي الخاص، المنعقد في لاهاي سنة 1925، الذي حضره أعضاء الأمانة العامة لعصبية الأمم، حيث قررت المنظمة وضع المسألة على جدول أعمال مشروعها لتدوين القانون الدولي؛ وفي هذه المرحلة، بدأت الجماعات النسوية جهداً لكسب جلسة لأجل الاستماع لمطالبها³.

وسعى هذا المؤتمر إلى التوصل إلى اتفاق دولي لتسوية المسائل المتعلقة بالجنسية، وهي المسألة التي خُصت بلجنة خاصة للنظر في الإشكاليات التي تثيرها⁴.

كما لعبت المرأة دوراً بارزاً في أنشطة المنظمة، حيث أثرت المسائل المتعلقة بالمرأة على عمل عصبية الأمم بشأن عدة مواضيع، وكانت مسألة جنسية المرأة المتزوجة واحدة من أكثر القضايا النسائية وضوحاً؛ فيذكر أن المنظمات النسائية الدولية بذلت كل ما في وسعها لإقناع المؤتمر بأن المرأة المتزوجة تستحق أن

¹ Katarina Leppänen, The Conflicting Interests of Women's Organizations and the League of Nations on the Question of Married Women's Nationality in the 1930s. NORA: Nordic Journal of Women's Studies, vol. 17, no. 4, Dec. 2009, p 248.

² Hunter Miller, The Hague Codification Conference The American Journal of International Law, vol. 24, no. 4, 1930, p 674.

³ Linda Guerry and Ethan Rundell, op. cit., p 78.

⁴ Miller nunter, op. cit. 676

تعامل على قدم المساواة مع النساء غير المتزوجات فضلا على مساواتها بالرجل¹، وقد ضغطت المنظمات النسوية لسنوات من أجل لفت الانتباه إلى مسألة جنسية المرأة المتزوجة، حتى أنه في أثناء التحضير للمؤتمر، تلقت الرابطة رسائل من عدة منظمات نسائية تطالب بالاستماع إلى مطالبها²، ووصل الأمر إلى إقامة مظاهرة بتنظيم من المجلس الدولي للمرأة والتحالف النسائي الدولي للاقتراع، جرت في لاهاي بتاريخ 1930/03/14³.

ومع ذلك، لم يحسم مؤتمر لاهاي مسألة جنسية المرأة المتزوجة ولم يكفل المساواة بين الرجل والمرأة في قوانين الجنسية، بالرغم من أن المؤتمر خلص إلى المصادقة على الاتفاقية المعروفة باتفاقية لاهاي المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية الموقعة في 1930/04/12؛ إلا أن النشاط اعتبروا الأمر في ذلك الوقت حدثا محوريا في تاريخ حقوق المرأة في الجنسية ومنح الشرعية للمطالبة بالمساواة⁴، لاسيما من خلال التوصية رقم 6 التي "توصي الحكومات بدراسة المبدأ القائل بأنه لا يجوز التمييز على أساس نوع الجنس في قوانينها وممارساتها المتعلقة بالجنسية"⁵.

كما أن الاتفاقية التي اعتمدها المؤتمر، والمتعلقة "ببعض المسائل المتصلة بتنازع قوانين الجنسية"، لم تشهد نجاحا وعرفت عزوفا عن التصديق عليها، بالرغم من مناشدة الجمعيات النسوية وبعض الدول لاحترام حرية المرأة والمساواة بين الزوجين في قوانين الجنسية، لذلك لم تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ سوى في عام 1937 بعد أن وصل عدد الدول المصدقة الحد المطلوب (10 دول أو أكثر)⁶، بسبب الاعتراض الواسع على المواد 8 ، 9 و 10 التي تناولت مسائل جنسية المرأة المتزوجة⁷، والمنصوص عليها في الفصل الثالث من النص النهائي للاتفاقية تحت عنوان "جنسية المرأة المتزوجة".

¹ Leppänen, Katarina, op. cit., p 241.

² Acts of the Conference for the Codification of International Law (1930), Volumes 1, C.351(a).M145(a) Geneva: League of Nations, p 163. cited in: Katarina Leppänen, op. cit., p 244.

³ Chrystal Macmillan, The Nationality of Married Women: Women's Printing Society, London 1929, p 19. cited in: Katarina Leppänen, op. cit., p 244.

⁴ See: Candice Lewis Bredbenner, A Nationality of Her Own: Women, Marriage and the Law of Citizenship University of California Press, Berkley, 1998, p 112 / Katarina Leppänen, op. cit., p 246-247.

⁵ Hunter Miller, op. cit., p 681

⁶ Edwin Borchard, Three Hague Conventions on Nationality, The American Journal of International Law, vol. 32, no. 1, 1938, p126 .

⁷ See: Manley Hudson O. The Hague Convention of 1930 and the Nationality of Women, The American Journal of International Law, vol. 27, no. 1, Cambridge University Press , 1933, p 119. / Hunter Miller, op. cit., p 683.

وبالرجوع لهذه النصوص¹، نجد أن المادة 8 و9 عالجت مشكلة انعدام جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي، حيث نصت المادة 8 على أنه إذا قضى القانون الوطني للمرأة بفقدان جنسيتها عند الزواج من أجنبي يجب أن يكون هذا الفقدان معلقاً على شرط حصولها على جنسية زوجها، في حين نصت المادة 9 على أنه "إذا قضى القانون الوطني للزوجة بفقدانها لجنسيتها عند تغيير جنسية زوجها أثناء الزواج، فهذا الفقدان يكون معلقاً على شرط حصولها على الجنسية الجديدة لزوجها"، كما قضت المادة 10 باحترام إرادة الزوجة عند تغيير الزوج لجنسيته وألا يكون تغيير جنسيتها إلا بموافقتها².

كما جاءت المادة 11 لتفادي الوقوع في ازدواج الجنسية في حالة استرداد الزوجة لجنسيتها الأصلية التي فقدتها واكتسبت غيرها بسبب الزواج، ورأت بأنه "لا يجوز للزوجة التي فقدت جنسيتها الأصلية عند الزواج بموجب قانونها الوطني، أن تستردها بعد انتهاء الزواج إلا بموجب طلب خاص ووفقاً لقانون هذا البلد، وفي حالة استردادها تفقد جنسيتها التي اكتسبتها بسبب الزواج".

2- اتفاقية الدول الأمريكية لجنسية المرأة 1933

كان لنساء أمريكا اللاتينية دور فعال في التأثير على قرارات المؤتمر الدولي للدول الأمريكية المنعقد بكوبا سنة 1928، الذي تمخض عنه إنشاء "لجنة البلدان الأمريكية للمرأة"، وهي أول هيئة مشتركة بين الحكومات، والتي تكمن مهمتها في معالجة المسائل المتصلة بالمسائل المتصلة بأوضاع المرأة³؛ ووضعت اللجنة المشتركة المعنية بالمرأة والمساواة بين الجنسين، في اجتماعها الأول، بياناً من جزأين بشأن جنسية المرأة، طلبت في الجزء الأول من الحكومات الموقعة أن تدرج في قوانينها مبدأ المساواة بين الجنسين في مسائل الجنسية مع مراعاة مصالح الأطفال، والتأكيد في الجزء الثاني على ألا تتأثر جنسية الزوجة من دون موافقتها سواء بالتبعية عن طريق الزواج أو بتغيير الزوجة لجنسية⁴.

وتبعاً لذلك، ومن خلال المؤتمر الدولي السابع للدول الأمريكية المنعقد بمونتيفيديو (الأوروغواي) المنعقد بين فترتي 03 و26 ديسمبر 1933، تم اعتماد اتفاقية "جنسية المرأة المتزوجة" التي تمكن المرأة

¹ League of Nations, Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, No. 4137, p89,100-103.

- أنظر أيضاً نصوص المواد على الموقع الإلكتروني: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html>

² تنص المادة 10 على أن " لا يؤدي جنس الزوج أثناء قيام الزوجية على تغيير جنسية الزوجة إلا بموافقتها على ذلك".

³ Hilikka Pietilä and Beth Peoc'h, The unfinished story of women and the United Nations, UN, 2007. p 5.

⁴ Bonnie G Smith, The Oxford encyclopedia of women in world history. Vol. 1, Oxford University Press, NY, USA, 2008. p 596.

المتزوجة من أجنبي من الاحتفاظ بجنسيتها، إلى جانب "اتفاقية المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات"، لتصبح بذلك أول اتفاقية دولية توسع من نطاق المساواة بين المرأة والرجل¹، وتوفر للنساء والرجال في القارة الأمريكية مركزاً متساوياً فيما يتعلق بالجنسية²، بالنص صراحة في مادتها الأولى على أنه لا يجوز للدول التمييز على أساس الجنس في مسائل الجنسية، في تشريعاتها أو في ممارستها، بحيث لا يؤثر زواج المرأة أو طلاقها على جنسيتها مثلما هو الحال مع الرجل.

وفي عام 1935 اعتمدت عصبة الأمم الاتفاقية ودعت جميع الدول الأعضاء عن طريق المندوبين من كلا الجنسين في بعض الدول للتصديق عليها³.

ثانياً: جنسية المرأة المتزوجة في ظل منظمة الأمم المتحدة

يظهر الاهتمام الدولي بحقوق المرأة في مجال الجنسية في القواعد العامة التي أقرتها اتفاقيات حقوق الانسان في المساواة وعدم التمييز في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة، كما يظهر الاهتمام بمسألة الجنسية في نصوص خاصة باعتبارها حقاً لازماً وأساسياً للفرد، والاعتداد بإرادته كعدم اسقاطها عنه جبراً وكذا حقه في اكتساب الجنسية وتغييرها والاحتفاظ بها؛ فضلاً عن نصوص خاصة بجنسية المرأة المتزوجة ومحاولة إلزام الدول بأحكامها على اعتبار أن المرأة الطرف الذي طالما تأثرت جنسيته على المستوى التشريعي خلافاً للرجل.

1- جنسية المرأة المتزوجة في النصوص الدولية العامة

تنبهت الهيئات الدولية فعلاً إلى أهمية الجنسية بالنسبة للإنسان، بداية من الوثيقة التاريخية للأمم المتحدة أي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 ونصت عليها ضمن الحقوق الأساسية كالحق في الحياة والحرية والمساواة أمام القانون، وحددت المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان نطاق هذا الحق⁴.

¹ Bonnie G Smith, op. cit., p 596/ Deborah Stienstra, Women's movements and international organizations. Palgrave Macmillan UK, UK 2016, p 71.

² Hilikka Pietilä and Beth Peoc'h, op. cit., p 6.

³ Ibid/ Linda Guerry and Ethan Rundell, op. cit., p 95.

⁴ فؤاد عبد المنعم رياض وهشام علي صادق، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون المصري المقارن، دون ناشر، مصر، ط1، 2004، ص 33.

كما أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لما أقر بأهمية الجنسية بوصفها حقاً من حقوق الإنسان¹؛ أقرها لكلا الجنسين دون استثناء، ضمن بعد لتحقيق المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس²، الأمر الذي أكدته المادة 2 حين اعتبرت أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في الإعلان، دون تمييز بسبب الجنس.

فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 15 على أن "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما"، وذلك لأهمية هذه الرابطة القانونية للفرد بدولة معينة، والتي تظل في الممارسة العملية شرطاً أساسياً للتمتع بمجموعة واسعة من حقوق الإنسان وحمايتها، والاعتراف بأن كل إنسان ينبغي أن تكون له جنسية واحدة على الأقل، هو نتيجة طبيعية لأن عدم وجود أي جنسية - انعدام الجنسية - في حد ذاته انتهاك لحقوق الإنسان، ويؤدي إلى انتهاك حقوق أخرى³؛ لذلك قضت الفقرة الثانية "بأنه لا يجوز تعسفا حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته"، وهذا ينطبق على جميع أشكال الحرمان القسري بما فيه حرمان المرأة من جنسيتها بصفة حتمية كأثر للزواج، والذي يعد من أشكال الحرمان التعسفي، أو التعدي على إرادتها في الاحتفاظ بجنسيتها مثلما هو الحال في نظام وحدة الجنسية في الأسرة.

¹ يذكر بأنه أثناء النظر في المادة 15، اقترح ممثل المملكة المتحدة تعديل الفقرة الأولى وحصرها في عدم جواز الحرمان من الجنسية في الجنسية الأصلية التي تثبت للشخص بالولادة، مقترحا التعديل كما يلي: "لا يجوز حرمان الأشخاص من جنسيتهم، التي اكتسبوها عند الولادة"، وقال بأنه يعتقد أن الفقرة الثانية ينبغي حذفها؛ كما اقترحت ممثلة الولايات المتحدة حذف المادة 15 نهائياً وأعربت عن اعتقادها بأن مشكلة الأشخاص عديمي الجنسية ينبغي أن تترك للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، كما ذكرت أن عمل المجلس الاقتصادي والاجتماعي بشأن انعدام الجنسية ينبغي ألا يمنع الجمعية العامة من إدانتها من حيث المبدأ، والغرض من المادة 15 هو التعبير عن أحد المبادئ العامة للبشرية والتأكيد على أن كل إنسان ينبغي أن يكون عضواً في مجموعة وطنية، وينبغي للأمم المتحدة أن تسهم في وضع حد لانعدام الجنسية عن طريق الحث على اتخاذ التدابير اللازمة على الدول ذات السيادة.

- كما أثار نص المادة 15 المقدم من لجنة الصياغة نقاشاً أدى بالتصويت من أجل تأجيل اتخاذ أي قرار بشأنها، بسبب أن اللجنة الخاصة بوضع المرأة، والتي كان من المقرر أن تجتمع لاحقاً، هي الهيئة المناسبة لإجراء دراسة شاملة بشأن المادة 15 لا سيما من حيث النظر في مسألة الجنسية عند الزواج، وينبغي للجنة الفرعية أن تنتظر النتائج التي تتوصل إليها اللجنة الخاصة بوضع المرأة. أنظر في ذلك:

- William Schabas, ed. The Universal Declaration of Human Rights: The travaux préparatoires: Cambridge University Press, UK 2013, article 15 - Consideration of article 15, concerning nationality.

² Savitri W.E Goonesekere, Article 9, in: Marsha A Freeman, Beate Rudolf, Christine Chinkin, Susann Kroworsch, and Allison Sherrier, op. cit., 235.

³ Mirna Adjami, Julia Harrington, The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights, Refugee Survey Quarterly, Volume 27, Issue 3, 2008, p 94.

كما يلاحظ أن الإعلان نص مباشرة بعد ذلك في المادة 16 على حق المرأة والرجل على السواء في الزواج وتكوين الأسرة دون تمييز أو قيد، وكذا المساواة بينهما في الحقوق والواجبات عند الزواج وأثناء قيامه وانحلاله.

وعلى المستوى الإقليمي، نصت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969 على أنه لا يجوز حرمان أي شخص تعسفا من جنسيته، وعليه فإنه لا يجوز أن يترتب عن الزواج أو انحلاله تغييرا في جنسية المرأة¹، كما جاء في الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية 1997 التي استلهمت أحكامها من اتفاقية 1961 بشأن خفض حالات انعدام الجنسية²، وكذا المبادئ العامة لحقوق الإنسان في المساواة وعدم التمييز³ في مادتها 4-د النص على أن الزواج أو فسخه لا ينبغي أن يؤثر على جنسية أي من الزوجين بصفة تلقائية، كما لا يجوز أن يؤثر تغيير جنسية أحد الزوجين على جنسية الزوج الآخر⁴.

كما عالج بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب مسألة انعدام الجنسية بالنسبة للمرأة بسبب الزواج، إلا أنه لم ينص صراحة على حقها المطلق في الاحتفاظ بجنسيتها من خلال المادة 6-ز⁵، غير أن مشروع البروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن الجوانب المحددة المتعلقة بالحق في الجنسية والقضاء على انعدام الجنسية أقر بحق المرأة في الاحتفاظ بجنسيتها ومساواتها الكاملة مع الرجل في كل جوانب المتعلقة بالجنسية، والنص على وجه الخصوص بضمان ألا يغير الزواج من أجنبي أو تغيير الزوج لجنسيته أثناء فترة الزواج جنسية الزوجة بصفة تلقائية أو يجعلها عديمة الجنسية أو يفرض عليها جنسية الزوج⁶.

¹ المادة 20-3 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان صادرة بتاريخ 1969/11/22، ودخلت حيز النفاذ بدءاً من 1978/7/18.

² Carol A Batchelor, Statelessness and the problem of resolving nationality status? International Journal of Refugee Law 10, no. 1-2 1998, p 164.

³ أنظر ديباجة الاتفاقية والمادة 5 من الاتفاقية التي ركزت على عدم التمييز.

⁴ أنظر مواد الاتفاقية:

- Council of Europe, European Treaty Series, No. 166, European Convention on Nationality, p 3.

⁵ نصت الفقرة 6 من المادة 6 على "أن يكون للمرأة حق الاحتفاظ بجنسيتها أو اكتساب جنسية زوجها"

⁶ أنظر: الاتحاد الأفريقي، مشروع البروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن الجوانب المحددة المتعلقة بالحق في الجنسية والقضاء على انعدام الجنسية، المادة 9-الزواج، جوان 2018، ص 21.

2- جنسية المرأة المتزوجة في النصوص الدولية الخاصة

نقصد بالنصوص الدولية الخاصة، المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والتي اعتمدت بالأساس لأجل تحقيق أهداف المساواة والقضاء على التمييز والعنف ضد المرأة، فضلا عن الاتفاقية الأممية بشأن جنسية المرأة المتزوجة.

ولأن ضمان حقوق الجنسية بصفة متساوية مترابط مع حقوق الإنسان الأخرى فهو يعزز إمكانية الحصول والتمتع بتلك الحقوق، وتأكيدا للحاجة إلى تعزيز هذا الحق بالنسبة للمرأة على المستوى الدولي، لاسيما الحاجة إلى اتفاق ملزم، أصدرت الأمم المتحدة سنة 1957 وثيقة خاصة بجنسية المرأة المتزوجة سعت من خلالها بصورة واضحة إلى تبني نظام استقلالية الجنسية في الأسرة، باعتباره النظام الذي يحفظ للمرأة حقها في الاحتفاظ بجنسيتها والاحترام الكامل لإرادتها بعدم ترتيب أي أثر للزواج على جنسية المرأة إلا بطلب منها.

فوفقا للمبادئ الواردة في هذه الاتفاقيات، ينبغي ألا يغير الزواج من جنسية المرأة بصفة إجبارية، أو أن يفقدها جنسيتها الأصلية أو يجعلها عديمة الجنسية، وهو ما لا يتحقق إلا باستبعاد مبدأ وحدة الجنسية في قوانين الدولة المصدقة على الاتفاقية¹.

وعلى الرغم من أن اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة شكلت خطوة كبيرة في حقوق المرأة باعتبار أنها أول صك دولي يدعو الدول إلى القضاء على مبدأ الجنسية بالتبعية²، إلا أنها لم تشهد تصديقا واسعا من طرف المجموعة الدولية، مما يفقدها عنصر الالتزام للأغلبية الدول.

ونظرا لعدم الزامية النصوص الدولية التي تناولت جنسية المرأة وعدم التصديق عليها بشكل واسع؛ رأت الأمم المتحدة أنه من الضروري ضمان الاعتراف العالمي في القانون بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بصفة عامة³، بما في ذلك المساواة في الجنسية؛ لذلك تم تضمين هذا المبدأ ضمن إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1967 في مادته 5 التي سعت إلى حماية المرأة من الآثار السلبية التي ترتب بصفة

¹ المادة 2 و3 من الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة، عرضت للتوقيع والتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1040 (د-11)، والمؤرخ في 29 كانون الثاني/يناير 1957، تاريخ بدء النفاذ: 11 آب/أغسطس 1958.

² مجلس حقوق الإنسان الدورة الثالثة والعشرون، تقرير عن التمييز ضد المرأة في المسائل المتصلة بالجنسية، بما في ذلك تأثيره على الأطفال، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/23/23، ص 5.

³ أنظر في ذلك ديباجة الإعلان.

تلقائية على جنسيتها بسبب زواجها من أجنبي، ومنحها حقوق مساوية للرجل، حيث نصت على أن " تكون للمرأة ذات الحقوق التي للرجل في ما يتعلق باكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها ولا يترتب على الزواج من أجنبي أي مساس آلي بجنسية الزوجة يجعلها بلا جنسية أو يفرض عليها جنسية زوجها".

وقد عززت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على نطاق واسع من مبادئ المساواة في الجنسية، فعلاوة على الحماية العامة ضد جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تعد الاتفاقية التي توفر منذ صدورها أكبر حماية للمرأة التي تواجه ممارسات تمييزية في مجال الجنسية، الأمر الذي يرجع إلى القوة الإلزامية والتصديق الواسع عليها من طرف غالبية الدول.

وقد خصت المادة 9 من الاتفاقية لمحاربة الأحكام التمييزية في الجنسية¹، والنص بوجه خاص على حماية الجنسية المستقلة للمرأة وذلك بـ "ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج". ويلاحظ بخصوص المادة 9 أنها تتقاطع وتتشرك إلى حد ما مع أحكام الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة 1957، وأكدت الأحكام الرئيسية للاتفاقية في عدم تأثير الزواج في جنسية المرأة بصفة تلقائية، وبالرغم من أن اتفاقية 1957 كانت أكثر تفصيلا في تناولها لجنسية المرأة، إلا أن المادة 9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تشكل خطوة أهم وأكثر تأثيرا مقارنة باتفاقية 1957، وذلك لأكثر من سبب²:

أولها، أن اتفاقية عام 1957 تضمنت في مادتها الثالثة حكما ينص على أن الإجراءات الخاصة بالجنس ينبغي أن تكون متاحة للزوجة الأجنبية لتمكينها بسهولة أكبر من الحصول على جنسية زوجها، وهذا الحكم يكرس نوعا من عدم الاستقلالية فهو افتراض بأن الزوجة يجب تتبع جنسية زوجها بالرغم من أن الهدف من اعتماد الاتفاقية هو تحسين حالة المرأة المتزوجة فيما يتعلق بمسألة الجنسية، مما يوحي بأنها لا تعترز الأخذ بنفس أحكام المعاملة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بجنسيتها، وعلى النقيض من ذلك، تتضمن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بيانا لا لبس فيه لمبدأ المساواة بين الرجل

¹ ابتدأت المادة 9 بالنص على أن "تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها".

² Ekaterina KrivenkoYahyaou, Women, Islam and international law: within the context of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Graduate Institute of International Studies, Geneva, Vol. 8, Martinus Nijhoff Publishers Boston, 2009, p 32.

والمرأة فيما يتعلق بجنسيتها حين نصت المادة 9 على أن "تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها".

وعليه فإن تحقيق المساواة في الجنسية يكون بالقضاء على مفهوم اكتساب الجنسية بالتبعية، الذي كانت تعامل به المرأة المتزوجة لفترة طويلة لعدة سنوات مما قيد حقها في استقلال جنسيتها وحريتها الفردية¹، مثلما جاء في تعليق اللجنة على المادة 9 ضمن التوصية رقم 21 بالحرص على عدم التعسف في إلغائها لأي سبب متعلق بالزواج أو فسخه.

المطلب الثاني

أثر الزواج على جنسية الزوجين في القانون الجزائري

نظرا لتعلق مسائل الجنسية وتحديد رعايا الدولة بمبادئ السيادة وعدم التدخل وكذا والمحافظة على الهوية، سارعت الجزائر مباشرة بعد نيل الاستقلال إلى إصدار قانون الجنسية 96/63 المؤرخ في 1963/03/07. هذا القانون الذي سُن في ظرف انتقالي واستثنائي هدف من خلاله المشرع إلى خلع ثوب الجنسية الفرنسية وإثبات الهوية الوطنية عن طريق الموازنة بين اعتبارات المجموعة الوطنية والحضارية والتاريخية للجزائر، محتويا على 46 مادة تتضمن المبادئ والجزئيات المهمة لأحكام الجنسية العصرية²، ثم ألغى المشرع القانون السابق بموجب الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 1970/12/15 الذي استمر العمل به إلى غاية تعديله بالأمر 01/05 سنة 2005 المتضمن قانون الجنسية الحالي.

وقد شهدت مسألة تأثير الزواج على الجنسية تباينا ملحوظا عبر مختلف قوانين الجنسية الجزائرية، حيث نص عليها قانون 1963 بطريقة خاصة ضمن طرق اكتساب الجنسية، قبل أن يلغي المشرع هذا الحكم في ظل قانون 1970، ثم عاد المشرع في قانون 2005 ومكن الزوجين على قدم المساواة من اكتساب الجنسية عن طريق الزواج.

¹ Marsha A Freeman, Article 9, op. cit., p 241.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007، ص

الفرع الأول

أثر الزواج على جنسية الزوجين في القوانين الجزائرية السابقة

يمكن القول بأن قانون الجنسية الجزائري لسنة 1963 قد أخذ بالاستقلال النسبي لجنسية الأسرة، خلافاً للتشريعات العربية التي كانت تأخذ بمبدأ وحدة الجنسية ثم انتقلت تدريجياً لتبني مبدأ الاستقلالية، بعدم ترتيب أي أثر آلي على جنسية الأجنبية المتزوجة من جزائري بحيث يمكنها المحافظة على جنسيتها الأصلية، ومن جهة أخرى وفي مقابل ذلك، وضع المشرع قيوداً على رغبتها في اكتساب الجنسية الجزائرية؛ ويرجع سبب ذلك مثلما هو واضح إلى الظروف المحيطة بالفترة الزمنية التي صدر فيها هذا القانون، حيث كانت أغلب تشريعات الدول قد عدلت عن العمل بنظام وحدة الجنسية في الأسرة، كما يرجع ذلك إلى الظروف السياسية التي كانت تمر بها البلاد مما يحتم اللجوء إلى فرض رقابة على الأجنبيات الراغبات في الدخول في الجنسية الجزائرية، وليس على أساس المساواة الذي كان أبعد من أن يضعه المشرع في الحسبان للظروف الاستعجالية التي صدر فيها القانون تلك الفترة.

وبخصوص ذلك، كانت المادة 12 منه تقضي بإمكانية اكتساب المرأة الأجنبية المتزوجة من جزائري الجنسية الجزائرية إذا ما أعلنت عن رغبتها في اكتساب جنسية زوجها الجزائري، بموجب طلب موجه إلى وزير العدل قبل إبرام عقد الزواج، والذي يُشترط عدم معارضته لطلبها خلال 6 أشهر من تاريخ الطلب، مع التعبير صراحة عن تخليها عن جنسيتها، وألا يلحق الزواج فسخ أو بطلان مدة 6 أشهر من إبرامه.

غير أن المشرع ما لبث حتى تخلى عن ترتيب أي أثر للزواج المختلط على الجنسية لكلا الجنسين ضمن المقتضيات الجديدة لقانون 1970، وخلافاً للقانون السابق لم يعد للأجنبية المتزوجة بجزائري أي تسهيلات بسبب الزواج لأجل اكتساب الجنسية الجزائرية مثلها مثل الرجل الأجنبي المتزوج من جزائرية، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بمبدأ استقلالية جنسية الأسرة في صورته المطلقة، وحقق المساواة بين الوطنيين من الرجال والنساء المتزوجين من أجنبي، بعدم تفضيل أي منهما على الآخر سواء في عدم ترتيب أي أثر على الجنسية بالزواج، أو بتقديم تسهيلات لصالح زوج الوطني لأجل اكتساب الجنسية الجزائرية.

كما احترم المشرع الجزائري إرادة المرأة، وذلك حين لم يرتب أي تأثير للزواج على جنسية الجزائرية المتزوجة من أجنبي، حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها الأجنبي سواء تم اكتسابها بناءً على طلبها أو بقوة القانون، وهذا عندما اعتبرت المادة 18 أن من بين أسباب فقدان الجنسية الجزائرية "المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية زوجها، وأذن لها بموجب مرسوم التخلي عن الجنسية الجزائرية". لذا

فإن الزواج بأجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج لا يغير من جنسية الزوجة ولا يجعلها عديمة الجنسية ولا يجبرها على اكتساب جنسية زوجها¹.

وفي ظل أحكام هذا القانون، فليس للزوج أو الزوجة الأجنبيان الراغبان في الدخول في الجنسية الجزائرية سوى سلك طريق التجنس العادي الذي لا يحمل أي امتيازات لاكتساب الجنسية نظير زواجهما من مواطن جزائري².

الفرع الثاني

المساواة بين الزوجين في اكتساب الجنسية بالزواج في قانون الجنسية الحالي

ترجع أسباب التعديلات الطارئة على القانون 86/70 المتضمن قانون الجنسية الجزائري بموجب الأمر 01-05 المؤرخ في 2005/02/27، إلى مسايرة الحوادث والتطورات التي عرفها المجتمع الجزائري وما طرأ عليه من تغيرات، تماشياً مع الأنظمة التقدمية في مجال الجنسية واستيعاب حالات الأشخاص والتكفل بها، ورغبة لنبذ أشكال التمييز في الجنسية تحول دون المشاركة الفعلية في المجتمع³، وكذا الوضعية التي فرضتها التحولات العالمية في تعزيز حقوق الإنسان ودخول الجزائر في المواثيق الدولية لاسيما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة في الفترة ما بين قانون 1970 و 2005.

وقد تمخض عن هذا التعديل الرجوع الى إقرار آلية اكتساب الجنسية بموجب الزواج مع توسيع نطاق المساواة، حيث منحت المادة 9 مكرر المضافة بموجب التعديل الأخير، امتيازات للأجانب المتزوجين من جزائريين إذا أرادوا اكتساب جنسية الزوج الجزائري والتخفيف من شروط التجنس، وتمكين حتى الرجل المتزوج من جزائرية من اكتساب الجنسية الجزائرية⁴.

¹ التقرير الدوري الثاني للجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 34.

² أعراب بلقاسم، أحكام الجنسية الجزائرية على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، أبو بكر بلقايد بتلمسان، ع7، 2009، ص 38.

³ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات، السنة الثالثة رقم 146، مرجع سابق، ص 5.

⁴ الأمر الذي ثمنته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة واعتبرته من الجوانب الإيجابية / اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 51، مارس 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، مرجع سابق، ص 3.

وخلافا لما كان عليه الأمر في قانون 1970، بالأخذ المطلق بمبدأ استقلال الجنسية؛ أخذ المشرع بموجب التعديل الأخير بالمبدأ السابق كنقطة انطلاق، وأتاح الفرصة لوحدة الجنسية في الأسرة متى اختار أحد الزوجين ذلك بمحض إرادته مع تمكين الدولة من رفض دخول غير المرغوب فيهم في الجنسية الجزائرية¹، بمنح وزير العدل سلطة رفض طلب التجنس.

وبالرجوع إلى حيثيات المادة 9 مكرر نجد بأنها وضعت شروطا يجب توافرها مجتمعة لتمكين الأجنبي من اكتساب الجنسية الجزائرية بفضل الزواج، مع شرط آخر أغفلته المادة الأخيرة المتمثل في سلطة الدولة في رفض طلب التجنس بمقتضى الزواج، حيث نصت المادة 9 مكرر على أنه: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاثة (03) سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.
- الإقامة المعتادة والمنظمة بالجزائر لمدة عامين (02) على الأقل.
- التمتع بحسن السيرة والسلوك.
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.
- يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج. "

ويتضح من خلال استقراء النص السابق، أنه يتطلب لاكتساب الجنسية بالزواج بمقتضى الرابطة الزوجية شروطا تتعلق بالزواج نفسه، وشروطا تتعلق بطالب الجنسية والدولة، وهي شروط تهدف أساسا إلى التأكد من جدية الزواج وتمكين السلطات من مراقبة الأجانب الداخلين في الجنسية الجزائرية، ولأهمية ذلك سنتطرق لكل شرط في بند مستقل:

أولا- الشروط المتعلقة بعقد الزواج

يشترط لاكتساب الأجنبي الجنسية الجزائرية بمقتضى الزواج، أن يكون زواجه من الوطني قانونيا وقائما لمدة 03 سنوات عند تقديم طلب التجنس، وفقا لما قضت به المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري.

¹ هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب- دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 195.

فأما عن شرط قانونية الزواج، فمن البدهة أن يكون الزواج قد انعقد صحيحا وفقا للقانون الجزائري، على الرغم من اشتغال هذا الزواج على عنصر أجنبي، فالمشرع الجزائري لا يعتد سوى بالزواج الذي ينعقد صحيحا وفقا لما يتطلبه القانون من شروط موضوعية وشكلية، فاعتراض الأجنبي عن الحكم بصحة زواجه طبقا لما هو مقرر في القانون الجزائري، دلالة واضحة لعدم احترامه لقانون الدولة التي يرغب في اكتساب جنسيتها، الأمر الذي يكشف عدم سلامة شعوره نحو الجزائر ومقوماتها، بما يكفي لاستبعاد هذا الشخص من الدخول في الجنسية الجزائرية.

وهنا يثور التساؤل حول القانون الذي يتعين الرجوع إليه للحكم على الزواج بالصحة أو البطلان، فهل يتطلب الأمر الاحتكام إلى القانون الداخلي أم إلى القانون المختص بقواعد الإسناد؟

لقد اختلف الفقه حول القانون الذي ينبغي الرجوع إليه للتحقق من صحة الزواج، فذهب جانب إلى القول بوجود أن يكون الزواج صحيحا وفقا للقانون الداخلي، وهو في هذه الحالة القانون الجزائري وحده، والمقصود بذلك قانون الأسرة، لكون الأمر يتعلق بالجنسية الجزائرية لا الجنسية الأجنبية¹، هذا الرأي يميل إليه جانب من الفقه العربي لطبيعة الزواج المنظمة أحكامه في قوانين الأحوال الشخصية التي تُطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيق أحكام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص قد يحيل الاختصاص إلى دولة أجنبية خرجت بقواعدها عن الشريعة الإسلامية، وتحكم بذلك على صحة زيجات باطلة في القانون الوطني، مثل اعتبار زواج المسلمة من غير المسلم صحيحا²، كما أن الأمر له علاقة باحترام الأجنبي الراغب في التجنس للقانون الداخلي، فضلا عن علاقة المسألة بمبدأ السيادة، فكيف لنا أن نفضل قانونا أجنبيا يقضي بصحة زواج يعتبر باطلا في قانون الدولة التي ستمنح الجنسية؟

وعلى نقيض ذلك ذهب جانب فقهي (خاصة في مصر) إلى القول بالاحتكام إلى قواعد تنازع القوانين لأن الفصل في صحة الزواج وسلامته هي مسألة أولية من مسائل القانون الخاص³، ولا شأن لها بمسائل الجنسية التي تتعلق بالقانون العام⁴.

وبالرجوع إلى قواعد الاسناد في القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع قد حسم الأمر لصالح قانون الأسرة الجزائري، فيما يخص الشروط الموضوعية والتي هي الأساس في الحكم على الزواج وتقدير صحته

¹ هشام علي صادق، عكاشة، وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 130.

² حسن الهداوي، اكتساب الاجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 68.

³ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 196.

⁴ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 120.

أو بطلانه، حيث أخضع الاختصاص للشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج طبقا للمادة 11 من القانون المدني إلى القانون الوطني للزوجين، ثم أورد على هذا الحكم استثناء تضمنته المادة 13، الأمر الذي سيُطبق لا محالة للحكم بصحة الزواج المكسب للجنسية، بحيث سيسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا باستثناء أهلية الزوج الأجنبي التي تبقى خاضعة لقانونه الوطني، وتبقى الشروط الشكلية خاضعة للقاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث الشكل حسب المادة 19 إلى قانون المكان الذي أبرم فيه الزواج أو لقانون الموطن أو الوطني المشترك للزوجين، أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية.

وعليه، فالمرجع للحكم بقانونية زواج لأجل اكتساب الجنسية الجزائرية يكون لقانون الأسرة الجزائري وحده، لاشتمال العقد على عنصر أجنبي، ويكون الزواج باطلا غير قانوني في الحالات التي نصت عليها المواد 32، 33 و34 من قانون الأسرة.

كما اشترطت المادة 9 مكرر من قانون الجنسية أن يكون الزواج قائما فعليا ومستمرًا مدة ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس، وهذا الشرط يجد أهميته في التحقق من جدية الزواج وأهدافه التي شرع من أجلها، كي لا يكون الزواج مطية لاكتساب الجنسية وبلوغ أهداف ومصالح شخصية أخرى. كما يستدل منه على قابلية الزواج للدوام والاستقرار، ويمنح السلطة المختصة الفرصة الكافية لسيط رقابتها على الأجنبي والتعرف على هويته والتأكد من اندماجه في المجموعة الوطنية¹، خاصة وأن منح الجنسية يترتب عليه الحق في ممارسة نشاطات سياسية واجتماعية قد لا تتفق مع مصلحة البلاد².

ثانيا - الشروط المتعلقة بطالب الجنسية والدولة

يمكن القول بأن هذه الشروط مرتبطة بركني الجنسية أي الشخص والدولة، على اعتبار أن اكتساب الجنسية سينتج عنه رابطة قانونية وسياسية بين الفرد المكتسب للجنسية والدولة المانحة لها.

1 - الشروط المتعلقة بإقامة الزوج الأجنبي

لم يكتفي المشرع باشتراط استمرار الزواج مدة ثلاث سنوات، بل امتد نطاق اشتراطه على الزوج الأجنبي من خلال المادة 9 مكرر، الإقامة مع زوجه ضمن الولاية الوطنية بصفة معتادة ومنتظمة مدة

¹ أنظر: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 136.

² حسن الهداوي، اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 70.

عامين على الأقل عند تقديم طلب التجنس، وهو شرط مرتبط بشرط قيام الزواج الفعلي، فمن غير المنطق أن يكتفي المشرع باشتراط قيام الزواج واستمراره مدة ثلاث سنوات على الأقل في حين أن الزوجان يقيمان بطريقة منفصلة، فمثل هذه الحالات تضعنا أما زواج صوري.

كما أن اشتراط الإقامة الحقيقية والفعلية، يؤكد نية الأجنبي في الاستقرار بالجزائر¹، والتأكد من شعوره تجاه الوطن والمجموعة الوطنية، والتحقق من ارتباطه بها بمدة تكفي لاندماجه في المجتمع الجزائري، والاحاطة بقواعده الأساسية واحترامها، وكذا معرفة قيمه وأخلاقه.

2- الشروط الخاصة بحماية المجتمع والدولة

تجسدت طبيعة هذه الشروط من خلال ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 و4 من المادة 9 مكرر من قانون الجنسية، والتي تمثلت في شرط التمتع بحسن السيرة والسلوك، وإثبات الوسائل الكافية للمعيشة، وكذا شرط تقديم طلب شخصي لاكتساب الجنسية مع منح السلطة التقديرية للوزارة العدل في الموافقة أو الرفض.

ومثلما هو واضح فإن نوعية هذه الشروط تكفل للسلطات المختصة بسط رقابتها على أزواج الجزائريين الأجانب، واستبعاد الأفراد غير المرغوب فيهم من الناحية الأخلاقية، كالمجرمين المنبوذين من مجتمعاتهم عن طريق اشتراط حسن السيرة والسلوك، فلا يعقل أن يتقبل المجتمع الجزائري الذي يعاني مسبقا من بعض هذه الآفات مثل بقية المجتمعات، من يهدد أمنه ونظامه العام، الأمر الذي يتنافى مع جهود الإصلاح التي تقوم بها السلطات، كما يتنافى الأمر مع سلامة المجتمع وصورة الدولة الجزائرية ومواطنيها.

بيد أن الشرط المذكور أعلاه ليس على إطلاقه، فالمشرع أورد استثناءً ضمن الفقرة 5، له علاقة مباشرة بالشرط السابق، ويتضمن في إمكانية استبعاد العقوبة الصادرة في الخارج، ولعل مرد ذلك إلى اختلاف المعايير الاجتماعية والأخلاقية بين الدول فما هو مجرم في دولة أجنبية قد لا يكون مجرماً في الجزائر، كتعدد الزوجات المجرم في الدول الغربية.

¹ الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية- دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 336.

أما الشرط الثاني المتمثل في "إثبات الوسائل الكافية للمعيشة"، فلا شك أنه مقرر لضمان الاستقرار المادي للأسرة، فيكفي أن يثبت الشخص أن له موارد مالية تمكنه من العيش في الجزائر بصفة طبيعية، أو يثبت مزاولته لعمل أو تجارة داخل التراب الجزائري.

وهذا خلافا لتشريعات الدول التي ترتفع فيها القدرة المعيشية وفرص العمل، فعادة ما تكتفي بتقديم ما يمكن الأجنبي من الكسب المشروع والحصول على عمل كالثهادات التعليمية أو المهنية¹، وإذا كان هذا الحكم مقررًا للرجل والمرأة الأجنبيان على السواء، فإنه يمكن إعفاء المرأة من هذا الشرط تأسيسا على حق الزوجة الأجنبية على زوجها الجزائري في الانفاق طبقا لما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري².

وإذا توافرت كل الشروط السابقة، فللزواج الأجنبي الحرية للتقدم بطلب اكتساب الجنسية الجزائرية في هذه الحالة، بتقديم طلب إلى وزير العدل يبدي من خلاله رغبته في الدخول في جنسية زوجه الجزائري، والسؤال الذي يطرح هنا، هل أنه مع توفر جميع الشروط السابقة أن يرفض وزير العدل طلب التجنس؟ لا سيما أن المادة 9 مكرر لم تورد هذا الشرط؟ خلافا لما كان لما نصت عليه المادة 12 من قانون 1963 على إمكانية رفض طلب المرأة الأجنبية المتزوجة من جزائري "في غضون ستة أشهر من توجيه الطلب إلى وزير العدل وإذا لم يرفض هذا الأخير الطلب، يعتبر هذا قبولا ضمنا شريطة ألا يبطل أو يفسخ الزواج في هذه المدة".

فإذا كانت المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الحالي قد أغفلت النص على مثل هذا الشرط، فإن المادة 10 منه أوردت إمكانية رفض طلبات التجنس بالجنسية الجزائرية في الحالات العادية، هذه النقطة تضعنا أمام رأيين أو فرضين³:

- **الفرض الأول:** أن يُفسر هذا الغموض لصالح الزوج أو الزوجة الأجنبية، وسبب ذلك أن عدم ذكر المشرع لإمكانية رفض وزير العدل مقارنة بالنص المتعلق بطلب التجنس العادي، ومقارنة لما كان منصوص عليه في المادة 12 من قانون 1963، ومنه تفسير سكوت المشرع على أنه ليس بإمكان وزير

¹ الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 341.

² كمال آيت مصور، تكريس حقوق الأفراد وتدعيم وحدة الجنسية في الأسرة في الأمر رقم 01/05 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 63، القاهرة، 2007، ص 257.

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الجنسية الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 45-46.

العدل رفض الطلب متى كانت الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر متوفرة بصفة مجتمعة، وإلا فلوزير العدل رفض الطلب على أساس تخلف أحدها أو أكثر.

- **الفرض الثاني:** بتمعن نص المادة 9 مكرر، الذي ابتدأ بعبارة "يمكن اكتساب..."، فالتحدث عن إمكانية اكتساب الجنسية مع الشروط المسطرة في نص المادة، يختلف عن "اكتساب الجنسية الجزائرية بموجب الزواج بتوفر الشروط المقررة"، بحيث لو حذفنا مصطلح "يمكن" لأصبحت المادة تنص على وجوب قبول طلب اكتساب الجنسية بموجب الزواج متى توفرت الشروط المتطلبة بصورة مجتمعة، ويكون الاكتساب في هذه الحالة حقا مضمونا، بحيث يصير نص المادة كالتالي: "تكتسب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:..."، وبالتالي فإن إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج يتوقف على سلطة الملائمة للإدارة، وبإمكان وزير العدل رفض طلب التجنس ولو توفرت جميع شروطه، وهو الحكم الذي يتطابق مع نص المادة 9 مكرر ويفسره تفسيراً صحيحاً.

المبحث الثاني

تحقيق المساواة الكاملة بين الزوجين في نقل الجنسية للأبناء

إضافة إلى التمييز الذي شكلته قوانين الجنسية ضد المرأة المتزوجة من أجنبي؛ لطالما شكلت هذه القوانين تمييزاً واضحاً في معاملة المرأة معاملة مختلفة على أساس الجنس بمنع نقل جنسيتها لأبنائها مستندة بالدرجة الأولى على مبررات اجتماعية يُبرز تمسكها بالنسبية الثقافية للمجتمع، الأمر الذي لم يعالج بصفة جدية وصريحة أول مرة على المستوى الدولي سوى من خلال اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (المطلب الأول)، هذه المسألة التي أعاد المشرع الجزائري النظر فيها وتنظيمها وفقاً لما تمليه المتغيرات الاجتماعية والالتزامات الدولية، وإقرار المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة باعتماد معيار النسب أو الدم للأم في نقل الجنسية الأصلية لأبنائها مهما كانت وضعية الميلاد أو الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المساواة في نقل الجنسية للأبناء في المواثيق الدولية وعلاقته بالخصوصية الثقافية

رأينا فيما سبق أن التشريعات الوطنية والدولية بدأت في التحول نحو الاهتمام بجنسية المرأة واحترام إرادتها فيما يتعلق بجنسيتها ونبذ التمييز الذي كان حاصلًا في ظل العمل المطلق بنظام وحدة الجنسية في الأسرة، غير أن هنالك مسألة تمييزية أخرى لم تعالج بصفة مبكرة في القانون الدولي ألا وهي حق المرأة في المساواة بالرجل في نقل جنسيتها لأبنائها، فبعد أن غطت مسألة جنسية المرأة المتزوجة على أحكام الاتفاقيات الدولية التي تناولت مسألة المساواة في قوانين الجنسية، اتجه الاهتمام الدولي نحو جنسية أبناء الأم التي كانت مرهونة بصفة حصرية بحالة الزوج أو الأب وإهمال دور المرأة في جنسية أبناءها تبعًا للنظرة التقليدية للمرأة والنظام القبلي الذي يجعل من انتماء الأبناء للأب وحمل اسمه وجنسيته.

الفرع الأول

حق المرأة في نقل جنسيتها لأبناء

بعد أن رسخت اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة 1957 الجيل الأول من مبدأ المساواة بين الجنسين في الجنسية¹، ومثلما سبق وثبت لنا أن اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة وفرت أكبر حماية للمرأة التي تواجه ممارسات تمييزية في هذا المجال، لا سيما بخصوص القضاء على أي أثر تلقائي للزواج على جنسيتها، فكذاك تعد أول اتفاقية دولية تنص على الحق المتساوي للرجل والمرأة في نقل الجنسية لأطفالهما. حيث تقر الاتفاقية من خلال الفقرة الثانية من المادة 9 منها، بأن قاعدة عدم التمييز والمساواة بين الجنسين تقتضي بأن تكون للمرأة حقوق متساوية فيما يتعلق بجنسيه أطفالها، إضافة إلى أن العمل بهذه القاعدة على المستوى التشريعي يقضي على مشاكل انعدام جنسيه الأطفال رغم عدم النص على ذلك صراحة في صلب المادة 2/9، فحصر التمتع بالجنسية بالنسب أو الدم حصراً عن طريق الأب قد يؤدي في حالة الأب المجهول أو عديم الجنسية إلى انعدام جنسية الطفل بصفة آلية كما أن أطفال الأم الذين لا يمكنهم بموجب القانون اكتساب جنسية أمهم يتعرضون لخطر انعدام الجنسية إذا كان بلد الأب يمنح الجنسية على أساس الإقليم ويولد الطفل خارج إقليم بلد والده²، ويكون الأب في هذه الحالة بموجب قانون جنسية بلده غير قادر على منح جنسيته لابنه.

¹ Karen Knop, op. cit., p 102-103.

² Savitri W.E Goonesekere, op. cit., p 243.

كما أن اكتساب الطفل لجنسية والديه دون تفرقة قد أضحى بصدور اتفاقية حقوق الطفل حقا أصيلا للطفل منذ ولادته ضمن الحق في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، وصلاته العائلية¹، تقاديا لعدم تمتعه بأي جنسية وما يترتب عن ذلك من آثار سلبية على حقوقه المدنية والسياسية لاحقا، على النحو الذي يقره القانون، ودون تدخل غير شرعي.

وللتحفظات المرفوعة من قبل بعض الدول على أساس أن منح الحق المتساوي للزوجين في نقل الجنسية قد يترتب عليه الوقوع في ازدواج جنسية الطفل. أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن احتمال ازدواج الجنسية لا ينبغي أن يكون مبررا لقيام الدولة بتحديد جنسية الأطفال وفقا لجنسيه الأب وحده وإهمال دور الأم في جنسية الطفل².

كما تربط لجنة حقوق الطفل حالات انعدام الجنسية لدى الأطفال في بعض الدول، بقوانين جنسيتها التي تحمل أحكاما تمييزية على أساس الجنس بحرمان الأطفال من التمتع بجنسية الأم نتيجة حرمانهن من القدرة على منح الجنسية على قدم المساواة مع الآباء، وهو ما يشكل انتهاكا للمواد 2 و7 و8 من اتفاقية حقوق الطفل³، وتزداد أهمية اشتراك جنسية الطفل مع جنسية أمه في حالة الانفصال بالوفاة أو الطلاق، لحماية العلاقة بين الطفل وأمه والإقامة سويا في بلدها دون عراقيل لا سيما أثناء فترة الحضانة⁴.

ولاحظت دراسة أعدتها الحملة العالمية من أجل المساواة في حقوق الجنسية والمعهد المعني بحالات انعدام الجنسية، ارتباط الصلة بين التفرقة بين الجنسين في قوانين الجنسية في الدول الفقيرة والاتجار بالبشر لا سيما عند الأطفال الفتيات وحتى وإن لم يكونوا عديمي الجنسية، فالأشخاص الذين يحرمون من الحصول على جنسية والدتهم بسبب التمييز القائم على نوع الجنس في قانون الجنسية، بما في ذلك عندما يكون ذلك البلد هو بلد ولادتهم وإقامتهم، يواجهون خطرا متزايدا بالوقوع في الاتجار بالبشر، نتيجة حاله الضعف في

¹ أنظر المادة 7 و8 من اتفاقية حقوق الطفل 1989.

² See: Savitri W.E Goonesekere, op. cit., p 244.

³ the Committee on the Rights of the Child, 74th session (16 January-3 February 2017), Barbados, Additional information for the consideration of the Committee on the right of every child to acquire a nationality under Article 7 CRC, Available at: <https://equalnationalityrights.org/reports/document/1225-barbados-submission-to-the-committee-on-the-rights-of-the-child>

⁴ Karen Knop, op. cit., p 105.

تلك البلدان وعدم حصولهن على طائفة من الخدمات والحقوق الاجتماعية لاسيما الحق في العمل، وكذا زيادة خطر انعدام الجنسية للأطفال الناتجين عن الاتجار بالنساء والفتيات¹.

واستنادا إلى مبدأ حظر التمييز بموجب المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²، جاء مصطلح "حظر التمييز" عنوانًا للمادة 5 من الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية لسنة 1997 التي أوردت أحكام الاتفاقيات السابقة بأن "لا تتضمن قوانين الدول الأطراف المتعلقة بالجنسية أي تمييز أو تشمل أي ممارسه ترقى إلى التفرقة على أساس الجنس أو الدين أو العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني"³.

فالاتفاقية نصت على حظر التمييز في شكله العام دون الحديث بصفة حصرية عن دور الأم في نقل الجنسية، ويرجع سبب ذلك في أن قوانين الجنسية في دول أوروبا لم تعد تفرق بين الأبوين في نقل الجنسية للأبناء، نتيجة للتغيرات المعاصرة في مجال الجنسية وحقوق المرأة، خاصة وأن الدول الأوروبية قد صادقت على اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة التي سبقت صدور هذه الاتفاقية بعدة سنوات.

الفرع الثاني

مدى تعارض نقل جنسية الأم للأبناء مع الخصوصية الثقافية

شهد مسألة اعتماد حق الدم من جانب المرأة كميّار للتمتع بالجنسية اعتراض من بعض الفقهاء القانوني العربي، الذي ظهر متأثراً بالنسبية الثقافية لرفض هذه الفكرة على أسس اجتماعية وثقافية فضلا عن الحجج الأخرى التي تم التأسيس عليها، كذلك رفض جانب من الفقهاء الإسلامي المعاصر هذا الأمر على

¹ كان هذا ضمن رسالة قدمتها الحملة العالمية من أجل المساواة في حقوق الجنسية والمعهد المعني بحالات انعدام الجنسية والإدماج إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن الصلة بين التفرقة بين الجنسين في قوانين الجنسية والاتجار بالبشر، من أجل تقديم معلومات للجنة كي تدرجها في صياغة توصية عامة جديدة بشأن الاتجار بالنساء والفتيات في سياق الهجرة العالمية. أنظر في ذلك:

- Daniela Buchmann, Links between Gender Discrimination in Nationality laws, Statelessness and Trafficking - Submission to CEDAW Committee, 13/04/2019, p 1-4, Available at: <https://equalnationalityrights.org/reports/document/1266-links-between-gender-discrimination-in-nationality-laws-statelessness-and-trafficking-submission-to-cedaw-committe>

² Council of Europe, Explanatory Report, European Convention on Nationality, article 5, p 7.

³ European Treaty Series - No. 166, European Convention on Nationality, Strasbourg 6 November 1997, p 3.

أساس مخالفته للشريعة الإسلامية على الرغم من عدم تعرض الشريعة لمسألة الجنسية بصفة صريحة أو بنصوص قطعية مما يجعل هذه الآراء لا تخرج عن دائرة الاجتهاد الفقهي.

أولاً- موقف الفقه القانوني من التسوية بين الأبوين في نقل الجنسية

انقسم الفقه القانون العربي وحتى الدولي في موقفه من المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء إلى اتجاهين متناقضين، لكل حججه ومبرراته.

فقد أيد فريق موقف القوانين التي تفرق بين دور الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء، ومن بين الحجج التقليدية التي يتمسك بها الفقه التقليدي التي يبرز من خلالها انحيازهم للنسبية الثقافية المتشددة¹؛ رد تبعية الأبناء إلى الأب من ناحية الانتماء ودوره في حياة الأبناء على أساس السلطة الكاملة عليهم والاهمال المطلق لدور الأم في حياة الأبناء من النواحي المعنوية الاجتماعية.

بحيث يبارك هؤلاء موقف القوانين العربية في الاعتراف بجنسية الأب دون الأم، على حجج ذات طابع معنوي أو نفسي تتمثل في أن الأب هو الأقر على تنشئة المولود نشأة وطنية وغرس الشعور بالولاء في نفسه وهو الشعور الذي يشكل الأساس الروحي للجنسية².

كذلك يحتج هذا الفريق بتغليب جنسية الأب على جنسية الأم على اعتبار أن الأب هو رب الأسرة، وهو ما يتفق في زعمهم مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بانتساب الولد لأبيه وليس لأمه³، وكذا غلبة دور الأب في تكوين عقلية الطفل بالتربية وليس مبناه مجرد اعتبار ميراث الولد لأبيه وإلا قام هذا الاعتبار بالنسبة للأم أيضاً، ولأمكن بالتالي القول بأن الولد يكتسب جنسية أمه في حالة زواجها من أب أجنبي وهذا أمر غير مسلم به، لذلك فإن الولد يكون أجنبياً متى كان أبوه أجنبياً ولو كانت أمه وطنية⁴.

¹ والتي يقصد بها ان "ثقافة هي المصدر الوحيد لصحة الحق المعنوي أو القاعدة الأخلاقية" وأنه لا توجد معايير مشتركة، إلا تلك المحددة ثقافياً.

² فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة أبناء جنسية الأم المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 42، 1986، ص9/ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية- حق الطفل المولود من أم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2002، ص 5.

³ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 32-33.

⁴ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية- حق الطفل المولود من أم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، مرجع اسبق، ص 6.

الأمر الذي يصلح أن يكون مبررا قانوني لأن الأب دائما ما يكون مثلا قانونينا لولده القاصر وتختلط معه مصالحه، فمن الطبيعي أن نعتبر اتجاه نية الولد مشاركة المركز القانوني لأبيه بالنسبة لانتمائه إلى الدولة¹. كما يعترض المناهضون لفكرة المساواة، من الفقه القانوني الدولي لاسيما الغربي من منظور النسبية الثقافية بصفة صريحة، خاصة في حالة ميلاد الطفل في بلد أجنبي بحيث يكون منقطع الصلات عن وطنه، وعن القيم الثقافية المشتركة، ومعتقدات وقواعد السلوك التي يشارك فيها الافراد أو الجماعات في المجتمع بشكل جماعي في حياتهم وأهدافهم، وبما أن الجنسية ليست فقط صفة يحملها الفرد وترتبطه بدولة معينة. بل هي أشمل من ذلك بحيث يترتب عليها حقوق المواطنة، لذلك لا يمكن تعريف الجنسية إلا في هذا السياق²، ومفهوم المواطنة يختلف في طبيعته وممارسته حسب العوامل السياسية والثقافية والتاريخية، ومنه فإن مفهوم المواطنة يتأثر إلى حد كبير بهذه العوامل التي تحدده³.

ومن هنا تبرز مخاطر منح الجنسية بناءً على حق الدم من جانب الأم المتزوجة من أجنبي لاسيما في الخارج، حيث سينشأ الابن متأثرا بانتماء والده الأجنبي وسيحمل اسمه، الأمر الذي سينعكس على ولاءه وانتماءه الذي سيكون من أدنى شك لصالح دولة أبيه.

وفيما يخص الجنسية بصفة عامة، وللعوامل السابقة فإنه من الأهمية بمكان السماح للدول وإفصاح المجال لها في تنظيم معايير المواطنة الخاصة بها دون مسألتها عن انتهاك حقوق الإنسان وتقمع حق الدول في تقرير ذلك⁴.

بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه، بُني هذا الرفض على اعتبارات ذات بعد أخلاقي وهو ما يظهر من خلال إفصاح اللجان التشريعية في مصر رفض السماح للأم في نقل جنسيتها بمفردها للأبناء تقاديا للوقوع في مسألة غير أخلاقية وهي التشجيع على ظاهرة الأبناء غير الشرعيين⁵، حتى أنه قيل بأن المشرع حينما يعدد أحيانا بجنسية الأم وينقلها إلى أبنائها حين يكون الأب مجهولا لتحقيق مصلحة دولية تتمثل في الحد

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 423.

² Tom Hall and Howard Williamson, Citizenship and community, Youth Work Press, Leicester, 1999.

مقتبس عن: مها عبد العزيز المطلق، النسبية الثقافية والحق في المواطنة "Cultural Relativism and the Right to Citizenship"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، مصر، العدد 33، الجزء 4، ص 2437.

³ مها عبد العزيز المطلق، المرجع السابق، ص 2437.

⁴ المرجع نفسه، ص 2437.

⁵ فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة أبناء جنسية الأم المصرية، مرجع سابق، ص 10.

من ظاهرة انعدام الجنسية، مثلما هو الحال في عديد تشريعات الجنسية العربية¹، فإن هذا الحكم ينبغي إعادة النظر فيه وحذفه لما فيه من تشجيع لظاهرة الأبناء غير الشرعيين في دول تدين بالإسلام، ولا يصح التذرع بهدف نقادي ومحاربة مشكلة انعدام الجنسية، طالما أن الدول لها الحرية في تنظيم جنسيتها، لأن المنطق السليم يتنافى مع أن يكون وراء حل مشكلة إقرار أوضاع غير مشروعة، ولا يصح الاقتداء بالقوانين الغربية التي أقرت ذلك، لأن كل مجتمع له قيمه وظروفه الخاصة².

وإلى جانب الحجج التي تعكس الانحياز للنسبية الثقافية، بنى هذا الجانب من الفقه موقفه على أساس أن التسوية بين الأب الأم بصفة كاملة في منح الجنسية من شأنه أن يوقع الأبناء في ازدواج الجنسية مع مولدهم، وهو ما يتعارض في نظرهم مع مبادئ وأحكام القانون الدولي لا سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي قضى في مادته 15 بحق تمتع كل الفرد بجنسية واحدة، واتفاقية لاهاي بشأن التنازع في الجنسية التي تنص في ديباجتها على أن المصلحة العامة للمجتمع الدولي تقضي بأن يمنح أعضاءه جنسية واحدة لكل للفرد³.

كما سيحدث هذا الحكم انسجاماً بين الجنسية القانونية ومبدأ الجنسية الواقعية أو الفعلية الذي استقر عليه القضاء الدولي بموجب قضية نوتبوم "Nottebohm case" سنة 1955⁴، بحيث لا تمنح الدولة الجنسية إلا لمن يرتبط بها بروابط واقعية وحقيقية، وهو ما يعد من المبادئ المثالية في منح الجنسية، الذي يخرج من نطاقه في نظر هذا الفريق ابن الأم الوطنية المقيمة بالخارج والمتزوجة من أجنبي لأن اندماجه في المجتمع وارتباطه به أمر غير متحقق⁵.

¹ كما قد يكون بغية تحقيق مصلحة زيادة الكثافة السكانية في الدول التي تهاني نقصاً في نسبة السكان، أنظر في ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، 379.

² حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مج 38، ع 1، 1996، ص 235.

³ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 180.

⁴ مبدأ الجنسية الفعلية هو مبدأ استقر عليه القضاء الدولي نتيجة حكم صادر عن محكمة العدل الدولية في قضية نوتبوم (Nottebohm case) بتاريخ 6 أبريل 1955، بحيث لا تمنح الدولة الجنسية إلا لمن يرتبط بها بروابط إقليمية حقيقية كأن يكون في كنفها بصفة فعلية ويندمج في الجماعة المكونة لها، أو أن يرتبط بالدولة عائلياً ووجدانياً. أنظر في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 217 /

- Mervyn Jones, The Nottebohm Case, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 5, no 2, Cambridge University Press, 1956, p 241-242.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع سابق، ص 217.

علاوة على أن الأمر سيوقع الدولة في مشكلة الانفجار السكاني لاسيما في البلدان التي تعاني أصلا من مشكلة تضخم في الكثافة السكانية، مما يجعل هذه البلدان تتبنى تشريعات طاردة للجنسية¹، لأجل الحد ولو نسبيا من هذه المشكلة، وهو ما لا يستقيم مع التسوية بين الأب والأم في نقل الجنسية، لذا فالتفرقة بينهما في المعاملة قوامه تفادي المشاكل الناجمة عن الكثافة السكانية في الدول العربية التي تعاني من معدلات معتبرة في الفقر وانخفاض المستوى المعيشي بها.

كما يستدل أنصار هذا الفريق بالتفاضل بين الرجل والمرأة في بعض الحقوق والواجبات في الشريعة الإسلامية، لذا لا ينبغي تفسير المسألة على عدم وجود مساواة بين الأب والأم، فتشريعات الدول الإسلامية فرقت بين الذكر والأنثى في الميراث والشهادة أسوة بالشريعة الإسلامية التي أقامت تلك التفرقة التي أحترمها الجميع، لذا فتغليب القانون لدور الأب في مجال الجنسية مستلهم من تلك المبادئ وليس فيه مخالفة لدساتيرها التي تقر في متنها بأن دين الدولة هو الإسلام².

ولتشبث هذا الجانب من الفقه بموقفه إزاء المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية، عمد أنصاره إلى اقتراح حلول تشريعية حرصا فقط على ألا يصير الابن عديم الجنسية ولتجنب الوقوع في دائرة الازدواج، مع اشتراط ارتباط الطفل بإقليم الدولة مولدا أو موطنا (أي مولود لأم وطنية ولو في الخارج) بما يكفل وجود ارتباط فعلي بين الدولة والطفل، بحيث يصير اكتساب الطفل جنسية أمه أمرا ممكنا إذا كان الأب مجهولا أو عديم الجنسية أو قام بتطبيق الأم الوطنية، واستبعاد الطفل غير الشرعي بداعي مخالفة الشريعة الإسلامية³، بيد أن رأي فقهي آخر أضاف حالة عدم ثبوت نسب الابن لأبيه سواء ولد بالداخل أو بالخارج رعاية للأم وولدها بتفادي انعدام الجنسية⁴، وأورد رأي ثالث اقتراح منح الجنسية الأصلية دون التفرقة بين الولد الشرعي وغير الشرعي بشرط عدم حصوله على جنسية الدولة التي ولد بها على أساس حق الاقليم⁵.

¹ أنظر: حفيظ السيد الحداد، مرجع سابق، ص 7 / أحمد محمد أمين الهواري، مرجع سابق، ص 151.

² حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي، مرجع سابق، ص 237 / حسام الدين فتحي ناصف، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، المجلد 35، ع2، 1993، ص 952.

³ حسام الدين فتحي ناصف، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبي، مرجع السابق، ص 960.

⁴ ذكره: أبو العلا علي أبو العلا، جنسية المولود لأم وطنية وأب أجنبي أو مجهول - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق مج 39، ع2، يوليو 1997، ص 63 من المقال و631 من عدد المجلة.

⁵ يقول الأستاذ بدر الدين عبد المنعم شرفي في اقتراحه بخصوص اعتماد هذا الحل قانون الجنسية المصرية رقم 26 لسنة 1985 وقبل صدور قانون 1997 أن "هذا الحل الذي نادى به يتفق جزئيا مع الرأي الذي نأخلفه وذلك في حالة ثبوت

إن اقتراح هذا الحل من شأنه تقادي مشاكل انعدام ازدواج الجنسية لدى الطفل، غير أنه لم يقدم حلاً تشريعياً جديداً بمعناه الكامل، فهو مشابه لما أقرته أغلب التشريعات العربية في الاعتراف بدور الأم بصفة احتياطية بشرط انعدام تأثير الأب لاستحالة نقل جنسيته لأبنائه، ولم يصف سوى حالة واحدة جديدة وهي حالة "تطبيق الأجنبي للأم الوطنية"، وبخصوص مخالفة مسألة منح الجنسية للطفل مجهول الأب أو غير الشرعي للشريعة، فالشريعة الإسلامية تنسب الطفل غير الشرعي أو ولد الزنا لأمه، فلا ضير إذن من نقل جنسية أمه إليه، فالشريعة أشد تشدداً في النسب ومع ذلك نسبته لأمه، فما بالك بالجنسية التي لا تعدو أن تكون من المسائل التنظيمية، كما أن مسألة ثبوت نسبه لأمه يثبت القياس عليها لمنحه جنسية أمه وليس العكس.

ونقيضاً للموقف السالف ذكره، نادى جانب من الفقه بضرورة مواكبة المبادئ المعاصرة في الجنسية والتطورات الاجتماعية، وتحقيق التسوية بين الأب والأم بعدم التفرقة في اعتماد حق الدم في ثبوت الجنسية للأبناء بصورة مطلقة، بعدم إحاطة أعمال هذا المبدأ بأية قيود في جانب المرأة مثلما هو مقرر للرجل.

وينتقد هذا الفريق السياسة التشريعية التي تنقص من أهمية حق الدم من جهة الأم، ويقدم حججاً ومبررات تدعم موقفه الداعي إلى المساواة التامة بين الأب والأم بحيث يكتفي بحق الدم من جهة الأم بغض النظر عن وضعية وإقليم ميلاد الطفل وهو ما يستقيم مع مبدأ المساواة المكرس في الدساتير العربية، فضلاً عن انتقاده المنطقي للحجج وآراء الفريق المناهض للمساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء.

زيادة على أن التمييز بين الأب والأم في مجال الجنسية لا يتلاءم مع التطورات الاجتماعية والانفتاح الاقتصادي والثقافي على العالم، والدخول في المواثيق الدولية¹، والمستجدات التي طرأت على نظام الزواج في الدول العربية، فبعد أن كان الزواج لا يخرج في الغالب عن القبيلة والبلد في أحسن الأحوال، صارت النساء الوطنيات يبادرن بالزواج من الأجانب دون أن يستقبح الأهل والمجتمع ذلك.

الجنسية المصرية الأصلية، وليست الطارئة كما يقرر القانون الحالي لمن ولد في الخارج لأم مصرية ولأب مجهول أو مجهول الجنسية أو عديمها، ولكن على أساس اعتبار آخر هو تقادي حالات انعدام الجنسية، ومراعاة حق الدم من الأم وليس على الحجج التي يأخذ بها الرأي الآخر، فرأينا مقيد بشرط عدم حصوله على جنسية الدولة التي ولد به بناء على حق الاقليم". بدر الدين عبد المنعم شرفي، الوسيط، في القانون الدولي الخاص المصري، 1995 ص 67، مقتبس عن: أبو العلا علي أبو العلا، المرجع السابق، ص 64.

¹ هشام علي صادق، عكاشة عبد العال وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 105.

ويناقد هذا الفريق من الفقه حجج ومبررات الفريق المناهض للمساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية، الأمر الذي يُبرز في نفس الوقت حجج ومبررات المنادين بتبني المساواة في هذه المسألة؛ فمن حيث أن الأب يلعب دوراً محورياً في التنشئة القومية للطفل وبتث الشعور بالولاء باعتباره رئيساً للعائلة، فالثابت أن الأم تلعب الدور الأكبر والأهم في تربية وتنشأ الطفل، وهي التي تغرس فيه القيم والمبادئ التي تشكل وجدانه لدورها الأول في التربية، كالشعور بالولاء والانتماء للوطن¹، دون إنكار دور الأب في العنصر الأخير.

وحتى دون الزعم بتفوق دور الأم في ذلك، فإن تفضيل الأب وجعله الوحيد القادر على منح الجنسية لابنه تفضيل بغير مسوغ ولا يساند منطق، فإذا انهارت حجة تفوق دور الأب في التنشئة باعتباره رب العائلة أمام حقيقة تفوق دور الأم أو تساويها في بث الشعور الوطني بالأب كأدنى تقدير، فإن التسوية بينها في نقل الجنسية لطفلهما نتيجة منطقية مترتبة على عدم جدوى الحجة المنهارة التي يتمسك بها الفقه التقليدي². أما الحجة الاقتصادية المبنية على تقادي مشكلة الانفجار السكاني لا سيما في ظل التشريعات الطارئة للجنسية فهو أمر يتنافى مع الهدف من قانون الجنسية، الذي يركز على هدفه في احتواء العناصر التي يتكون منها شعب الدولة وفقاً للمعايير الدولية، وليس العمل على طردهم³.

وبخصوص الاحتجاج بتفضيل الأب على الأم في نقل الجنسية على أساس مبدأ الجنسية الفعلية، فإنه لا ينسجم مع ما أقرته محكمة العدل الدولية من العناصر التي تدل على وجود تلك الرابطة الفعلية لوجود ارتباط عائلي ووجداني بين الشخص والدولة⁴.

كما أن الجنسية الفعلية لها مجالها الخاص وهي الجنسية المكتسبة أو المختارة في تاريخ لاحق على الميلاد، التي تقيد بشروط تكشف الارتباط الفعلي بالأجنبي بالدولة التي يطلب الدخول في جنسيتها ومدى اندماجها في مجتمعها، حيث تقدر السلطة المختصة وجود هذا الارتباط من عدمه⁵.

¹ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية- حق الطفل المولود من أم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، مرجع سابق، ص 8.

² المرجع نفسه والصفحة.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة أبناء جنسية الأم المصرية، مرجع سابق، ص 10.

⁴ أحمد محمد أمين الهوارى، مرجع سابق 149.

⁵ حسام الدين فتحي ناصف، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبي، مرجع سابق، ص 955.

إضافة إلى أن الاعتماد على هذا المبرر يحمل فناءه في طياته، فلماذا لا يسن المشرع نفس الحكم بالنسبة للأب المتزوج من أجنبية ويولد أبناءه في الخارج ولو في دولة غير مسلمة نتيجة إقامته بها، ونحرم أبناءه من الجنسية على أساس افتراض انقطاعهم عن الوطن والمجموعة والوطنية وثقافتها، مثلما يشترك مع مبرر الحرص على تقادي مشكل ازدواج الجنسية؛ فسيدخل أبناءه بلا شك في جنسيات الدول الغربية لا سيما الدول الأوروبية تبعا لحق الدم عن طريق الأم وكذا حق الإقليم، والواقع يثبت عدم اعتراض الآباء العرب على مسألة اكتساب أبناءهم جنسية البلد الأجنبي، بل يسعون إلى ذلك ولو كانوا مخيرين في الاستغناء عن اكتساب أولادهم تلك الجنسية، لما فيه من مصالح للأولاد. أم أن المشكل سيقع فيه فقط أبناء الأم دون الأب المتزوج من أجنبية ومستوطن بدولتها؟

وبالنسبة للقياس على التفاضل الذي أقره الإسلام بين الرجل والمرأة في بعض الحقوق والواجبات كالإرث والشهادة، فهو استدلال في غير محله لأن هذه المسائل تدخل ضمن المسائل التوقيفية بنصوص قطعية، ومثلما هو معلوم فإن التشريع لله وحده، وقياس تفضيل دور الرجل على المرأة في جنسية الأبناء يفترق لاشتراك العلة بين الأحكام التي أقرها الإسلام في التمييز بين الجنسين في بعض المسائل وبين تمييز الرجل في مسائل الجنسية.

كما أن التمييز الذي أقره الإسلام في هذه المسائل جاء وفق نظام متكامل يوازن بين الحقوق والواجبات. مثلما هو عليه الأمر في بعض حالات الميراث في أن عدم التسوية أساسه الأعباء والواجبات المالية التي تقع على الرجل أكثر من المرأة، فيأتي التباين في أمر الميراث وسيلة لتحقيق العدالة والمساواة لا لتقويضها¹.

وأخيرا، وعلى فرض أن السماح للأم بنقل جنسيتها لولدها بمفردها يشجع ظاهرة الأبناء غير الشرعيين لما فيه من إقرار لأوضاع غير مشروعة في دول إسلامية، فهو قول غير سليم طالما أنه لم يخالف قواعد النسب في الشريعة الإسلامية، كما أن الولد سيظل غير شرعيا ومنسوبا لأمه مثلما أقرته الشريعة الإسلامية الغراء، فكيف لنا أن نحكم بأن الأمر فيه إقرار لأوضاع غير مشروعة؟ -والله أعلم-.

¹ هشام علي صادق عكاشة عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 107.

من جهة أخرى، فإن جمهور الفقهاء يرون بأن الصغير يتبع المسلم من والديه، تطبيقاً للقاعدة الفقهية المتفق عليها "الولد يتبع خير الأبوين ديناً" سواء كان الأب أو الأم في دار الحرب أو الإسلام¹، وهذه التبعية لا تُبنى على القرابة أو الإقامة، ويراعى فيها مصلحة الصغير التي لا تستقيم مع حرمانه من تبعية أمه في "رعويتها" والمفسدة التي تلحق بالولد وأمه، وقياساً على ذلك يتبع في الجنسية الأنفع له²، وكذا بالقياس على الولد غير ثابت النسب الذي ينسب لأمه، فينتسب إلى جنسية أمه³، مثلما يتبعها إذا كانت من أهل دار الإسلام ولو لم تكن مسلمة⁴.

ثانياً: نقل جنسية الأم لأبنائها في الفقه الإسلامي

يجدر بنا البحث في موقف الفقه الإسلامي المعاصر من منح الأم جنسيتها لأبنائها على أساس معيار الدم بما يحقق المساواة بينها وبين الأب، ليتسنى لنا تحديد ما إذا كان هذا المبدأ الذي يدعو إليه القانون الدولي محل تعارض مع الخصوصية الثقافية الإسلامية أو العكس، الأمر الذي يحتم البحث قبلها في موقف الشريعة من مسألة الجنسية عموماً.

أ- موقف الشريعة الإسلامية من رابطة الجنسية

ابتداءً، فإن فكرة الجنسية بمفهومها الحالي لم تكن معروفة في كتابات الفقهاء المسلمين⁵، فالفقهاء لم يستعملوا مصطلح الجنسية للدلالة على الرابطة التي تربط الشخص بالدولة التي ينتمي إليها، غير أنهم تكلموا عما يشابه هذه الرابطة تحت وصف الولاء والرعية⁶.

وانطلاقاً من هذه الفكرة انقسم الفقه المعاصر بين من يرى أن الإسلام لم يعرف مسألة الجنسية من الأساس ولا معناها الاصطلاحي السائد في التشريعات الوضعية، وهو يشابه موقف الاتجاه العلماني الذي يرى بأن العقيدة الدينية لا دخل لها في تكوين الجنسية، وعليه فهي لا تمت للإسلام بصلة لا في تكوينها

¹ خلافاً لابن القيم الذي يرى بأن "تباين الدارين يقضي بانقطاع التبعية بين الأبوة والبنوة". / صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدول الإسلامية- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 84-86 / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 429.

² أنظر: أحمد بخيت، الجنسية ودور الأم في جنسية أولادها، دار النهضة، القاهرة، ط1، 2001، ص 131-132.

³ المرجع نفسه، ص 124

⁴ أنظر في ذلك: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 10، مرجع سابق، ص 115.

⁵ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 40.

⁶ المرجع نفسه، ص 41.

أو تشريعها لها، لأن مرجع العقيدة الدينية إلى الصلة الخاصة بين العبد ووريه، وهذه الصلة فردية مقصورة على العبد، وليس لهذه الصلة اعتبار في نظام الجنسية الذي يتعلق بكيان الدولة وعلاقتها برعاياها¹، حيث يرى محمد عبده أن " الجنسية ليست معروفة عند المسلمين، ولا لها أحكام تجري عليهم لا في خاصتهم ولا عامتهم" ويقارن الجنسية عند الأمم الأوروبية بما كان يسمى عند العرب بالعصبية، "وهو ارتباط أهل قبيلة واحدة أو عدة قبائل بنسب أو حلف يكون من حق ذلك الارتباط أن ينصر كل منتسب إليه من يشاركه فيه، فجاء الإسلام وألغى تلك العصبية ومحا آثارها وسوى بين الناس في الحقوق فلم يبق للنسب ولا لما يتصل به أثر في الحقوق ولا في الأحكام"².

فالإسلام في المقابل دين يحمل صفة العالمية مما يجعل فكرة الجنسية متعارضة تماما مع هذه الخاصة بسبب الحواجز القانونية والسياسة التي تضعها رابطة الجنسية المبنية على أسس علمانية لا صلة لها بالدين بدليل أنها تُمنح للشخص دون النظر إلى دينه أو معتقده³.

ونقيضا للموقف السابق، يؤكد جانب آخر ما يترجح لنا في أن للجنسية مكانا في الشريعة الإسلامية وعرفت بغير سماها الحالي، حيث لم يطلق عليها الفقهاء القدامى هذا الاصطلاح، فالدولة عُرُفت في الشريعة الإسلامية بمكوناتها من شعب وإقليم وسلطة حكم والتي سماها الفقهاء "دار الإسلام"، والأفراد المكونين لها وصفوا بأنهم من أهل "دار الإسلام"، لذا فهي معيار للتمييز بين المسلم وغيره⁴.

كما يوضح هذا الفريق كيف أن مسألة الجنسية لا تتعارض مع عالمية الإسلام، فهذا المبدأ الذي يتميز به الإسلام لا يعني جهله لأحكام الجنسية بما يجعلها حاجزا أمام هذه العالمية، لأن الدخول في جنسية دار الإسلام تتعدد طرقه كعقد الذمة⁵، الذي ينتج عنه الإقامة الدائمة في دار الإسلام لصفة التأييد في هذا

¹ أحمد حمد أحمد، فقه الجنسيات، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، الدار الجامعية، طنطا، ط2، 1406-1407هـ/1986م، ص 73.

² محمد عبده، الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، مصر، 1981، فتوى رقم 678، ص 1527.

³ أنظر: عبد الحميد محمود عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية لأبنائها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006، ص 16-20.

⁴ عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة القدس، بغداد، ط2، 1402هـ/1982م، ص 61-63.

⁵ عبد الحميد محمود عليوة، مرجع سابق، ص 23.

العقد¹، ومنذ قيام الدولة الإسلامية ونحن نرى مجموعات غير مسلمة تعيش بأمان إلى جانب المسلمين، ولهم حرية معتقدتهم ويتمتعون بحماية الدولة، ولهم مصالحهم وممتلكاتهم... ولا فرق بينهم وبين المسلمين في ذلك²، بحيث يشكل جميعهم ركن الرعايا أو ما يعرف حالياً بالشعب.

وليس بإمكان الدولة أن تضبط ركن الشعب إلا بوسيلة تحدد بموجبها رعاياها ومواطنيها ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الجنسية، والمقصود بهذا هو انتماء الفرد للدولة لا إلى القبيلة ليقال بأنها عصبية، فلا يتصور أن تقوم الدولة على جنس واحد³، ولا يترتب عن ذلك اعتبار الفرد غير المسلم مسلماً. والجنسية تدخل تحت مسألة جلب المصلحة ودرء المفسدة، التي يدعو إليها الإسلام، ومعلوم أن الجنسية يترتب عليها مسائل ذات أهمية على المستوى الداخلي والخارجي، في حين أن تركها يترتب عليه ضرر للفرد في التمتع بحقوقه، حيث سيحرم من حقوق جما كالتنقل بين الدول حيث لا مناص من التنصل من القيود التي تفرضها الدول كجواز السفر والتأشيرات التي تمنح على أساس الجنسية.

كما أن حاجة الدول إليها في ظل النظام القانوني والدولي المعاصر صار حقيقة لا يمكن إنكارها نتيجة لاتصال الدول الإسلامية وتأثرها بطبيعة هذا النظام. علاوة على أن حاجة الدول الإسلامية لمنح الجنسية لجميع الرعايا بغض النظر عن عقيدتهم لحفظ حقوقهم التي لا يصح هضمها من الناحية الشرعية من جهة. وحفاظاً على أمنها القومي من جهة أخرى، كما أن منعهم من التمتع بالجنسية يحملهم إلى البحث عن جنسية دولة أخرى، دون إمكانية طردهم وحرمانهم من الإقامة لتناقض ذلك مع عقد الذمة الذي يمنحهم حق الإقامة الدائمة⁴.

الأمر الذي يقاس عليه وضع الرعايا غير المسلمين لعدم وجود عقد الذمة في العصر الحالي، فهم مقيمون بوثائق رسمية ويخضعون لنظام حكم واحد، مع التمتع بنفس الحقوق وتحمل الواجبات مثل الرعايا المسلمين، وأغلبهم في الدول الإسلامية يوالون أوطانهم وينخرطون في الخدمة العسكرية وضمن جيوشها رغم أن دين الدول هو الإسلام، لاسيما مواطني الدول التي تتعدد فيها الطوائف كمصر ولبنان.

¹ عقد الذمة هو التزام تقرير دار الكفار في دار المسلمين وحمايتهم والذب عنهم بالتساوي مع المسلمين مقابل بذل (دفع) الجزية، شرط ألا يكون الشخص مرتداً أو من مشركي العرب / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج6، مرجع سابق، ص 442-444.

² رحيل غرايبة، الجنسية في الشريعة الإسلامية، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط1، 2001، ص 50.

³ أنظر: عبد الحميد محمود عليوة، المرجع السابق، ص 25 - 30.

⁴ رحيل غرايبة، المرجع السابق، ص 65.

أما المسائل التي ناقشها الفقهاء في إسقاط وسحب الجنسية الإسلامية عن أهل الذمة في حالات معينة، كلاحقهم بدار الحرب-الدول الأجنبية غير المسلمة-، أو محاربتهم للمسلمين، وغير ذلك... فهي مسألة خارجة عن نطاق دراستنا¹.

ب- موقف الشريعة الإسلامية من المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية

بخصوص موقف الشريعة من حق المرأة في نقل جنسيتها لأبنائها، فلم تحظ المسألة أيضا بإجماع عليها، حتى إن الأمر برز في تحفظات الدول العربية على الفقرة 2 من المادة 9 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة لاسيما في بداية التصديق عليها، مما يجعل الأمر وفقا لذلك، يدخل ضمن الخصوصية الثقافية الإسلامية إذا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فما مدى صحة ذلك؟

مثلا هو الأمر على صعيد الفقه القانوني الذي ظهر جانب منه متمسكا بالنسبية الثقافية حتى في شكلها المتشدد، وهنا تجدر الإشارة أن ما يهمننا في المساواة في نقل الجنسية هو مدى تعارضها من عدمه مع الشريعة الإسلامية ومنه الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، وليس مع النسبية الثقافية في شكلها المتشدد. وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن المسألة قد أثارت الجدل، وانقسم الفقه مثلا ذكر أعلاه بين مؤيد ومعارض لفكرة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية:

- الموقف الأول المناهض للمساواة

بنى هذا الرأي الفقهي موقفه الرفض لمنح المرأة حق نقل الجنسية لأبناها على أساس أن الأب وحده القادر على ذلك، بناءً على قواعد القوامة والنسب في الشريعة الإسلامية، واستدلوا على وجه الخصوص بالآيات التي تفر التمايز بين الرجل والمرأة في المسؤولية الأسرية فضلا عن النصوص التي تتسبب الابن لأبيه لا لأمه، لذا فإن تفضيل الأب على الأم في نقل الجنسية يرجع إلى تلك القواعد، مثل قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ)².

كما يستدل هذا الجانب بقواعد نقل النسب التي تقضي بأن الابن يتبع أباه في النسب، فكذلك سيتبعه في جنسيته لا جنسية أمه، مستنديين على الموقف الذي انفرد به المالكية في استنباط حكم اتباع الابن لأبيه

¹ أنظر أكثر حول ذلك: صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 129 وما يليها.

² سورة النساء، الآية 34.

في الإسلام لا لأمه، لأن النسب له والولاية له¹، من قوله تعالى في الآية 21 من سورة الطور: (وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ)، على الرغم من الآية تتكلم صراحة عن لحوق أهل الجنة بأبائهم في الدرجة بأعمال آبائهم².

- الموقف المؤيد للمساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء

يؤكد هذا الجانب من الفقه المعاصر وجود أساس لفكرة ثبوت الجنسية عن طريق الأب أو الأم المنتمين إلى الدولة في قواعد الشريعة الإسلامية، مع التفاوت في تطبيق هذه القواعد في القوانين الوضعية الحديثة³.

فبالإضافة إلى ما سبق الإشارة إليه في أن جمهور الفقهاء يعتبر بأن الصغير يتبع المسلم من والديه، تطبيقاً للقاعدة الفقهية المتفق عليها "الولد يتبع خير الأبوين ديناً" دون التفريق بين الرجل والمرأة ولو كان الأب أو الأم مقيماً ببلاد أجنبية وهو ما يطلقون عليه مصطلح دار الحرب⁴، وهذه التبعية لا تبنى على القرابة أو الإقامة، بل يراعى فيها مصلحة الصغير التي لا تستقيم مع حرمانه من تبعية أمه في "رعويتها" مفسدة تلحق الولد وأمه، وقياساً على ذلك يتبع في الجنسية الأنفع له⁵.

كذلك لم يحد موقف الجمهور عن اعتبار الولد جزءاً من أمه لاتباعه وضعيتها من حيث الحرية والرق، حتى لو أنها أسلمت وهي حامل حكم بإسلام الطفل تبعاً لإسلامها، ولأنه جزءٌ من أجزائها⁶.

فضلاً على أن التبعية أقوى لجهة الأم، وما يثبت ذلك أن ولاية التربية والحضانة والكفالة للأم وليست للأب، حتى أن هذه المسائل الأخيرة التي تثبت للأم أقوى من ولاية الأب في حفظ مال الطفل التي تثبت للأب، ما لا يدع مجالاً للشك في أن تبعية الطفل لأمه في الإسلام إن لم تكن أقوى من تبعية الأب فهي

¹ فريدة بناني وزينب المعادي، جنسية أبناء المرأة: بين منطلق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى المجموعة الدولية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، بيروت، 2003، ص 17.

² أنظر: محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري: المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، ج11، مرجع سابق، ص 488.

³ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 84.

⁴ خلافاً لابن القيم الذي يرى بأن "تباين الدارين يقضي بانقطاع التبعية بين الأبوة والبنوة" / صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدول الإسلامية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 84-86 / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 429.

⁵ أنظر: أحمد بخيت، الجنسية ودور الأم في جنسية أولادها، دار النهضة، القاهرة، 2001، ط1، ص 131-132.

⁶ شمس الدين ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج1، رمادي للنشر، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ / 1997م، ص 923.

مساوية له على أقل تقدير، وهذه الحجة بنا عليها ابن القيم مناقشته لقول المالكية باختصاص الأب في التبعية على أساس الولاية والتعصيب¹.

كما أن الأم الأولى بصحبة ولدها نظرا لمكانة رابطة الأمومة في الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم حين سأله رجل، من أحق الناس بحسن صحبتي (صحابتي)؟ قال "أمك"، قال: ثم من؟ قال: "أمك"، قال: ثم من؟ قال: "أمك"، قال: ثم من؟ قال: "أبوك"².

وينتقد جانب من الفقه المعاصر موقف التشريعات العربية من التفريق بين دور بين الأب والأم في الأخذ بحق الدم كأساس لاكتساب الأولاد للجنسية، بتجاهل دور الأم الذي يتعارض مع مكانتها، لأن ذلك يشكل إنزالا من القيمة التي منحها إياها الإسلام³.

ولأن الفقهاء يربطون الانتماء والجنسية بدين الإسلام، فيقوى هنا ما يُستدل به على نطاق واسع في تساوي الأبوين المسلمين في نقل جنسيتها لطفل لقوله عليه الصلاة والسلام: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"⁴، وخاصة أنه من المعلوم أن المرأة لا يصح لها الزواج بغير مسلم وهو الحكم المكرس في جل القوانين العربية- ما عدى تونس- مثلما هو الحال في القانون الجزائري، لذا فإن المرأة المتزوجة من أجنبي الذي سيكون حتما مسلما ولا يصح التفرقة بين دورهما في الجنسية، خاصة إذا كان الأب الأجنبي ينتمي بجنسيته إلى دولة غير مسلمة، فهنا يغلب مركز الأم ويكون الأصلح للولد أن يكتسب جنسية الدولة المسلمة بموجب حق الدم المستمد من الأم.

كما أن الواقع أثبتت الضرر الشديد الواقع على أبناء العربيات المتزوجات من أجنبي بسبب عدم حصولهم على جنسية الأم حين عودتهن إلى أوطانهم الأصلية من كسرات نتيجة الطلاق، خاصة وأن الكثير

¹ شمس الدين ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج1، ط1، 1418هـ/1997م، ص 923. /أنظر أيضا: محمد العمراني الكندي، فقه الأسرة المسلمة في المهجر، ج2، أصل الكتاب أطروحة دكتوراه من كلية الآداب والعلوم الانسانية، جامعة محمد الأول دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001، ص 71.

² محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج4، مرجع سابق، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن صحبتي، حديث رقم 5971، ص 80 / الحافظ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الصلة والبر والآداب، باب بر الوالدين وأنها أحق به، حديث رقم 2548، ص 989.

³ علي حسين الدوسري، حق المساواة بين الرجل والمرأة ومدى مطابقته لقانون الجنسية الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد 42، ع 4، ديسمبر 2018، ص 31.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج1، مرجع سابق، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يُصلى عليه...، حديث رقم 1385، ص 337.

منهن لجان لهذا الزواج بسبب تردي أوضاعهن الاجتماعية والاقتصادية، الأمر الذي يحرمهم من حقوق المواطنة التي لا تمنح للأجانب كالتعليم المجاني وفرص العمل وغيرها من الحقوق المدنية والاجتماعية والسياسة، في نفس الوقت سيتمتع بها أبناء الأب المتزوج من أجنبية غير مسلمة يُحتمل أنها لا تحترم حتى الدين الإسلامي، ولا يمارس على الأب في ظل هذه الأحوال أي تمييز خلافا لابن الأم الوطنية، وهو ما يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية التي تكفل العدالة والمساواة بين الناس ولا فرق بينهم إلا بالتقوى.

وفي نطاق المنفعة، يظهر من قول جمع من الفقهاء القدامى؛ أبرزوا من خلاله الطابع الاجتماعي للرعوية" لا على مطلق القرابة أو النسب، حين قضاوا بأن تبعية الولد يراعى فيها مصلحته والأمنع له حتى وإن كانت الأم غير مسلمة¹، وليس على أساس النسب للأب، حتى أن منهم من ذهب إلى القول بأنه "ولو تزوج المرتد مسلمة فولدت له غلاما أو وطئ أمة مسلمة فولدت له ولدا فهو مسلم تبعا للأم"²، ومنهم من ألحق صغار الحربي الذي يدخل مع زوجته بأمان إلى دار الإسلام بالذي يسلم منهما ولا فرق بين الأب والأم³.

وهو ما يظهر أيضا في اتجاه المعاصرين الذين اعتبروا أن أحكام الجنسية من مسائل السياسة الشرعية المتروكة لمن بيدهم مقاليد الأمر وفق ما يحقق مصالح العباد، بما يجعل من إقرار المساواة بين الأب والأم لا يتعارض مع روح الشريعة⁴.

وفي الأخير ومن خلال هذا العرض المختصر، يترجح لنا أن فكرة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأولاد لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، لأن الغالب في الأمهات الجزائريات والعربيات الإسلام، وكذا تأسيسا على قاعدة أن الولد يتبع أحسن أبويه دينا بما يجعل من إسلام امرأة في بلاد أجنبية، إتباع أولادها لها، فإن بلغوا وبقوا على الإسلام سيحسبون على دار الإسلام بالرغم من أنهم لن يتحصلوا على أي جنسية لدولة مسلمة إذا أرادوا ذلك لخصوصية الجنسية في الأنظمة القانونية المعاصرة وشروط اكتسابها، لذا يمكن القول بأن منح الجنسية على أساس الدم من جهة الأم من مسائل السياسة

¹ وهم الحنفية ومن وافقهم من الحنابلة، حيث يقول السرخسي بخصوص تبعية الولد لأمه "كذلك إن كانت الأم نصرانية ذمية، لأنها من أهل دارنا، وكما يتبعها الولد إذا كانت من أهل ديننا يتبعها إذا كانت من أهل دارنا، توفيراً للمنفعة على الولد"

² علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مرجع سابق، ص 139.

³ محمد بن الحسن الشيباني، شرح كتاب السير الكبير، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م، ص 121.

⁴ أنظر: أحمد بخيت، مرجع سابق، ص 153.

الشرعية التي ينظمها الحاكم أو السلطة بما يجلب المصلحة والنفع للعباد، وهو ما ينسجم مع الأقوال الفقهية التي تكلمت عن تبعية الولد لأمه.

وعلى أساس ذلك يترجح أن تحفظ الدول على الفقرة 2 من المادة 9 على أساس مخالفة قواعد النسب في قوانين الأسرة غير راجح، الأمر الذي يمكننا القول بأن المساواة في هذه المسألة لا يتعارض مع الحق في الخصوصية الثقافية.

المطلب الثاني

المساواة بين الزوجين في نقل الجنسية للأبناء في القانون الجزائري

تعد مسألة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء من المسائل التي عرفت تحفظاً طويلاً الأمد في تشريع الجنسية الجزائري، حيث كان مبدأ حق الدم في بادئ الأمر مقتصرًا على الأب بصفة مطلقة، ولم يكن الدم الأموي يؤخذ في الحسبان سوى بصفة احتياطية، الأمر الذي لم يدم مع التحولات الدولية والداخلية، حيث ارتقى دور الأم إلى نفس مرتبة الأب في نقل الجنسية للمولود من أم جزائرية بصفة آلية.

الفرع الأول

مرحلة التمييز بين الأب والأم في نقل الجنسية

يمكن القول بأن بداية هذه المرحلة كانت مع صدور أول قانون ينظم مسائل الجنسية في الجزائر سنة 1963 مباشرة بعد افتتاح الاستقلال واسترجاع السيادة الوطنية، القانون الذي غلب عليه الأخذ بالامتياز الأبوي، حيث ميز بين دور الأب والأم في ظل الزواج المختلط في نقل الجنسية الأصلية بموجب حق الدم.

أولاً: حالات انتقال الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الأم

أسس القانون في تلك الفترة للجنسية الأصلية وبنائها على معيار الدم أو النسب كمثلته من تشريعات الجنسية في تلك الحقبة. حيث كان يقوم مبدأ حق الدم على فكرة وحدة الأصل ووراثة الجنس، تأسيساً على أن رابطة الدم التي تربط الفرد بأبنائه هي أقوى ضمان لانتمائه الولاء وشعور الفرد بانتمائه للدولة التي ينتمي

إليها آباءه¹، الأمر الذي يتحقق بانتقال الجنسية عن طريق الأب بصفة آلية ومطلقة ولو كانت جنسية مكتسبة، وبغض النظر عن مكان ميلاده وجنسية أمه أو ديانتها.

أما الجنسية المستمدة من الأم فلم يكن انتقالها للولد بتلك البساطة للظروف التي صدر خلالها القانون، ولرغبة الدولة الجزائرية في تحديد الجيل الأول من الجزائريين في ظل الدولة الحديثة بتشديد المعايير التي بني عليها التمتع بالجنسية الأصلية عن طريق الدم لأجل أن يكون المجتمع متكون من جزائريين أصليين وفقا لتاريخهم وماضيهم²، بحيث يجب أن يكون الفرد قد نشأ هو ووالده في مجتمع جزائري وشب في بيئة جزائرية، لذلك مزج المشرع في حالة المولود من أم جزائرية وأب أجنبي قاعدة الدم بقاعدة الإقليم لاستخلاص الجنسية الجزائرية وهو ما يعرف بمبدأ الميلاد المضاعف³، وهو ما يستفاد من نص المادة 6 التي كانت تضع شروطا صارمة ليستفيد الابن المولود لأم جزائرية وأب أجنبي من الجنسية الجزائرية، حيث لم تقتصر هذه المادة الأخيرة على اشتراط ميلاد الطفل في الإقليم الجزائري، بل امتد ذلك الشرط إلى أبيه الأجنبي، إلا إذا رفضها الطفل قبل عامين من بلوغه سن الرشد.

ولم يتغير الوضع بصور قانون الجنسية 1970، إذ بقي المشرع يستبعد فكرة انتقال الجنسية للولد بناءً على الدم الرابط بني الأم الجزائرية وولدها إلا بصفة احتياطية، حتى أن وضع الولد اللقيط أو مجهول النسب كان أفضل وضعا من الولد الشرعي المولود لأم جزائرية ولأب أجنبي مسلم، على الرغم من أن هذه الوضعية الأخيرة تضمن انتقال الشعور بالولاء للإسلام ومنه الولاء للوطن الجزائري، خلافا لابن الأب الجزائري الذي يولد في الخارج في بلد غير مسلم ولأم غير مسلمة شرط أن يثبت نسبه لأبيه، مما يبين لنا الأمر كان مبنيا على النظام الأبوي في صورته المتطرفة وأبعد ما يكون عن العدالة.

فبالرجوع إلى ما كان ينص عليه مشرعنا في صلب المادة 6 من قانون الجنسية 1970، نجد أنه بعد أن نصت المادة في فقرتها الأولى على انتقال الجنسية للمولود لأب جزائري؛ تضمنت الفقرتين الموالتين حالتين لانتقال الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم من جهة الأم، وهي حالة مجهول النسب، وحالة متعلقة بجنسية الأب الذي يثبت عدم تمتعه بأي جنسية والمقصود بهذا الحكم "انعدام الجنسية"، إضافة إلى حالة جمع فيها المشرع بين حق الدم المستمد من الأم وحق الإقليم.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض وهشام علي صادق، مرجع سابق، ص 46.

² محند إسماعيل، القانون الدولي الخاص، ج2، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989، ص 140.

³ بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 113.

ومثلما ذكر أعلاه، فإن قانون الجنسية 1970 مكن ولد الأم الجزائرية من التمتع بجنسية أمه بصفة استثنائية، وأورد لذلك حالتين نصت عليهما الفقرة 2 و3 من المادة 6.

1- الولد المولود لأم جزائرية وأب مجهول

بمقتضى هذه الحالة، فإن كل مولود لأم جزائرية وأب مجهول سيحمل تلقائياً الجنسية الجزائرية، ولعل أن السبب في إدراج هذه الحالة واضح، فهو يدور حول مصلحة الصغير الذي أراد المشرع أن يبعده عن مشكلة انعدام الجنسية والمشاكل الناجمة عن حرمانه من التمتع بحقوق المواطنة لأي بلد كانت، لذلك جعل المشرع من الارتباط بالعنصر الوطني عن طريق الدم -أي الأم- كاف وحده، حيث لم يضع المشرع شرط آخر يضاف إلى الشرط السابق كارتباط المولود بإقليم الدولة الجزائرية عن طريق ميلاده، ويكون الشرط الوحيد هنا ثبوت تمتع الأم بالجنسية الجزائرية لحظة ميلاده.

ويعاب على المشرع الجزائري أنه ميز بين المرأة التي تلد عن الطريق السفاح والمرأة التي تلد عن طريق زواج شرعي، والسبب هنا هو الأب الأجنبي، وهو تمييز لا يقبله منطق كون أن الولد التي أنجبته المرأة الجزائرية في ظل زواج صحيح شرعاً وقانوناً أولى بأن تراعى حالتها وحالة ابنها بأن تنتقل إليه جنسية أمه.

وهذا ليس تراجع عن موقفنا في تأييد ثبوت الجنسية للولد غير الشرعي لترجح عدم مخالفة ذلك للشريعة الإسلامية¹، فهذا الحكم من المشرع لا يعني أنه ينتقل بالابن غير الشرعي إلى مصاف الابن الشرعي، ولأنه غير متعلق بالشرعية أو بعدم الشرعية بل هو خاص فقط بالجنسية، حيث يحمل هذا الولد جنسية أمه بصرف النظر عن شرعية نسبه لأبيه أو عدم شرعيته، كما أن الأم أحيانا تكون مغلوبة على أمرها في حملها لولد غير شرعي كحالة الاغتصاب ونحوها²، وهنا يحرص المشرع على ألا يكون الولد عديم الجنسية وهو ما يتفق مع تبعية المنفعة المقررة في الفقه الإسلامي.

ويلاحظ أن حمل الطفل غير الشرعي للجنسية تبعا لأمه الجزائرية في نظر المشرع وفقا لقانون الجنسية 1970 كان على إطلاقه، ونقصد من ذلك أن المادة 6 من نفس القانون لم تشترط بأن تكون واقعة

¹ أنظر الصفحة 349.

² علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2008، ص 242.

الميلاد قد تمت بالجزائر، فيعتبر الطفل جزائرياً عن طريق النسب لأمه وهو ما عبرت عنه المادة 6 صراحة حين ابتدأ نصها بأنه "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب...1- المولود من أم جزائرية".

وهو أمر آخر غير منطقي لا يبرر التمييز بين الأب والأم الجزائريين، فالمرأة حين تضع مولودها بالخارج فالغالب أن الأب يكون غير جزائري، كما أن نشأته بالخارج سيترتب عنها انقطاع صلاته بالجماعة الوطنية وقد يضعف عنده الشعور بالانتماء والولاء للدولة الجزائرية كما أنه سيقع في حالة ازدواج الجنسية في الدول التي تكتفي بمنح الجنسية بموجب حق الإقليم.

ومن جهة أخرى، فإن المولود بالجزائر لأم جزائرية وينشأ بها يُحرم من جنسية أمه وحقوق المواطنة لأن أباه ليس جزائرياً ولم يولد في الجزائر، حتى وإن كان عربياً مسلماً أو أمازيغياً يشترك مع المجتمع الجزائري في العديد من المقومات والدين والعادات والثقافة عموماً.

2- المولود لأم جزائرية وأب عديم الجنسية

يمكن القول بأن المشرع قد اعتد في منح الجنسية الأصلية في هذه الحالة بحق الدم المستمد من الأم طالما أن جنسية الأب غير معروفة، فهو عديم أو مجهول الجنسية، وما يمكن أن نلاحظه في هذه الحالة أن نسب الطفل ثابت لأبيه، أي أن الولد شرعي طبقاً لأحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري وقد تم النص على هذه الحالة بصفة مستقلة في الفقرة 3 من المادة 6، فالأب معروف والنسب ثابت إلا أن العيب هنا هو عدم تمتع الأب بأية جنسية، مما يحتم تغليب دور الأم في نقل الجنسية.

ولأن الجهالة التي يتكلم عنها المشرع في هذه الفقرة ليست منصرفاً إلى الأب وإنما إلى جنسيته، فلو كان الأمر متعلقاً بجهالة الأب لكننا أمام الحالة السابقة التي تتكلم عن الابن غير شرعي، والظاهر أن المشرع قنن هذه الحالة منطلقاً من اعتبارين اثنتين¹:

أولها: أنه ليس للأب جنسية يُخشى تأثيرها على المولود.

وثانيها: اعتبار مصلحة الطفل وحمايتها من أن يوجد في حالة انعدام الجنسية لغير سبب جناه.

وعلى غرار حالة مجهول النسب لأم جزائرية، لم تشترط المادة 3/6 اقتران الميلاد بإقليم الدولة الجزائرية. كما أن هذا الحكم يحكمه المقصد نفسه وهو تلافي انعدام الجنسية، وكما لا يكون الطفل مثل أبيه عديم الجنسية خلع عليه المشرع بقوة القانون جنسية أمه، ويذكر أن القانون السابق لسنة 1963 كان

¹ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 31.

يشترط ميلاد الطفل بإقليم الدولة، أما جنسية الطفل وفقاً للقانون الحالي فهي مبنية على أساس دم الأم ولا علاقة لها برابط الإقليم¹.

ويمكن القول بأن هذه الحالة والتي سبقتها، والمنصوص عليهما في الفقرتين 2 و3 من المادة 6 قد روعي فيها مبدأين هامين في القانون الدولي المعاصر²، أولها حق المرأة بالمساواة بالرجل ولو أنها مساواة غير كاملة، لعله أملاها المبدأ الثاني وهو حق الفرد في أن تكون له جنسية فهو من الحقوق الأساسية للإنسان، عن طريق محاربة مشكلة انعدام الجنسية وهذا بإلحاق المولود للأم الجزائرية في كل الحالات التي يتعذر فيها اثبات هوية أو جنسية الأب دون الاعتراف بحق الإقليم واشتراط ميلاد الطفل بالجزائر.

خلافاً للعديد من التشريعات العربية السارية في تلك الفترة والتي مزجت بين حق الدم وحق الإقليم، أو بعبارة أخرى قاعدة قيام الجنسية الأصلية على حق الدم المستمد من الأم والمقترن بحق الإقليم، كقانون الجنسية المصري لسنة 1975 الذي اشترط ميلاد المولود لأب مصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، بمصر³.

وإلى مثل نهج المشرع الجزائري، لم يستلزم القانون الكويتي أي اعتبار إقليمي لحالة المولود المقترن بالظروف السابقة، واكتفى بصلة الأمومة ليضفي على الولد الجنسية الكويتية في هذه الحالة، طبقاً للمادة 3 من قانون الجنسية الكويتي لسنة 1956⁴؛ وإلى نفس مقاصد المشرع الجزائري الذي يبتغي من إقرار هذا الحكم تحقيق مصلحة دولية قوامها محاربة انعدام الجنسية ومصلحة الولد كي لا يصير عديم الجنسية. مع استبعاد استهداف المشرع الكويتي مصلحة الكثافة السكانية لتناقضه مع التشدد التشريعي في اكتساب الجنسية الكويتية وآثار اكتسابها، وهو ما أثبتته المذكرة الإيضاحية لا سيما في قولها "ويبقى للولد أمه الكويتية فلا تهدر هذه الصلة"، وبهذا تتحقق مصلحة محاربة انعدام الجنسية بإدخال الولد في جنسية أمه كحل أخير، وإن لم يكن المشرع قد قصد إلى ذلك بصفة مباشرة⁵.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 243.

² أحمد ضاعن السمدان، الجنسية الكويتية الأصلية - دراسة مقارنة حول مفهوم الجنسية الأصلية وحكمها في التشريع الكويتي وتطبيق الإرادة لها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد 20، ع 3، سبتمبر 1996، ص 52.

³ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 18.

⁴ عبد الله، عز الدين. دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مرجع سابق، ص 297-300.

⁵ المرجع نفسه، ص 24.

وفي المقابل لم يسوي المشرع في الامارات العربية في مثل هذا الحكم - أي في جنسية المولود لأم وطنية وأب عديم الجنسية- بين أبناء المواطنة بحكم القانون والمواطنة بالتجنس، وفضل فحسب أن يحمي الأبناء المولودين لمواطنات بحكم القانون طبقا للمادة 2/د من قانون 1972 بشأن الجنسية وجوازات السفر، لذلك يعلق الأستاذ عكاشة عبد العال على هذا الموقف بقوله أن "المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة يتتكر للاعتبارات المنطقية التي يجب أن تهيمن في صياغة الأحكام بالنسبة للمسائل الواحدة"¹، الأمر الذي لم يحد عنه المشرع الاماراتي في التعديل الأخير لسنة 2017².

3- انتقال الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الجمع بين رابطة الدم والاقليم

ورد النص على هذه الحالة في الفقرة 2 من المادة 7 من قانون الجنسية 1970، حيث جاء في نصها أن "الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر، إلا إذا رفض الجنسية الجزائرية في أجل مدته عام قبل بلوغه سن الرشد"، وما يلاحظ على هذا النص أن الطفل سواء كان مجهول النسب أو كان والده عديم الجنسية أفضل حالا من الطفل الثابت النسب لأب أجنبي ثابت الجنسية. الأمر الذي يظهر مدى التشدد التشريعي والتمييز ضد ولد الأم الجزائرية المتزوجة بأجنبي؛ ويظهر ذلك من شرط ميلاد الطفل بالجزائر إضافة إلى اشتراط ميلاد الوالد الأجنبي نفسه في الإقليم الجزائري، الأمر الذي يهدم مبرر ضمان عدم انتقال ولاء الأب للطفل طالما أن الطفل قد ولد في الجزائر ومن أم جزائرية، ولا شك أن الأب مسلم مندمج على الأقل في الهوية الإسلامية وما تحمله من سمات مشتركة، فهو أفضل حالا من الطفل المولود في ظل الحالتين المنصوص عليهما في المادة 6 فقرة 2 و3 السابق ذكرها.

ولا شك كذلك أنه أفضل حالا من ناحية الاندماج والانتماء للمجموعة الوطنية من المولود خارج الوطن لأب أجنبي وأم أوروبية غير مسلمة، وقد لا يحسن حتى اللغة الوطنية، وعليه فالاحتجاج بمسألة الولاء وما شابها لتفضيل دور الأب في نقل الجنسية بصفة مطلقة أضحى من دون جدوى.

¹ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 31.

² أنظر الفقرة د من المادة 2 من قانون الجنسية وجوازات السفر رقم 17 لسنة 1972 لدولة الامارات العربية المتحدة، المعدل بموجب مرسوم بقانون اتحادي رقم 16 لسنة 2017، دائرة القضاء، أبو ظبي، ط2، 2018. ص 14.

وكأن المشرع يغلب المصلحة الدولية المتمثلة في محاربة انعدام الجنسية على مصلحة الأم الجزائرية فقط لكونها أنثى، مادام أن الطفل سيحمل جنسية والده الأجنبي ويتلافى حالة انعدام الجنسية. وفي هذا الصدد اعتبر بعض الفقه الجزائري أن الطفل المولود في الجزائر من أب نفسه مولود في الجزائر وأم جزائرية، يعد مندمجا اندماجا كاملا في الشعب الجزائري، وولأوه للبلد الأجنبي يكون قد تلاشى نهائيا واستبدل بولائه للجزائر¹.

4- منح الامتياز للمولود من أم جزائرية وأب أجنبي في اكتساب الجنسية

وردت هذه الحالة تحت عنوان "اكتساب الجنسية بفضل القانون"، على الرغم من أن هذه الحالة تتعلق باكتساب المولود لأم جزائرية داخل الوطن وأب أجنبي مولود بالخارج، بناءً على رغبة الولد وعدم معارضة وزير العدل وليس بصفة آلية، وهو ما تم التنصيص عليه في المادة 9 من قانون 1970²، وعليه فإن اكتساب الجنسية وفق هذه الحالة ليس حقاً أصيلاً للطفل، ولعل الأفضلية التي قصدها المشرع ليست سوى أفضلية إذا ما قورنت بالشروط المطلوبة في حالات التجنس الأخرى المدرجة في المادة 10 من نفس القانون.

لذلك يرى الكثير بأن هذه الحالة ما هي إلا نوع من أنواع التجنس، لأن هذا الأخير يستلزم شرطان جوهريان يميزانه عن غيره من طرق الاكتساب وهما شرطا الإعلان عن الرغبة في اكتساب الجنسية وشرط موافقة وزير العدل ولولا هذان الشرطان لصار هذا الاكتساب آليا وبقوة القانون³، ويتساوى بذلك أبناء الأم الجزائرية المولودين فقط بالجزائر من أب أجنبي مع أبناء الأب الجزائري.

ووفقا للمادة 9 نجد أن الشروط التي وضعها المشرع لاكتساب الجنسية الجزائرية في هذه الحالة تشمل

فيما يلي:

¹ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي - الجنسية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2003، ص 190.

² حيث جاء في فقرتها الثانية بأنه "يكتسب الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي مولود خارج التراب الجزائري، الجنسية الجزائرية إذا أعلن عن رغبته في اكتساب هذه الجنسية خلال 12 شهرا السابقة لبلوغه سن الرشد إذا كانت له وقت التصريح إقامة معتادة ومنتظمة في الجزائر ما لم يعارض وزير العدل في ذلك وفقا للمادة 26 بعده" وأضافت الفقرة الثالثة أن "سكوت وزير العدل بعد أجل 12 شهرا المذكورة بعد تشكيل الملف بصفة تامة موافقة".

³ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 195.

أ- ثبوت ميلاد الطفل في الإقليم الجزائري

قدمت الفقرة 2 من المادة 9 الحديث عن هذا الشرط، ولكي يستفيد المولود من الشروط المخففة المنصوص عليها في نفس المادة، يجب أن تكون واقعة الميلاد قد تمت بالجزائر، وليس المقصود هنا التراب الجزائري وحده بل كل المناطق التي تدخل ضمن ما يعرف بالولاية الوطنية، فيستوي أن تكون واقعة الميلاد على أرض الجزائر أو المياه الإقليمية الجزائرية وكذا السفن والطائرات الجزائرية.

ب- أن تكون الأم جزائرية

يُظهر هذا الشرط امتزاج حق الدم مع حق الإقليم، فلا بد أن تكون الأم حاملة للجنسية الجزائرية وقت ميلاد الطفل، ويستفاد من صريح المادة 2/9 عدم إلقاء أي بال لنوعية الجنسية فالنص جاء مطلقا ولا فرق في ذلك بين الجنسية الجزائرية الأصلية والجنسية المكتسبة، حتى وإن تم الدخول فيها بعد حدوث الحمل طالما أن واقعة الميلاد حصلت ولأم جزائرية، ومادام النص صريح وواضح فلا اجتهاد مع وجود النص. وعلى سبيل المخالفة، إن تمت الولادة بعد فقدان الأم للجنسية أو اكتسابها لها بصفة لاحقة للميلاد فلا مجال لإعمال النص.

ج- أن يكون الأب أجنبيا مولودا بالخارج

جاء النص على هذا الشرط تحت عبارة " وأب أجنبي مولود خارج التراب الجزائري" غير أن المعنى المقصود بالأجنبي هنا، لا ينصرف إلى كل أجنبي بل فقط الأجنبي معلوم الجنسية، والدليل على ذلك أن الوالد الأجنبي عديم الجنسية يدخل في نطاق المادة 3/6، ويحصل الولد على الجنسية الجزائرية الأصلية بصفة آلية.

كما لا ينصرف المعنى إلى الأب المولود نفسه بالجزائر، لأن ذلك سيدخل الولد ضمن الحالة المنصوص عليها في المادة 2/7 ويحصل بذلك على الجنسية الأصلية أيضا بصفة آلية.

د- إعلان الولد عن رغبته في اكتساب الجنسية الجزائرية

علق المشرع اكتساب الجنسية على رغبة الطفل قبل بلوغه سن الرشد بمدة محددة ب 12 شهرا، أي قبل بلوغه 21 سنة طبقا للقانون المدني 1975 قبل تعديله، وعلى ذلك فإن المشرع قد حرم الأم من طلب اكتساب الجنسية لأولادها قبل سن 21، فضلا على أن هذه المدة محددة بطريقة جد تعسفية لا تتماشى

مع ما يفترض في المشرع أو الحاكم في أن ينظم شؤون الناس على نحو من العدالة، فهو وأمه سينتظرون عدة سنوات لإمكانية تقديم طلب اكتساب الجنسية، كما أن تفويت هذه المدة سيحرم الطفل من الاستفادة من هذه الأحكام (المقررة في المادة 9)، وهو ما يعكس تمييزاً صارخاً ضد الأم الجزائرية وولدها الذي ولد بالجزائر ونشأ وترعرع بها، وهو ما يتنافى قطعاً مع روح الشريعة الإسلامية وروح التكافل التي دعت إليها، وأبعد من المساواة بين المواطنين.

و - الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر وقت تقديم طلب الجنسية

لم يكتفِ المشرع باشتراط ميلاد الطفل في الإقليم الجزائري حيث أضاف هذا الشرط الذي يعكس مدى تعلق الطفل بالجزائر واندماجه بها. والمراد بالإقامة العادية والمنتظمة أن يكون الولد قد استقر بالجزائر وارتبط بها بصفة فعلية، كما أنه ليس من الضروري أن تستمر إقامته دون انقطاع، عارض أو مؤقت طالما أن الأمر لا يحول دون انتظام الإقامة¹، فالغياب العارض والمؤقت صار في ظل عصر تطور وسائل النقل والمواصلات أمراً طبيعياً لا يستفاد منه انقطاع الإقامة المنتظمة أو نية ذلك، وهو ما أخذه المشرع من دون شك في الحسبان.

ر - عدم معارضة وزير العدل

علق المشرع اكتساب الجنسية في هذه الحالة على عدم معارضة وزير العدل حتى وإن توفرت جميع الشروط السابقة وفقاً لما قرره المادة 26، بحيث يستطيع وزير العدل رفض طلب الطفل في الحصول على الجنسية، في مدة أقصاها 12 شهر من إعلان الرغبة، وإلا فإن سكوت وزير العدل بعدم إبداء المعارضة أو حتى الموافقة على رغبة الطفل يعد قبولاً ضمناً لطلبه وموافقة على اكتسابه الجنسية الجزائرية طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 9.

ثانياً: التمييز ضد الأم وأبنائها في التجريد من الجنسية

درجت قوانين الجنسية على اختلافها على إدراج أحكام ترفع الصفة الوطنية عن الأفراد الذين يشكلون خطراً على المجتمع أو الأمن القومي لإتيانهم أعمالاً يصنفها المشرع ضمن هذه الطائفة من الأعمال التي سبق ذكرها، عن طريق التجريد من الجنسية، إلا أنه غالباً ما يكون هذا التجريد في مواجهة الأفراد المكتسبين للجنسية لا الذين يحملون الجنسية الأصلية، لاسيما الجنسية الثابتة عن طريق حق الدم.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 253.

ولم يختلف قانون الجنسية الجزائرية عن غيره من قوانين الجنسية العصرية في إقراره إمكانية التجريد من الجنسية الجزائرية المكتسبة، وظهرت إمكانية التجريد في أربع حالات نصت عليها المادة 22 ضد " كل شخص اكتسب الجنسية الجزائرية يمكن أن يجرد منها:

1- إذا صدر حكم عليه من أجل عمل يعد جنائية أو جنحة تمس بأمن الدولة.

2- إذا صدر حكم عليه في الجزائر أو الخارج من أجل عمل يعد جريمة بعقوبة لأكثر من خمس سنوات سجن.

3- إذا تهرب عن قصد من الخدمة الوطنية.

4- إذا قام لفائدة دولة أجنبية بأعمال تتنافى مع صفته جزائريا أو مضرّة بمصلحة الدولة الجزائرية.

ويحمل بعض هذه الحالات المشاركة إليها إخلالا بواجب الولاء للدولة، وهو ما يتماشى مع الاتفاقية الدولية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية 1961 والتي دخلت حيز النفاذ في 13/12/1975، حيث يمكن للدولة أن تجرد أي شخص من الجنسية إذا قام الشخص على نحو يناقض الولاء للدولة المتعاقدة وفق عدة حالات نصت عليها المادة 8 من الاتفاقية¹، وهو ما يجنب الدولة الوقوع في فعل محرم في القانون الدولي، لانتهاكه حقا أساسيا من حقوق الانسان أقرته المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان، ألا وهو الحق في عدم الحرمان التعسفي من الجنسية.

غير أن أحكام التجريد في قانون الجنسية الجزائرية قبل تعديله كانت تحمل تمييزا ضد المرأة، فقد أجازت المادة 24 إمكانية تمديد التجريد من الجنسية إلى زوجة المعني بالأمر وأولاده القصر، وبذلك تكون المادة قد خرجت عن تطبيق مبدأ شخصية العقوبة وحملت زوجة المعني وزر أعمال زوجها وإلحاقها بحكم التجريد من الجنسية، دون أن يمتد التجريد إلى الزوج إذا وقعت زوجته في حالة تجريد من الجنسية، ومن جهة أخرى فإن الحكم المقرر في المادة 24 فيه انتهاك لحكم محظور في 15 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان لامتداد التجريد لأولاد المعني القصر.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الجنسية الجزائرية، مرجع سابق، ص 150-151.

الفرع الثاني

مرحلة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء

بعدما ثبت أن هنالك وجود تمييز غير مبرر بين دور الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء في قوانين الجنسية الجزائرية السابقة، عمد المشرع الجزائري إلى مسايرة التطورات الداخلية والدولية وكذا موائمة تشريع الجنسية مع النظام الدولي المعاصر والتزامات الجزائر الدولية، وتحديدًا المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة.

أولاً: مبررات تحفظ الجزائر على الفقرة 2 من المادة 9 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة

تعد الفقرة 2 من المادة من الاتفاقية من بين المواد المتحفظ عليها من قبل الحكومة الجزائرية حين صادقت على الاتفاقية، والتي تلزم الدول الأطراف بمنح المرأة حقًا مساويًا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما، واستندت الجزائر في تحفظها في الأساس على مبرر مخالفة الشريعة الإسلامية وإن كان بطريقة ضمنية وغير مباشرة.

الأمر الذي يظهر في تبرير الجزائر لتحفظها على مخالفة مسألة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية لأحكام إثبات النسب في قانون الأسرة، وتحديدًا المادة 41 التي تقضي بانتساب الولد لأبيه متى كان الزواج صحيحًا، والمادة 43 التي تتضمن الأحكام الخاصة بأقصى مدة الحمل بعد انفصال المرأة عن زوجها بعد الوفاة أو الانفصال¹.

كما بررت الجزائر تحفظها على أساس مخالفة أحكام المادة 2/9 لقانون الجنسية نفسه؛ الذي لا يسمح للطفل باكتساب جنسية أمه إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 6 والمادة 2/7 من قانون الجنسية 1970.

وللتحفظ السابق على المادة 2/9 أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن قلقها إزاء تمسك الجزائر بالتمييز بين دور الأب والأم في جنسية أطفالهما وعدم مراجعة قانون الجنسية الجزائرية، لذلك حثت

¹ أنظر في ذلك تحفظ الجزائر على الفقرة 2 من المادة 9 المرفوع بتاريخ 1996/05/22. الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تحفظات الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/SP/2002/2، ص 24.

اللجنة الجزائرية على إيلاء أولوية عالية لتنفيذ الإصلاحات التشريعية وتعزيز عملية تنقيح قانون الجنسية الجزائرية وجعله متماشيا مع المادة 9 من الاتفاقية¹.

كما كان هذا التحفظ محل استنكار واعتراض من خبراء اللجنة في الجلسة 667 للنظر في التقرير الدوري الثاني للجزائر، حيث اعترضت إحدى الخبرات على ما ذكره تقرير الجزائر من أن التحفظات التي أدخلتها الحكومة بما فيها التحفظ على المادة 2/9 لا تمس بهدف الاتفاقية، وتساءلت من جهة أخرى عن العقوبات التي تمنع البلد من استكمال تنقيح قانون الجنسية الجزائرية في المستقبل القريب لأجل تحقيق المساواة بين دور الأبوين في جنسية أطفالهما²، وقالت خبيرة أخرى أن قانون الجنسية الجزائرية يميز ضد المرأة حيث أنه لا يعطيها الحق التلقائي في منح جنسيتها لأطفالها، بينما يعطي هذا الحق للرجل، وأعربت عن رغبتها في معرفة ما تعتمز الجزائر أن تقوم به بغية حسم عدم المساواة³.

هذا الأمر أدى بالجزائر من خلال أعضاء وفدها بعرض مشروع 2004 الأولي لتعديل قانون الجنسية الجزائرية في الجلسة الموالية، وتوضيح هدفه الرئيسي المتمثل في "تكريس المساواة بين الجنسين، وضمان حقوق الأولاد في الجنسية عن طريق السماح للأمهات الجزائريات بنقل جنسيتها إلى أولادهن، وأخذ التطورات الجديدة في المجتمع في الحسبان"⁴

ثانيا: مرحلة إقرار المساواة الكاملة بين الأب والأم في نقل الجنسية بموجب الأمر 05-01 المعدل لقانون الجنسية

أمام المشاكل التي واجهت النساء الجزائريات المتزوجات من أجانب وأبناءهن نتيجة حرمانهم من الجنسية والهوية الوطنية وما يترتب عليها من حقوق المواطنة، خاصة للمولودين في الجزائر وما يحدثه الانفصال بين الأم الجزائرية والأب الأجنبي، بالإضافة إلى المطالبات الداخلية لشريحة اجتماعية كبيرة وليس فقط الحركات النسوية في الجزائر لأجل تعديل قانون الجنسية، فضلا عن المطالبات الدولية التي تم

¹ كان ذلك بمناسبة نظر نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلستها 667 و668 المنعقدة في 11/01/2005.

² أنظر تقرير شوب شيلينغ، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32، محضر موجز للجلسة 667 المنعقدة بنيويورك، يوم 11/01/2005، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/SR.667، ص 6.

³ تقرير كوكو أبياه، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32، محضر موجز للجلسة 667 المنعقدة بنيويورك، يوم 11/01/2005 مرجع سابق، ص 11-12.

⁴ الأمم المتحدة، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32، محضر موجز للجلسة 668 المنعقدة بنيويورك، يوم 01/11/2005، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/SR.668، ص 2.

الإشارة إليها؛ تم إصدار الأمر رقم 05-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

هذا القانون الذي انتهج مسلكا مغايرا وأقر بالمساواة الكاملة بين الأم والأب الجزائريين في نقل جنسيتها لأطفالهما بصفة آلية ومطلقة، والذي ظهر في المادة 6 المعدلة من القانون الجديد التي منحت الجنسية الجزائرية الأصلية لكل ولد منحدر من أي جزائري ثابت الجنسية دون التفرقة بين الرجل والمرأة، وبغض النظر عن مكان الميلاد أو الجنسية التي يملكها زوج الجزائرية أو مكان ميلاده.

إضافة إلى تعديل الفقرة 2 من المادة 7 من قانون الجنسية 1970 التي كانت تمنح الجنسية عن طريق المزوج بين حق الدم والإقليم لصالح الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر، وحلت محلها حالة المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها¹.

كما دفع تبني المساواة المطلقة في نقل الجنسية إلى إلغاء حالة اكتساب المولود لأم جزائرية وأب أجنبي مولود بالخارج الجنسية الجزائرية عن طريق حذف المادة 9 كليا في القانون الجديد.

ونظرا لإدراج مبدأ المساواة في نقل الجنسية، تولى المشرع نهائيا عن الاعتماد بدور الأم في منح الجنسية بصفة احتياطية الذي أصبح بدون جدوى مع تعديل نص المادة 6، وبموجب ذلك ألغى المشرع حالة المولود من أم جزائرية وأب مجهول، وحالة الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول عن طريق حذف الفقرة 2 و3 من المادة 6، كما أضحت نفس المادة مكونة من فقرة واحدة تعكس المساواة بنصها على أنه " يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري وأم جزائرية".

ويحسن بنا أن تلفت الانتباه بأن التعديل قد مس أيضا المادة 24 انتهاجا للمساواة، حيث لم يعد هنالك أي إمكانية لتمديد التجريد من الجنسية ليمس الزوجة وأولاده القصر، إلا في الحالة التي يكون فيها التجريد شاملا لكل من الأب والأم بصفة جوازيه لا آلية.

كما أن إدراج المساواة في نقل الجنسية للأطفال أملت أكثر من ضرورة اجتماعية كانت أو قانونية، يمكن استخلاصها من أسباب ومبررات التعديل الأخير لقانون الجنسية، في النقاط التالية:

¹ الفقرة 2 من المادة 7 من قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

1- تحسين مركز المرأة المتزوجة من أجنبي وأولادها

إن اعتماد معيار الدم أو النسب من جهة الأم في التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية، سيقضي على العديد من المشاكل والعقبات التي تعاني منها النساء الجزائريات وألادهن في حالة الزواج من أجنبي، وإن كان هذا التعديل يتعلق بصفة أكبر بالأطفال المولودين في ظل هذا النوع من الزواج.

فالمرأة قد حرمت في ظل القانون السابق من الهوية الوطنية الكاملة رغم كونها جزائرية ومسلمة في غالب الأمر فقط لسبب أن زوجها أجنبي. الوضعية التي انعكست على وضع الأولاد الذين يتربون في بلد ينتمون إليه عاطفياً وثقافياً وفكرياً ووطنياً دون أن يملكو فيه حقوق المواطنة، وأصبح من غير المقبول أن يعاملهم المشرع معاملة الأجانب طيلة مراحل حياتهم¹، ويعيش ابن الجزائرية محروماً من الحقوق التي يتمتع بها أقرانه في مجتمع ينتمي إليه ويحمل مقوماته؛ كل ذلك أدى إلى ضرورة التحول في الأسس التي تُبنى عليها الجنسية الجزائرية الأصلية، والأخذ بمعيار الدم أو النسب من جهة الأم مثلما هو مقرر للأب.

2- مسايرة التغيرات الداخلية والتحولت الدولية

أفرزت التحولات التي أملت ظروف الحياة المعاصرة إلى بناء علاقات بين الجزائريين والأجانب في الخارج لم تكن معهودة في السابق، كزواج الجزائريات من أجنبي الذي لم يكن أمراً شائعاً في الجزائر علاوة على آثار تطور العلاقات الاقتصادية والاجتماعية التي ألفت بظلالها على مكونات المجتمع الجزائري وسفر الجزائريات إلى الخارج لأجل العمل أو الدراسة، وحتى قدوم الأجانب إلى الجزائر لنفس الأسباب السابقة.

الأمر الذي نتج عنه فئات في المجتمع الجزائري لها حق على الجزائر في منح أفرادها الجنسية الجزائرية، وهم الولودون من أم جزائرية، لا سيما المولودين والمقيمين بها، الذين نشؤوا على مبادئها وأعرافها وتقاليدها، إضافة إلى التحولات على صعيد العلاقات مع الدول والتي تتسم بالانفتاح على الآخر².

¹ نوال البازجي، الافتتاحية في نشرة "جسور" بين المشرق والمغرب، ع 5، كانون الأول 2002. مقتبس عن رندة الفخري عون، التمييز ضد المرأة في أبرز المواثيق الدولية - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، دون طبعة، 2013، ص 132.

² الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات، السنة الثالثة رقم 146، مرجع سابق، ص 5.

3- موائمة التشريع الداخلي مع الالتزامات الدولية

يتصل قانون الجنسية بالعديد من الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر مع مرور السنين، لذا فإن هذا التعديل يعد موائمة للتشريع الداخلي مع ما صادقت عليه الجزائر من النصوص الدولية ذات الصلة. فالأمر لا يقتصر فقط على ما هو مقرر في المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة التي كانت محل تحفظ من طرف الجزائر لنصها على منح المرأة حقوقا مساوية للرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها، فالأمر متعلق أيضا بحقوق الطفل وضمانها تطبيقا لاتفاقية حقوق الطفل 1989 خاصة وأن مادتها 8 تنص على حق الطفل عند ميلاده في التمتع بالجنسية الذي تجسد في منح المولود مجهول الأبوين أو أم مسماة الجنسية الجزائرية، فضلا عن العدول عن تجريد القصر من الجنسية مثلما كان مقرر في المادة 24 قبل تعديلها.

كما يستقيم التعديل مع المبادئ الدولية لرابطة الجنسية، لا سيما فيما يتعلق بمحاربة مشكلة انعدام الجنسية، فبغض النظر عن مدى ارتباط الأب الأجنبي بجنسية دولة معينة من عدمها، فإنه بإلغاء التعديل الأخير لكل القيود التي كانت مفروضة على الجزائريات المتزوجات من أجنبي في نقل الجنسية لأبنائهم سيحمل الأبناء الجنسية الجزائرية بصفة تلقائية.

ويظهر هنا تدارك المشرع إغفاله في معالجة مشكلة ابن الأم الجزائرية المتروجة من أجنبي معلوم الجنسية، في حالة عدم تمكنه من الحصول على جنسية أبيه لسبب أو لآخر¹.

3- تأكيد مبدأ المساواة القانونية المكرسة في الدستور

أكد الدستور الجزائري في فصله الرابع بشأن الحقوق والحريات على مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون ولا تمييز بينهم على أساس الجنس، والمساواة بين المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات، وكذا ضمان هذه المساواة بصفة فعلية في ميدان الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية²، وهو ما لا يستقيم مع حرمان المرأة الجزائرية من نقل جنسيتها لأبنائها والمعاملة التي يتلقاها أبنائها بناءً على أحكام قانون الجنسية قبل تعديله، وحرمانهم من حقوق المواطنة.

¹ الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 328.

² أنظر المواد 29 إلى 32 من الدستور الجزائري 1996.

وبذلك أضحى التمييز والتفرقة بين أدوار المواطنين والمواطنات في نقل الجنسية، تفرقة غير دستورية طالما أن المساواة في نقل الجنسية لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية؛ وبناء على ذلك فإن إقرار المساواة الكاملة بين الأزواج الجزائريين في نقل الجنسية مهما كان جنسهم هو حق دستوري وجب تكريسه في تشريع الجنسية الداخلي.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن استقرار مبدأ المساواة في الدساتير أدى بقيام أغلب الدول بالارتقاء بالأم إلى نفس درجة الأب في نقل الجنسية للمولود¹، كذلك تم تأكيد مبدأ المساواة الدستورية بين الرجل والمرأة أيضا، في العديد من الأحكام القضائية التي كان لها دور فعال في تبني معظم التشريعات فلسفة جديدة نحو تطور قوانينها الخاصة بالجنسية².

فقد سبق وأن تدخلت العديد من تشريعات الدول لوضع حد للتفرقة بين دور الأب والأم في نقل الجنسية، بعد الطعن في عدم دستورية القوانين التي تفرق في ذلك، فعلى سبيل المثال أثبت المشرع في ألمانيا الاتحادية (الغربية) سنة 1979 الجنسية الألمانية لكل من ولد لأب وأم ألمانية، بعد أن قضت المحكمة الدستورية في 21 ماي 1974 بعدم دستورية الفقرة 1 من المادة 4 من قانون الجنسية التي استبعدت إكتساب المولود لأم ألمانية وأب أجنبي، الجنسية الألمانية إلا في حالة ما إذا كان الأب معدوم الجنسية³، وبذلك أن أنهى المشرع في ألمانيا الاتحادية امتياز الذكور في نقل الجنسية إلى الأطفال بمنح الأمهات الألمانية حقوقاً متساوية في الجنسية بعد أن كانت المساواة مقتصرة على حق اكتساب أزواج المواطنين الألمان للجنسية، الذي أدرج بموجب تعديل قانون للجنسية سنة 1969 لأسباب يتعلق جانب منها أيضا بمخالفة مبدأ المساواة في الدستور الألماني⁴.

ومثل ذلك في إيطاليا، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 1983/02/9 بعدم دستورية التفرقة بين الأب والأم في نقل الجنسية التي كان يقرها تشريع الجنسية الإيطالي 1912، وعلى إثر ذلك قام المشرع الإيطالي بتعديل قانون الجنسية ليقر المساواة الكاملة بين دور الأم والام في نقل

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون المصري المقارن، مرجع سابق، ص 48.

² إلهام العلمي، إسناد الجنسية الأصلية للأولاد بناء على رابطة الدم من جهة الأم، مجلة المناهج القانونية، المغرب، ص 60.

³ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية- حق الطفل المولود من أم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، مرجع سابق، ص 19-20.

⁴ See: Diane Sainsbury, Gender differentiation and citizenship acquisition: Nationality reforms in comparative and historical perspective, Women's Studies International Forum, Vol. 68. Pergamon, 2018. P 83.

الجنسية للأولاد، لمخالفة الحكم المقرر في قانون 1912 للدستور الإيطالي في المساواة بين الجنسين¹، وفي ذلك نصت المادة 5 من قانون الجنسية لسنة 1983 على أن كل طفل قاصر مولود لأب وأم إيطالية، يعتبر مواطناً إيطالياً بصفة مطلقة².

وعلى المستوى العربي، دفع أنصار حقوق الإنسان بمصر إلى الدفع بعدم دستورية التفرقة بين دور الأب والأم في نقل الجنسية المكرس في قانون الجنسية المصري أمام القضاء الإداري، تأسيساً على مخالفته لأحكام الدستور المصري 1971، الذي يقر بدوره بالمساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات في مادته 40 وكذا المادة 11 التي تقر المساواة بين الرجل والمرأة في ميادين الحياة السياسية والاقتصادية دون الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية³.

إلا أن الجانب المعارض لذلك، يرى أن المادة 11 من الدستور المصري قد قيدت تلك المساواة بعدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، لذا فإن عدم قدرة الأم المصرية على نقل جنسيتها لأبنائها بصفة أصلية، لا يخالف الدستور في نظرهم، مثلما يرون أنه لا محل للتذرع بالأحكام التي صدرت عن المحاكم الدستورية العليا في بعض الدول الأوروبية، لاختلاف مفهوم المساواة بين نوع الجنس البشري عندهم وعند المسلمين في هذا الشأن⁴، وهو ما تبين لنا رجوحه بالنظر للشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمسألة المساواة في الجنسية عند حديثنا سابقاً عن هذه المسألة.

ولأن القضاء الإداري في مصر قد وصف هذا الدفع بعدم الجدية، وهو ما ترتب عليه عدم وصول هذا الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا إلا بعد عدة سنوات، حيث كان من المتوقع أن تحذو المحكمة الدستورية العليا في مصر حذو مثيلاتها في الدول الأوروبية، في الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، نحو تعديل قانون الجنسية المصرية: دراسة نقدية لأحكام تشريع الجنسية المصرية رقم 26 لسنة 1975، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 50، 1994، ص 9.

² حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية - حق الطفل المولود من أم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، مرجع سابق، ص 21.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، حق الام المصرية في نقل جنسيتها إلى الابناء من زوج اجنبي حق دستوري، مقال منشور بجريدة الاهرام بتاريخ 8 / 10 / 1994 / فؤاد عبد المنعم رياض، هموم إنسان مصري، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2010، ص 98.

⁴ أنظر: عنایت عبد الحميد ثابت، مدى قانونية عدم مقدرة الأم المصرية على الإدلاء بجنسيتها إلى أولادها عند ميلادهم بصفة أصلية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 58، 2002، ص 117-118.

التي لا تساوي بين دور الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء، غير أن المشرع المصري عدل عن هذا الموقف المفرق بين الأبوين بتعديله لقانون الجنسية حتى قبل صدور حكم من المحكمة الدستورية¹.

4- مسايرة تشريعات الجنسية المعاصرة

جاء الأمر 05-01 المعدل لقانون الجنسية مع ما يحمله من إصلاحات تشريعية قوامها المساواة بين الجنسين، بعد مضي ثلاث عقود منذ صدور قانون 1970، هذه الفترة التي شهدت تغيرات على مستوى التشريع الداخلي بالسير نحو تعزيز حقوق المرأة ومساواتها بالرجل في مختلف الميادين السياسية والاجتماعية والثقافية، وكذا المساواة بين المواطنين دون تمييز يرجع إلى المولد أو العرق.

هذه المعايير السابقة، هي نفسها المعايير التي كانت أساسا في تحول قوانين الجنسية على المستوى العالمي نحو تعديل أحكامها وإقرار المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية للأبناء، وصارت بذلك مسألة المساواة، قوام وروح قوانين الجنسية المعاصرة.

هذا التحول ظهر بداية في قوانين الجنسية في الدول الغربية، وذلك بعد أن ساهمت النساء والحركات النسوية في تعديل قوانين الجنسية وتوسيع حقوق النساء المتزوجات من أجنبي في الاحتفاظ بجنسيتها على قدم المساواة مع الرجل، وتوسعت هذه المساواة لاحقا لتشمل المساواة في نقل الجنسية للأبناء.

فمثلا تميزت تقاليد الجنسية في بلدان أمريكا اللاتينية عن تلك الموجودة في البلدان الأوروبية، بعدم اعتماد عدد من هذه البلدان مطلقاً لمبدأ وحدة جنسية الأسرة، حيث سبقت العديد من هذه الدول إلى تبني أحكام المساواة بين الزوجين في الاحتفاظ بالجنسية في الزواج المختلط، مثلما كانت هذه الدول سباقة أيضاً في تبني المساواة الكاملة بين الأب والأم في نقل الجنسية لأطفالهما²، ومنها من خصه لاحقا بحماية دستورية، كدستور المكسيك الصادر سنة 1969 الذي نص على أنه يعتبر مكسيكيا كل مولود لأم أو لأب مكسيكي دون تفرقة³.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، هموم إنسان مصري، مرجع السابق، ص 98.

² Diane Sainsbury, op. cit., p 31.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، حق الام المصرية في نقل جنسيتها إلى الابناء من زوج أجنبي حق دستوري، مرجع سابق، ص

كما انتقل قانون الجنسية الأمريكي إلى مبدأ المواطنة المستقلة للمرأة المتزوجة حين تخلى عن أي تأثير للزواج على جنسية المرأة (مثلما أشرنا سابقاً)، إلى مبدأ المساواة بين الجنسين في قانون عام 1934 بمنح الأمهات الحق في نقل جنسيتهن لأطفالهن¹.

أما في أوروبا، فقد تخلى المشرع في فرنسا عن التفرقة الطفيفة بين دوري الأب والأم في نقل الجنسية بعد الانتقادات النسوية التي طالت قانون 1945 في فترة الستينيات، وبعد إثارة مسألة التناقضات بين القانون المدني ومبدأ المساواة في الحقوق المقرر في الدستور الفرنسي، وقضى تبعاً لذلك تعديل القانون المدني 1973 على أوجه عدم المساواة المتبقية في نقل الجنسية، والتي كانت تظهر في السماح للمولود في الخارج من أم فرنسية بالتخلي عن جنسيته الفرنسية عند بلوغه سن الرشد، دون أن يقرر نفس الحكم للمولود من أب فرنسي، وهو ما تم القضاء عليه في المادة 17 بإقرار عدم جواز التخلي عن الجنسية الفرنسية لكل مولود لمواطن فرنسي بغض النظر عن جنسه².

كذلك اتجهت القوانين الأوروبية الأخرى إلى الاعتراف بالجنسية الأصلية للمولود من أم وطنية بصفة مطلقة، كقانون الجنسية البلجيكي الصادر سنة 1948 والقانون المدني الإسباني الذي سوى بين دور الأب والأم في نقل الجنسية بموجب تعديل 1983³.

وعلى المستوى العربي، تعتبر تونس أول دولة اتجهت نحو إدراج مساواة نسبية بين الزوجين في نقل الجنسية، حيث عرفت وضعية الطفل المولود لأحد الأبوين التونسيين وآخر أجنبياً تطوراً تشريعياً ميز بين وضعية الطفل الذي يولد لأب تونسي وأم أجنبية والعكس، بحيث أكسب القانون في الفرض الأول الجنسية للطفل بصفة آلية ودون شروط، وفي الفرض الثاني كان منح الجنسية للطفل مرتبطاً بشرط يتعلق بوضعية الأب، إذ لا تخول رابطة الدم وحدها للأب منح جنسيتها إلا حينما يكون طفلها في وضعية استثنائية، بفقدان الارتباط بين الطفل والأب على مستوى النسب أي في حالة جهالة الأب أو جهالة جنسيته أو في حالة عدم

¹ Diane Sainsbury, op. cit., p 31.

² Ibid, p 32.

- فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية، مرجع سابق، ص 8/ عبد الحميد محمود عليوة، مرجع سابق، ص 101.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية، مرجع سابق، ص 8/ عبد الحميد محمود عليوة، مرجع سابق، ص 101.

حمله أي جنسية طبقاً للفصل 6 من مجلة الجنسية الصادرة سنة 1963¹، وعلى الرغم من التعديل الذي طرأ على مجلة الجنسية عامي 1993 و 2002، إلا أنها لم تتركس المساواة المطلقة حين أضافت حالة المولود بتونس لأم تونسية وأب أجنبي ولم تصبح جنسية الأم عنصراً مستقلاً مكتفياً بذاته يخول تمتع مولودها بجنسيتها بصفة أصلية مثلما هو الشأن بالنسبة للأب، لأن الفصل 12 نص على شرط المطالبة بها بطلب مشترك من الأب والأم قبل بلوغ الطفل سن الرشد، أو بناءً على طلب الطفل قبل عام من بلوغه سن الرشد²، ولم يكفل القانون التونسي المساواة بصفة كاملة سوى بصدور القانون 55 لسنة 2010 المعدل لمجلة الجنسية، وأصبح بموجبه إسناد الجنسية دون تمييز بين الأبوين وإلغاء الحاجة إلى شرط الإقليم³.

وفي مصر عدل القانون رقم 154 لسنة 2004 بعض أحكام قانون الجنسية ليحقق المساواة بين مراكز الزوجين المصريين في نقل الجنسية مهما كانت جنسية الأب⁴، وبصرف النظر عن حالته أو حالة جنسيته، فالمادة 3 من هذا القانون حققت المساواة القانونية بين من ولد لأب مصري أو لأم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية ولو كان مولوداً بالخارج.

ولمعالجة مشكلة أبناء أولاد الأم المصرية المتزوجة من أجنبي الذين ولدوا قبل صدور قانون 2004؛ نصت المادة الثالثة من نفس هذا القانون على حق هؤلاء الأبناء في التمتع بالجنسية المصرية عن طريق إعلان لوزير الداخلية يوضح رغبتهم في ذلك، ويعتبر من أعلن رغبته مصريةً بصدور قرار من الوزير، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض.

وإذا كان حكم المساواة الذي جاء به قانون 2004 في مصر يتشابه من حيث المبدأ مع قانون الجنسية الجزائري من حيث اكتساب المولود لأم وطنية الجنسية الأصلية بصفة آلية ومطلقة، إلا أنه قد صدر قرار عن وزير الداخلية في مصر تحت رقم 12025 لسنة 2004 يحدد إجراءات منح الجنسية لأولاد الأم المصرية المولودين من أب غير مصري تنفيذاً لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004 وشكل انتقاصاً من

¹ سنية العش ملاك، منح جنسية الأم لطفلها: قراءة في تنقيح مجلة الجنسية التونسية المؤرخ في 1 ديسمبر 2010، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، ع 19، 2012، ص 13-14.

² أضاف الفصل 12 المعدل بموجب القانون عدد 4 المؤرخ في جانفي 2002، صورة وفاة الأب أو فقدانه أو عدم أهليته، فإنه يُكتفى بتصريح الأم وحدها.

³ فاطمة الزهراء بن محمود والحسين سالمى، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2006، ص 462-463.

⁴ أنظر: عبد الله خليل، القوانين المقيدة للحقوق المدنية والسياسية في التشريع المصري، دون ناشر، طبعة 2016، ص 466.

المساواة في نقل الجنسية خلافا لما هو مقرر في قانون الجنسية الجزائري والتشريعات الأخرى التي حققت هذه المساواة، نظرا لأن المادة الأولى من القرار لا تثبت الجنسية لابن الزوجة المصرية وأب أجنبي حتى للأطفال المولودين في ظل قانون الجنسية 2004، لأن قرار وزير الداخلية يشترط منهم تقديم طلب للتمتع بالجنسية المصرية، و اختصاص أبناء الأم المصرية بالإجراءات التي وردت في القرار الوزاري دون أبناء الأب المصري وتعليق جنسيتهم على استيفاء هذه الإجراءات فيه تمييز وتفرقة بين أبناء المصري وأبناء المصرية لا سند لها في قانون الجنسية لسنة 2004¹.

ومثلما اتجهت قوانين عربية أخرى لمنح المرأة المتزوجة من أجنبي حق نقل جنسيتها لأطفالها دون شروط وبصفة آلية، كقانون الجنسية المغربي المعدل بمقتضى القانون رقم 62-06، والأردني، وقانون الجنسية العراقي لسنة 2006...أبقت قوانين أخرى على التمييز بين مركزي الوطنيين في ذلك على أساس الجنس، كقانون الجنسية اللبناني الذي لا يزال يعتد بالدور الثانوي للمرأة المتزوجة من أجنبي في نقل جنسيتها لأطفالها، فلا تثبت الجنسية للمولود من أم لبنانية إلا في حالة ثبوت بنوته لأمه قبل أبيه، أي حالة الولد غير الشرعي مثلما هو منصوص عليه في المادة 2 من قانون الجنسية اللبناني المعدل والمتمم، ويذكر أن المشرع اللبناني يرفض تعديل قانون الجنسية لأجل الاعتراف بحق المرأة في نقل الجنسية بذريعة أن الموضوع ذو طابع سياسي، في حين يرى المؤيدون لهذا التعديل أن الأمر يحمل طابعا اجتماعيا وقانونيا، لا علاقة له سوى بحقوق المرأة².

¹ أنظر في ذلك بحث لفتوح الشاذلي تحت عنوان: حقوق المرأة في قانون الجنسية منشور على الموقع الإلكتروني للمجلس

القومي للمرأة بمصر: <https://ncw.gov.eg/ar/natara>

² أنظر بخصوص موقف المشرع في لبنان: رندة الفخري عون، مرجع سابق، ص 133-134-135.

الفصل الثاني

المساواة الجنائية بين الزوجين

تقتضي المساواة الجنائية عموماً عدم وضع القانون الجنائي لأحكام تميز في المعاملة بين الناس عموماً، فالمساواة الجنائية بلا شك هي قوام العدالة الجنائية لذلك يخضع التجريم والعقاب دائماً لمبدأ الشرعية الجنائية فلا تجريم ولا عقاب إلا بنص القانون، لذلك فالمساواة أمام القانون الجنائي تقتضي عدم اعتبار التفاوتات بين الجنسين بما يؤدي إلى وضع أحكام تكرر المعاملة المختلفة كأن يحابي المشرع فئة الرجال على النساء في التجريم والعقاب على نفس الجريمة، وهو ما عرفته النظم القانونية القديمة التي كانت تكرر للفروق بين الجنسين وإبقاء المرأة في حالة أدنى من الرجل من حيث مسائلتها جنائياً عن بعض الجرائم التي تدخل في نطاق العلاقة الزوجية، أو تكريس التمييز في إنفاذ القوانين ومنه حماية جنائية أقل للمرأة عموماً في حالة انتهاك حقوقها، ومواجهة تهديد غير متساو بالعقاب بسبب تأثر القوانين بالنظام الاجتماعي السائد عموماً بالمبادئ الثقافية، لذلك ترى المواثيق والاعلانات الدولية الخاصة بحقوق المرأة أن تحقيق المساواة بين الجنسين في القانون الجنائي يتطلب اجتثاث نظرة النظام الأبوي لمركز المرأة، لأجل تحقيق أهداف المساواة أمام القانون الجنائي من جهة، ونبذ التمييز الواقع على المرأة من حيث الحماية المقررة لها، لا سيما بالقضاء على العنف الواقع ضدها والتشدد في ذلك بإدخال كل أنماط العنف الواقع على المرأة في نطاق الأسرة وفي النطاق العام، فمبادئ عدم التمييز والمساواة على سبيل المثال أصبحت تقتضي إلى جانب السعي إلى تحقيق المساواة بين الجنسين في القانون الجنائي؛ توفير حماية خاصة للمرأة من عنف الزوج والعنف الأسري الذي صنف ضمن العنف على أساس الجنس الذي تُرجعه بالأساس إلى النظام الجنساني والأدوار النمطية في المجتمع، بتكييف أنماط لا تعد في الأصل عنفاً ضد الزوجة إلا في حالة تجاوز حدودها المقررة شرعاً وقانوناً، ومساواة الزواج بالعلاقات الجنسية غير الشرعية، لا سيما من حيث الحقوق الجنسية التي لا تباح إلى تحت رباط الزواج.

هذه المبادئ والأحكام كان للمشرع الجنائي الجزائري نصيب من التأثير بها، بحيث ظهرت في إقرار بعض التمييز لصالح المرأة لاسيما حين تكون في مركز الزوجة في القانون الجنائي، وتجاوز بعض الحدود التي يقوم عليها النظام الاجتماعي في الجزائر وخصوصيته دون أن يخلو الأمر من أحكام وتنظيم تشريعي

يحفظ حقوق الزوجة ويرفع الحيف عنها وعن المرأة عموماً، لبروز بعض الظواهر التي صار التدخل التشريعي ضرورة للحد منها.

وعلى ضوء ذلك، سنتناول في هذا الفصل بالتحليل والمقارنة كل الأحكام التي تتناول مركز الزوجين في القانون الجنائي الجزائري بشقيه الموضوعي والإجرائي جنبا إلى أحكام القانون الدولي بشأن تلك المسائل.

المبحث الأول

المساواة بين الزوجين في تجريم الإخلال بالالتزامات العائلية

لم يخرج قانون العقوبات الجزائري عن مقتضيات المساواة الجنائية عند تجريمه لصور الإخلال بالالتزامات العائلية والمعقابة عليها، سواء كانت مقترفة من الزوج أو الزوجة، تبعا للسمة الغالبة في القانون الجنائي الجزائري في عدم التفريق بين الرجل والمرأة، سوى في حالات محدودة وضع فيها المشرع تمييزا لصالح الزوجة حماية لحقوقها وحقوق الأولاد المفروضة على الزوج طبقا لقانون الأسرة، وهو ما يتطابق مع مقتضيات المساواة الجنائية في المواثيق الدولية، لاسيما المادة 2 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

لذا يقتضي الأمر الحديث عن المساواة بين الزوجين من الناحية والموضوعية والاجرائية في جرائم الإهمال العائلي، إضافة الى المساواة في جرائم الإخلال بواجب الاخلاص الزوجي.

المطلب الأول

مظاهر التمايز والمساواة بين الزوجين في جرائم الإهمال العائلي

تُلزم العلاقة الزوجية الصحيحة التزامات وحقوقا مادية ومعنوية متبادلة بين الزوجين حدد نطاقها قانون الأسرة الجزائري، حيث تهدف هذه الحقوق والواجبات أساسا إلى حماية العلاقة الزوجية واستمرار كيان الأسرة ودوامه على أسس الترابط والتكافل بين الزوجين طبقا لأحكام قانون الأسرة، ولخاصية قواعد القانون الجنائي وفعالته في حماية حقوق الأفراد لما يتميز به من خاصية وظيفة التجريم والعقاب التي يفتقر إليها قانون الأسرة وجل فروع القوانين الأخرى، تبرز فعالية قواعد القانون الجنائي في الحرص على بقاء هذه المقومات من خلال تجريم إخلال الزوج بالتزاماته تجاه الآخر أو اتجاه الأسرة والأولاد، والتي من شأنها المساس بكيان الأسرة وترابطه، بحيث نص المشرع الجزائري على تجريم إهمال الأسرة وكذا تمييز المرأة في تجريم الإخلال بالتزامات العائلية ذات الطابع المالي وتجرىم إهمال الزوجة.

الفرع الأول

تجريم الزوجين لترك مقر الأسرة

خص قانون العقوبات الجزائري الأسرة بحماية خاصة في الفصل الثاني من الباب الثاني من الجزء الثاني تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، كما تعرضت نصوص نفس القانون للصور التي تتحقق فيها جنحة إهمال الأسرة الموصوفة في القسم الخامس من هذا الفصل "بترك الأسرة".

وباستقراء المادة 330 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون 15-19¹، والتي تحمل في طياتها صورة الجرائم الموصوفة بجرائم الإهمال العائلي، نجد أن فقرتها الأولى متعلقة أساسا بأول واجب ملقى على الزوجين، والمتمثل في المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة والتعاون على مصالحها طبقا للمادة 36 من قانون الأسرة.

كما أن تجريم قانون العقوبات لترك مقر الأسرة لا يتوافق فقط مع هدف حماية الأسرة بل يتوافق أيضا مع مبدأ المساواة، وهو ما يبدو واضحا من مقتضيات نص الفقرة الأولى من المادة 300 التي رتبت العقاب على أي من "الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي"، وهو ما يتحقق بتوافر جملة من الشروط والأركان تطلبها النص القانوني، إضافة إلى شروط إجرائية ذات طبيعة خاصة للمتابعة الجزائية في هذه الجريمة.

أولا: عناصر جريمة ترك الأسرة

يتطلب نص المادة 330 من ق.ع شروطا لقيام جريمة ترك مقر الأسرة يبرز من خلالها مقصد المشرع الجزائري من وراء تجريم فعل الترك من جهة، وكذا إقامة العدل بين الزوجين بإقرار المساواة بينهما في حالة توفر هذه الشروط والعناصر لتعلق الأمر بالعدالة الجنائية التي تقوم على مبدأ المساواة الجنائية في صورته المطلقة، التي ترتبط بوظيفة القانون الجنائي في حد ذاته²، وليس فقط على المساواة بين الجنسين، على اعتبار أن هذا الالتزام الأسري مدرج ضمن حقوق وواجبات الزوجين في الأسرة بصفة متساوية، ولا يتعلق بتاتا بتعزيز حق المرأة في المساواة.

¹ القانون رقم 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

² فتوح الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ط1، 1407هـ/1986م، ص 4.

أ- شرط وجود رابطة أبوة أو أمومة

يقتضي هذا الشرط وجود طفل أو عدة أطفال في مقر الزوجية، أي أن الهدف من وراء تجريم ترك مقر الأسرة هو حماية الأطفال الذين يخضعون للسلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، لما في ذلك من تهديد وخطر على مصالح الأطفال. والطفل المقصود بالحماية هنا هو الطفل المباشر الشرعي، فالمصطلحات المستعملة في نص المادة تدل على أن الجريمة لا تقوم في حق الأجداد أو أي شخص يتولى تربية الطفل أو الإشراف عليه، إذ لا بد من توافر صفة الأبوة أو الأمومة أي "أحد الوالدين"، ولا يكفي وجود مقر أسرة يحوي الرابطة الزوجية دون وجود أطفال¹.

ب- الركن المادي

يتطلب قيام الركن المادي لجريمة ترك الأسرة وفقا لفحوى نص المادة 1/330 والذي يعتبر الركن الشرعي² لهذه الجريمة عدة عناصر مجتمعة، تتمثل في إتيان أحد الوالدين للسلوكيات والأفعال المتمثلة في قيام أحد الوالدين بترك مقر الأسرة لغير سبب جدي أو قهري، مع وجود ولد أو أكثر، مصاحبا سلوك الترك بالتخلي والتملص عن الالتزامات العائلية لمدة تزيد عن الشهرين.

فبالنسبة لعنصر "ترك مقر الأسرة"، فهو يتطلب بدهاء وجود مقر أسري مستقر ومعتاد يؤوي الزوجين والأولاد، ويتمثل الترك هنا في الهجر والابتعاد المادي المتواصل عن منزل استقرار الأسرة من الأب أو الأم على السواء³، ويبقى الزوج الآخر بمقر الزوجية، أما إذا ترك الزوج بيت الزوجية و قامت الزوجة بهجر مسكن الزوجية رفقة الأبناء وبقي مقر الزوجية خاليا، فإنه لا مجال لقيام الجريمة، وينطبق نفس الأمر في حالة إذا ما بقي كل من الزوجين في بيت أهله وكانت الزوجة ترعى ولدها في بيت أهلها فإن مقر الأسرة يكون عندئذ منعذما⁴، ويفقد بذلك سلوك الترك عنصر مشترطا لقيام الجريمة ما يمنع قيامها.

¹ محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2010، ص 185.

² سبب عدم تطرقنا للركن الشرعي لجريمة ترك الأسرة، هو ميلنا إلى الجانب الفقهي الذي يخرج نص الجريمة من الأركان المكونة لها، على اعتبار أن النص متعلق بمبدأ الشرعية الذي يقضي بأنه لا عقوبة إلا بنص، ولا يعد عنصر تكوينيا في الجريمة نفسها ولا يد للفاعل فيه.

³ أحمد الخليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، القنطرة، ط2، 1405/هـ/1986، ص 197.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، دار هومة، الجزائر، ط 21، 2019، ص 151.

كما يقتضي العنصر الثاني للركن المادي المتمثل في مصاحبة الترك "التخلي عن الالتزامات العائلية"، والمقصود بها تلك الالتزامات المادية والمعنوية التي وصفها المشرع بالالتزامات المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، أبرزها مسألة الانفاق وضمان الوسائل المادية للمعيشة المفروضة على الأب حسب العرف والعادة طبقاً للمادة 78 ق.أ، وبخصوص الالتزامات الأدبية فيمكن تحديد نطاقها بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري حيث تنص المادة 36 التي تحدد الواجبات المشتركة للزوجين في حسن تربية أبنائهما ورعايتهم والإشراف عليهم، كما نصت المادة 62 على واجب الحاضن في تربية الطفل على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً، وتستمر إلى غاية سن 16 للذكر كأقصى حد، والأنثى ببلوغها سن الزواج مثلما هو محدد في المادة 65 من قانون الأسرة.

كما يشترط نص المادة 1/330 انتفاء الهجر المبرر لقيام الجريمة، حيث أطلق المشرع على هذا الترك وصف "السبب الجدي"، الذي يخرج الفعل من نطاق التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه¹، وعليه، فالأب أو الأم "الجاني" في هذه الحالة ملزم بتقديم كل الأدلة لإثبات قيام عنر جدي أو ظرف قاهر يبرر تركه مقر الأسرة، كخروجه للعمل أو العلم أو العلاج. كما أن للقاضي سلطة تقدير حالة الضرورة التي تحيط بأحد الأبوين وتدفعه إلى ترك مقر الأسرة، كأن يكون ذلك وقاية لنفسه أو لأسرته².

ويمكن القول بأن الأسباب الجدية الداعية لترك مقر الأسرة من جانب الزوج، والتي تبيح حق اللجوء لطلب التطليق طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة كسجن الزوج مثلاً، لا تبيح للزوجة رفع شكوى ضد زوجها لمتابعته بجنحة ترك الأسرة، تأسيساً على شرط السبب الجدي، فلولا وجود هذا السبب أو المبرر الجدي لكان الفعل مجرماً.

كما ربطت المادة 1/330 مع شرط التخلي عن أداء الالتزامات والواجبات الأسرية شرط ثالث لقيام المسؤولية الجنائية في حق أحد الأبوين، وهي المدة الزمنية للهجر المقدره بشهرين كاملين دون أن يتخللها انقطاع يوحي باستئناف المسؤولية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، والحياة الأسرية بصفة طبيعية، ويبقى تحديد نية الطرف الذي ترك مقر الأسرة للسلطة التقديرية للقاضي، فضلاً عن وجوب تحقق القاضي من سوء نية الزوج المتخلي عن واجباته العائلية، كحضور هذا الأخير إلى مقر الزوجية للتحايل على النص القانوني بنية قطع أجل الشهرين والحيولة دون قيام ركن مشروط لقيام الجريمة، وهو ما أكدت

¹ سامي جميل الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005، ص 46.

² أنظر: أمير فرج يوسف، التعليق على قانون العقوبات (أسباب البراءة والدفاع والدفع وصيغ الدعاوى والطعون الجنائية في قانون العقوبات)، ج1، دون ناشر، مصر، طبعة 2005، ص 499.

عليه نص الفقرة 1 من المادة 330 بعدم انقطاع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية، ولا شك في أن تكرار الهجر والعودة في مدة تقل عن الشهرين قرينة لسوء نية الطرف الذي يهجر مقر أسرته بغية التحايل على القانون.

وباستقراء الشروط التي وضعها المشرع الجزائري مجتمعة، يتضح أن القصد في تجريم ترك مقر الأسرة هو إقرار حماية كافية للولد أو الأولاد وحماية مصالحهم وأمنهم المادي والمعنوي من الاضطراب والضياع، لذلك علق المشرع هذه الجريمة على وجود ولد على الأقل كثمرة لعقد الزواج، مثلما أن الأمر يُحقق حماية لعقد الزواج نفسه من العبث بقدسيته والالتزامات التي يفرضها، وما يلاحظ هنا أن القانون الجزائري على غرار التشريعات الجنائية المقارنة، مدد من هذه الحماية لتشمل الطفل المستقبلي حين نص على تجريم هجر الزوجة الحامل قبل أن يلغي هذا الشرط من خلال التعديل الذي مس الفقرة 2 من المادة 330 بموجب القانون رقم 15-19¹، دون أن يفقد النص القانوني مقصده في حماية الجنين أو الطفل المستقبلي، طالما أن الحماية أصبحت مقررة لصالح الزوجة سواء كانت حاملا أو غير حامل، ودون أن يقرر المسائلة الجنائية ذاتها في حق الزوجة في حال هجر زوجها وإهماله له بترك واجباتها المنزلية بصفتها زوجة.

ج- الركن المعنوي

إضافة إلى الشرطين السابقين، يُتطلب قانونا لقيام جريمة ترك مقر الأسرة توفر العنصر الإرادي لدى الزوج وهو ما يمثل الركن المعنوي لهذه الجريمة، وهو الباعث أو النية الإجرامية المتمثلة في نية مغادرة المسكن العائلي مع قطع الصلة بالأسرة²، فالركن المعنوي يعرف عموما في التشريعات الجنائية بالقصد الجنائي وهو علم الجاني وإدراكه بكل الجوانب التي تقوم عليها الجريمة واتجاه إرادتها لتحقيقها، وبالتالي فهو يقوم على عنصرَي العلم والإرادة³.

¹ حيث كانت المادة 330 فقرة 2 تنص على معاقبة "الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي"، وأصبحت بموجب القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم لقانون العقوبات تنص على معاقبة "الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي" وحذف شرط الحمل.

² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 154.

³ حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1979، ص 118.

ولم يستخدم المشرع بخصوص هذه الجريمة مصطلحات مباشرة تشترط تعمد أحد الوالدين ترك مقر الأسرة مثلما فعل في صلب الفقرة الثانية من المادة 330 سواء قبل التعديل أو بعده، بل إن فعل الترك وما صاحبه من التخلي عن الالتزامات المشار إليها لمدة شهرين مع انتفاء الأفعال المبررة، اعتبره المشرع قرينة على اتجاه إرادة الزوج الجاني لترك الأسرة والاضرار بها وبأمن الأولاد وصحتهم وتربيتهم وتنشئتهم في وسط عائلي؛ الأمر الذي يضعنا أمام إشكالية إثبات توفر القصد الجنائي لدى الزوج، فمن المعلوم أن الركن المعنوي للجريمة يتحمل عبأ إثباته الادعاء أي النيابة العامة، فمؤدى احترام قرينة البراءة وهو مبدأ دستوري، يقتضي منها إثبات الركن المعنوي في جميع الحالات¹، لذلك جاء التنصيص على تلك الشروط الواردة في المادة 1/330 التي تمثل الركن المعنوي، وضرورة إثبات توافرها بصورة مجتمعة، واعتبار ذلك قرينة لا تقبل التأويل على توفر القصد الجنائي لدى الزوج المتابع بجنحة ترك الأسرة وتعبيرا عن إرادته واختياره الذي وجه سلوكه المادي.

ويكون المشرع هنا قد اكتفى بإثبات الركن المادي لتحقق المسؤولية الجنائية للزوج المتهم²، وليس على الطرف موضع الاتهام سوى دحض وجود القصد الجنائي لديه بإثبات توفر السبب الجدي الذي يبرر سبب هجره لمقر أسرته مع تقديم البراهين التي تثبت مواصلة القيام بواجباته والتزاماته الأسرية قدر الإمكان، فعلى سبيل المثال لا يعتبر الخلاف بين الزوجين عذرا مشروعا يبرر فعل الترك والهجر³.

ثانيا: المتابعة الجزائية وانقضائها

يطغى على جريمة ترك مقر الأسرة خصوصية من ناحية مباشرتها من طرف الزوج المتضرر، ترجع إلى خصوصية الأسرة والعلاقات بين الزوجين، بحيث ربطها القانون الجزائي بتقديم شكوى من طرف الزوج المتروك، وغل يد النيابة العامة من ممارسة اختصاصها العادي في تحريك الدعوى العمومية، فضلا عن تبني المشرع مؤخرا لنظام الوساطة الجنائية كطريق ودي وبديل لحل النزاع بين الزوجين في هذه الجريمة.

1- خصوصية المتابعة الجزائية في جريمة ترك مقر الأسرة

يقتضي الأصل العام في القانون الجنائي، أن للنياحة العامة الحرية في تحريك الدعوى العمومية بوصفها نائبا عن المجتمع ولما تسببه الجرائم من ضرر يقع على المجتمع مثلما نصت عليه المادتين 1

¹ أنظر: السيد محمد الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي - دراسة مقارنة، دار الكتاب الجامعي، الرياض، ط1، 1438هـ/2017م، ص 525.

² المرجع نفسه والصفحة.

³ أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 200-204-205.

و2 من قانون الإجراءات الجزائية "بحيث تباشر النيابة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون"، غير أن القانون استثنى بعض الجرائم من مبدأ حرية النيابة العامة في مباشرة الدعوى العمومية معلقا إجراءات المتابعة فيها على إرادة المجني عليه، على رأسها الجرائم التي تقع بين أفراد الأسرة، نظراً لما تتطلبه مصلحتها أو سمعتها أو شرف أحد أفرادها.

وعلى مقصد مراعاة تلك الضرورات، علقت الفقرة الأخيرة من المادة 330 مباشرة إجراءات المتابعة على شكوى الزوج المتروك، لما يحمله نظام الشكوى من مبررات ضرورة الحياة الاجتماعية. لذلك ارتأى المشرع الجنائي أن محاولة إهداره تنطوي على تجاهل لتلك الضرورة، واتجه إلى تخويل المجني عليه حق ملائمة اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية من عدمها، بالرغم من أن هذه الجريمة لا تنتفي عنها الأهمية الاجتماعية للحق المعتدى عليه، إلا أنها تمس بمصلحة الزوج المجني عليه والأسرة التي تغلب على مصلحة المجتمع، دون أن يكون الحق في الشكوى متعارضاً مع المصلحة العامة نظراً لما يحمله هذا الحق من مصالح لفائدة الأسرة وأفرادها، لما تحمله هذه الجريمة وما شابها من وقع على كيان الأسرة وأسرارها¹، نتيجة انتهاك الالتزامات القانونية التي تفرضها الروابط الأسرية، وبالتالي التأثير المباشر على مؤسسة الأسرة².

كما أنه لا يراء من أن الزوج المضروب في هذه الجريمة سيصيبه الضرر شخصياً جراء تشهيره بشريكه الآخر³، ومن خلال ذلك يوفق المشرع بين مقصد الردع الذي يتصف به القانون الجنائي واحترام خصوصية الأسرة، فالهدف الأول للقانون الجنائي بشأن موضوع الأسرة في الغالب هو تفضيل حماية الأسرة على هدف الردع العام.

لذا فإن مباشرة النيابة العامة للدعوى العمومية بمحض إرادتها دون قيد شكوى من طرف الزوج المتروك تكون باطلة إذا أثارها هذا الأخير أمام المحكمة قبل أي دفاع في الموضوع، كما أن هذا القيد

¹ أنظر: حسني محمد السيد الجديع، تنازل المجني عليه عن شكواه، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، ع 5، 1987، ص 294.

² Camille Montagne, Lien familial et droit pénal, thèse de doctorat en droit pénal, l'université Grenoble Alpes, 2006, p 366.

³ أنظر: حسني محمد السيد الجديع، تنازل المجني عليه عن شكواه، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، ع 5، 1987، ص 295.

والأثر لا يسلب النيابة العامة سلطة الملائمة، فيجوز لها تقرير حفظ الشكوى إذا رأت بأن شروط المتابعة غير متوفرة¹.

وما دامت السياسة التشريعية قد اقتضت تقديم الشكوى من المجني عليه حتى تتحرك الدعوى العمومية، فإن التنازل عنها عموماً يضع حداً للمتابعة وفقاً للمادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 330 من قانون العقوبات في أن صفح الضحية أي الزوج المضرور يعد سبباً لانقضاء الدعوى العمومية ويضع حداً للمتابعة الجزائية.

وللطبيعة الخاصة لهذه الجرائم عموماً، يمكن القول بأن القانون منح للشاكي سلطة أعلى من سلطة النيابة العامة وذلك عن طريق التصرف في الدعوى العمومية، فالزوج المشتكي في هذه الجريمة ومثيلاتها يملك الإمكانية المطلقة في أن يوقف الإجراءات بالتنازل عن شكواه، وهذه السلطة التقديرية لا تملكها حتى النيابة العامة، فمن المعلوم أن النيابة العامة إذا حركت الدعوى العمومية لا يخول لها القانون حق وقفها²، أما في هذه الحالة فالتنازل عن الشكوى هو تصرف قانوني يصدر عن الزوج الشاكي يفصح به عن رغبته في وقف الأثر القانوني لشكواه³، ويكون الحق في الشكوى هنا والتنازل عنها وجهان لحق شخصي واحد منحه القانون للزوج المضرور⁴.

فلا ريب أن السبب هنا؛ يكمن في أن المسائل التي تمس بالأسر والحياة العائلية الخاصة لا تلقي بالأذى على النظام الاجتماعي بصفة كبيرة، ولهذا فإذا كان هنالك تصالح أو صفح، واستأنفت الأسرة سيرها الطبيعي، فلماذا يُعرض لها بإجراءات وعقوبات لا جدوى منها، فضلاً على أن استمرار الدعوى العمومية قد يسبب للزوج المجني عليه ضرراً أكبر من انعدام العقاب، ويمكن أن يؤدي إلى اتساع رقعة الخلاف بين الزوجين وتدفع الأسرة ثمناً غالياً إذا استمرت الخصومة، لذا فالتنازل عن الشكوى يجد مصدره ويستمد قيمته من مصلحة العائلة وسلامتها التي تقتضي مثل هذه التضيحية⁵، قبل صدور حكم قضائي بات فيها.

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 155.

² السيد كومبالديو، التنازل عن الشكوى في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، ليبيا، المجلد 9، 1980، ص 144.

³ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية. منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أخيرة، 1982، ص 103.

⁴ جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2011، ص 465.

⁵ السيد كومبالديو، مرجع سابق، ص 148.

2- إقرار الوساطة في حل النزاع بين الزوجين

تعد الوساطة الجنائية من مظاهر السياسة الجنائية المعاصرة؛ طريقاً بديلاً لتسوية المنازعات الجنائية بالطريقة التقليدية دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، استجابة لضرورة تبني سياسة جنائية تقوم على المصالحة بين أفراد المجتمع والحفاظ على العلاقات بينهم، وجبر الضرر الذي لحق بالضحية وإعادة ادماج الطرف الجاني، لا سيما في الجرائم التي يتطلب فيها الإصلاح كالجرائم العائلية¹، طالما أنها تهدف للوصول إلى التوفيق أو المصالحة عن طريق تدخل طرف آخر لحل النزاع بالطرق الودية².

ويتضح من خلال هذا المنظور لآلية الوساطة الجنائية أنها ليست فقط وسيلة لتسوية النزاعات، بل هي على نطاق أوسع طريقة جديدة لتنظيم العلاقات الاجتماعية، فهي حسب المؤيدين لتبني هذه الآلية؛ عملية لإدارة النزاع وتميل إلى كونها شكلاً جديداً من أشكال التنظيم الاجتماعي³، بعيداً عن التشدد الذي تعرفه الأنظمة العقابية التقليدية التي لا يهتما سوى تسليط العقاب على الجاني.

ولأن الوساطة الجنائية تعد "وسيلة لحل النزاع الجنائي عن طريق إحداث نقطة من الالتقاء بين أطراف النزاع، من خلال تدخل أطراف خارجية مستقلة ومحيدة، تمتلك سلطات محددة تلجأ بواسطتها لحل هذا النزاع"⁴، فإن أهميتها وسهولة الوصول لنقاط الالتقاء والتوفيق بين أطراف النزاع يتزايد في النزاعات التي تنشأ بين الزوجين وأطراف الأسرة عموماً لخصوصية وطبيعة الروابط التي تحكم العلاقة الزوجية ونظام الأسرة.

لذلك عُرفت في التشريع الفرنسي على وجه الخصوص في قضايا شؤون الأسرة منذ سنوات الثمانينيات من خلال المادة 21 من القانون رقم 95-125 المؤرخ 8 فبراير 1995 المتعلق بتنظيم الولايات القضائية

¹ أنور محمد صدقي المساعد وبشير سعد زغلول، الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ع 40، شوال 1430/ أكتوبر 2009، ص 298/ العابد العمراني الميلودي، الوساطة الجنائية التشريع الفرنسي والتونسي نموذجاً، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم، ع 6، ديسمبر 2012، ص 44.

² مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية: دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2004، ص 58.

³ La médiation familiale : entre institutionnalisation et recherche de son public, Laurence Dumoulin, Revue des politiques sociales et familiales, n° 70, 2002.p 8.

⁴ , p 1995 Michèle Guillaume-Hofnung, La médiation, Que sais-je ? Presses Universitaires de France, 79.

مقتبس عن: أنور محمد صدقي المساعد وبشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 299. -

والإجراءات المدنية والجزائية والإدارية المعدل بموجب الأمر عدد 1540 لسنة 2011 على أنها أي عملية منظمة، يحاول بها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق لحل ودي لنزاعاتهم بمساعدة طرف ثالث، وهو الوسيط الذي يتم اختياره من قبلهم أو بتعيينه -بموافقته- بواسطة القاضي الذي ينظر في النزاع¹.

كما أخذت الوساطة الجنائية حيزا من الاهتمام ظهر من خلال المؤتمرات الدولية وتوصيات الأمم المتحدة، التي ناشدت دول العالم إلى تبني منحى الفكر التصالحي، كالتوصية الصادرة عن المجلس الأوروبي سنة 1987 وإعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة العاشر المنعقد بنيسان سنة 2000 من خلال توصيته 21.

ولأهميتها في الحفاظ على الروابط الاجتماعية والعائلية على وجه الخصوص، تبني المشرع الجزائري في الجزائر نظام الوساطة الجنائية كبديل للدعوى الجزائية من خلال الأمر 02-15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، حيث نص في المادة 37 مكرر منه على جوازيه اللجوء إلى آلية الوساطة قبل تحريك الدعوى العمومية، ثم أردفت المادة 37 مكرر 2 الجرح والمخالفات التي يجوز فيها اللجوء إلى الوساطة من بينها جريمة ترك الأسرة والامتناع عن تقديم النفقة وعدم تسليم الطفل.

كما قيدت المادة 37 مكرر تطبيق نظام الوساطة بضرورة تحقيقها للأهداف المتوخاة منها²، المتمثلة في وضع حد للضرر الذي لحق بالمجني عليه، والذي وصفه المشرع بالإخلال الناتج عن الجريمة وجبر الضرر المترتب عنها، مثلما منح نص المادة لوكيل الجمهورية سلطة الملائمة في تقدير عرض الوساطة على أطراف النزاع قبل حفظ أوراق الدعوى أو تحريكها³، كما تمتد سلطة الملائمة حين يبادر بطلبها الضحية أو المشتكى منه، وعليه، فإن طلب اللجوء إلى الوساطة من الزوج المشتكى في جريمة ترك الأسرة أو الزوج المشتكى منه ليس ملزما لوكيل الجمهورية إذا لم تتحقق شروطها، كي لا يُخل نظام الوساطة بمبدأ المساواة إذا استجابت النيابة العامة لطلب أحدهما بصفة إلزامية.

كما أن طلب اللجوء إلى الوساطة قد لا يحمل أسبابا تؤدي إلى تحقيق أهدافها في الجرائم بصفة عامة، في حين أن طلبها في جريمة ترك الأسرة وحتى جريمة الامتناع عن دفع النفقة أو عدم تسليم الطفل،

¹ Catherine Hochart, La médiation, un remède aux ruptures familiales, Droit et cultures [En ligne], n° 73, 2017-1, mis en ligne le 23 mars 2017, consulté le 29 décembre 2019, p 5. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/4193>.

² أنظر: العابد العمراني الميلودي، الوساطة الجنائية التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم، ع 6، ديسمبر 2012، ص 45.

³ مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، مرجع سابق، ص 59-60.

يكون سببا مقنعا للتوصل إلى حلول لإعادة الروابط الأسرية وجبرها، كما أن رفض وكيل الجمهورية إجراء الوساطة بين الزوجين في جريمة ترك الأسرة لا يعني بالضرورة تحريك الدعوى العمومية، بحيث يمكن تقاضي الأمر بإعمال الزوج المشتكي لحقه في التنازل عن الشكوى.

وفي حالة ثبوت وإدانة الوالد الجاني فإن العقوبة المقررة بموجب المادة 330 تتمثل في الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح قيمتها من 50000 إلى 200000 دينار، ويجوز علاوة على ذلك الحكم على المتهم بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية الواردة في المادة 14 من سنة واحدة إلى خمس سنوات كأقصر تقدير وفقا للمادة 332.

الفرع الثاني

تجريم الإهمال المعنوي للأولاد

يترتب على الزوجين بمجرد اكتسابهما لمركز الأبوة والأمومة مسؤولية رعاية أولادهما من الناحية المادية والمعنوية لوصفهما المسؤول عن تلك الالتزامات المتشابكة والمترابطة تبعا لمسؤوليات السلطة الأبوية، ولذلك بسط المشرع الجنائي حماية خاصة للأولاد من الإهمال المعنوي بتجريم مظاهر الإهمال والإساءة المعنوية الصادرة من كلا الأبوين دون تمييز، والتي تفضي إلى تضرر أولادهم.

فإذا تسبب أحد الأبوين في إلحاق ضرر بأطفاله أو بواحد منهم¹ نتيجة لمختلف السلوكيات التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بتربية الطفل والتأثير على سلوكه الذي قد يلازمه طوال حياته؛ يكون مقترفا لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد، وهو ما يتناسب مع محتوى اتفاقية حقوق الطفل التي ترفض هذه المعاملة المسيئة للطفل، لاسيما في مادتها 9 و19، وكذا مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث التي تمنع إخضاع الطفل أو الحدث للتأديب القاسي في المنزل².

¹ وهي نفس الجنحة التي عبر عنها المشرع الجنائي المغربي بمصطلح إلحاق أحد الأبوين ضرر بأولاده أو بواحد منهم، أنظر في ذلك: إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلد الرابع، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2011-2012، ص10.

² أنظر مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية) اعتمد ونشر على الملأ بقرار الجمعية العام 45/112 المؤرخ في 14 كانون الأول / ديسمبر 1990.

فلأثر البالغ لسلوك الأبوين على أطفالهما نظرا لشخصيتهم الهشة، ومدى تحلي الأبوين بالأخلاق الفاضلة والقيم الاجتماعية سواء في سلوكهما العام أو في ممارسة مهام التربية والتنشأة باعتبارهما الراعي عن أولادهما، نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"¹.

وبخصوص ذلك نص قانون العقوبات الجزائري على هذه الجريمة في متن المادة 3/330 بطريقة متميزة عن ما هو معهود في القاعدة القانونية الجنائية، ودون الخروج عن مبدأ شخصية العقوبة والعدالة والمساواة دون تمايز أو اختلاف في المعاملة الجنائية، فهذه الالتزامات الأخلاقية والنفسية يتحملها كلا الأبوين والإخلال الفاحش بها يرتب المسؤولية الجنائية؛ فالمادة 3/330 "تعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة...أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أولا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها".

ونلاحظ عند استقراء الفقرة السابقة أنها جاءت لتكرس حماية لصحة الطفل وأمنه وأخلاقه بما يضمن نمو شخصيته في محيط أخلاقي، وعليه، يمكن تصور العديد من أعمال مسيئة أخرى تؤثر على تعليم الطفل ونضجه...ومن هنا يظهر التعقيد الذي يصاحب صياغة الفقرة 3 من المادة 330 لاحتوائها على معاني متشابكة لا سيما عند الحديث عن حق الوالدين في تأديب أبنائهما، وذلك بالنظر إلى المجال الواسع لحالات وصور إساءة الوالدين إذ يصعب التفرقة بين ما يدخل في حق الوالدين في نطاق التأديب وبين ما يدخل في مجال الإساءة إلى الأبناء المرتبة للمسائلة الجنائية²، الأمر الذي يتطلب الخوض في عناصر الجريمة لتحديد معنى الإساءة المنصوص عليها في المادة 3/330، قبل التطرق لإجراءات المتابعة والجزاء.

أولا: الشرط المسبق لقيام الجريمة

يعكس هذا الشرط نطاق تطبيق النص من حيث الأشخاص، فيستلزم لقيام الجريمة وجود رابطة بين الجاني وهو أحد الأبوين والأولاد أو أحدهم، ولا يتصور أن يكون غير الأب والأم مرتكب لهذه الجريمة،

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج1، مرجع سابق، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يُصلى عليه...، حديث رقم 1385، ص 337.

² عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2002، ص 20.

بحيث يجب أن يكون للجاني التزامات قانونية تجاه الطفل، وهي مجموعة الالتزامات الناشئة عن مركز الوالد أي الواجبات الناتجة عن السلطة الأبوية¹، وهو ما عبر عنه المشرع صراحة بعبارة "أحد الوالدين"، وإذا لم توجد أية علاقة أبوة وبنوة بين الفاعل والضحية فإنه لا يمكن تطبيق الفقرة الثالثة من المادة 330 بأي حال من الأحوال، ولو توافرت العناصر والشروط الأخرى، إذ يمكن وصف الفعل المجرم وصفاً آخر ما يقتضي الخروج عن نطاق المادة 3/330 وتطبيق نص قانوني آخر².

ثانياً: الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد

يشترط نص المادة 3/330 صدور سلوكيات من الأبوين تعكس إهمال الوالدين وتُقضي إلى ضرر واقع أو محتمل يلحق بصحة الولد القاصر أو سلامته أو أخلاقه، واعتبرها المشرع الوسائل التي تعرض الطفل للضرر أو الخطر، مع إيراد أمثلة عن السلوكيات التي ارتأى المشرع أنها تشكل إخلالاً بالواجبات المعنوية والنفسية للوالدين تجاه أولادهما، والتي قد تتجاوز الضرر المعنوي إلى السلامة الجسدية للطفل، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الجاني قد غادر منزل الأسرة جسدياً فيمكنه التهرب والاخلال بواجباته حتى أثناء حضوره في مقر الأسرة.

وخلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن مواضع قانون العقوبات تنحصر عادة وأساساً في تحديد الوقائع والأفعال المجرمة، وفي تكييف الوصف القانوني الملائم لها، ثم بيان درجة العقاب المناسب لها، دون التعرض إلى وسائل ارتكاب الجريمة أو دوافعها إلا عندما يتطلب الأمر بيان ظرف من ظروف التشديد أو التخفيف أو الأعذار³، أدرج المشرع وسائل ارتكاب هذه الجريمة خلافاً للقواعد العامة في قانون العقوبات، والتي جرى تقسيمها إلى أعمال ذات طابع مادي وأخرى ذات طابع أدبي.

1- أعمال ذات طابع مادي

تتمثل هذا الأعمال أساساً في تجاوز حدود التأديب وانتقال هذا الحق إلى مستوى التعنيف بالضرب الذي لا يتلاءم مع الطبيعة الجسدية للطفل، مما يعرض صحته الجسدية إلى أضرار تأنفها الفطرة الأبوية والبشرية.

¹ Adeline Gouttenoire, précité, Rép. pénal, Dalloz, 2002, p 97. Cited in : Geoffroy Hilger, L'enfant victime de sa famille, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur en droit privé Université du Droit et de la Santé, Lille II, 2014, p 92.

² عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 22.

³ المرجع نفسه، ص 21.

فإذا تجاوز أحد الوالدين أو كلاهما حد تأديب الطفل، نكون أمام صورة من صور الإساءة إلى الطفل وإيذاؤه، كما أن صورة تجاوز الحد في التأديب لا تتطلب دوافع معينة وراء ارتكابها ولا حدوداً ولا قيوداً يتم تجاوزها، أو وقوع خطأ أو فعل من الطفل يستحق معاقبته عليه، لكونها نتاجاً لما وصل إليه الحال في معاملة الأسرة والمجتمع للطفل¹، فلا تزال العقوبة البدنية في معظم البلدان ممارسة تقليدية متأصلة بعمق، وعادة ما تنتقل هذه العادة من جيل إلى آخر كجزء من ثقافة تربية الأطفال²، وصورة تجاوز الحد المسموح به في تأديب الطفل مسألة موجودة في الشريعة الإسلامية التي تعترف بمثل هذه القيود والحدود عند تكييف الفعل على أنه تجاوز في سلطة الأبوين في التأديب³.

كما يتجسد الإهمال المعنوي بترك الأطفال القصر دون إشراف من الوالدين، بعدم مراقبة أماكن توجيههم أو تركهم وحدهم في المنزل في حال صغر سنهم وهو ما عبر عنه المشرع "بالإشراف الضروري عليهم"، ومنه نستنتج أن الإشراف الدائم من الوالدين على أطفالهما يعد موضوع حماية جنائية يولي لها المشرع اهتماماً خاصاً لما قد يعرض الطفل إلى ضرر بالغ يؤدي أحياناً إلى الوفاة، خاصة في المناطق النائية التي تنتشر فيها المخاطر خارج المنزل.

مثلاً يكون الإهمال باتخاذ موقف سلبي من أحد الوالدين بالامتناع عن أداء الالتزامات الأبوية كعدم المبادرة إلى تقديمه للرعاية الطبية اللازمة وعرضه على الطبيب أو التأخر عن ذلك⁴، فلا شك أن هذا دليل يثبت التخلي المادي عن الطفل من قبل والده أو أمه ويعكس إهمالهما⁵.

2- أعمال ذات طابع أدبي

تتعلق هذه الأعمال بالمقومات الأخلاقية للطفل التي قد تكون محل خطر من طرف المشرفين المباشرين عليه أي الأب والأم، باعتيادهم على إتيان أعمال مخلة بالأداب والأخلاق العامة، كالسكر أمامهم

¹ ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 27، ع 3، 2003، ص 242.

² Radda Barnen, Hitting People is Wrong: And Children are People Too A practical handbook for organizations and institutions challenging corporal punishment of children, Save the Children- Sweden, 2002, p 15.

³ ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص 242.

⁴ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 28.

⁵ Geoffroy Hilger, op. cit, p 95.

أو مشاهدة الوسائط الاباحية في حضورهم، الأمر الذي يشكل خطرا على شخصيتهم ونموها في جو غير أخلاقي، لاسيما أن الوالدين يعتبران المثل الأول والقدوة لأبنائهم.

مثلا يتخذ الأمر صورة عدم اكتراث الوالدين أو أحدهما برعاية الطفل بسبب نمط عيشهم المضطرب نتيجة جهلهم أو انحرافهم أو إدمانهم على المسكرات والمخدرات، ما يعرض الطفل لانحراف سلوكه¹.

ويلاحظ أن الخصوصية التي تُعزى إلى السلطة الأبوية والالتزامات المترتبة عنها أدى ببعض المؤلفين في فرنسا لاعتبار هذه الجريمة "جريمة ترافق بشكل مباشر الوظيفة الأبوية"، والمجربة بموجب المادة 227-17 من قانون العقوبات الفرنسي².

وتجدر الإشارة الى أن التصرفات السابقة وغيرها التي يقوم بها الأب أو الأم يجب أن تكون معتادة ومستمرة، وهو ما يفهم من خلال مصطلح "الاعتياد" المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 330، بحيث يترتب عليها نتيجة خاصة تتمثل في "تعريض صحة أو أمن أو خلق الطفل للخطر"، فليس من الضروري أن تكون صحة الطفل أو أمنه أو خلقه محل خطر جسيم حتى تقوم الجريمة، بل إن تعرضها لأي خطر يكون كافيا لقيامها، لأن المشرع استعمل مصطلح "يُعرض" مما يجعل هذه الجريمة شكلية، إذ يكفي تعرض الطفل جزئيا للخطر لقيامها³، وعليه، فإن شرط حصول الضرر فعلا ليس عنصرا أساسيا في تكوين وقيام الجريمة.

ثانيا: الركن المعنوي

لم تورد المادة 3/330 أحكاما صريحة تنص على ضرورة توفر القصد الجنائي بصفة عامة في جريمة الإهمال المعنوي للأولاد، طالما أن المشرع لم يشترط توافر عنصر العمد وقت إتيان تلك السلوكيات المضرة بالطفل، أو إدراكا فعليا بأن تلك الأفعال ستعرض الطفل إلى الخطر والضرر، فبمجرد التقصير في أداء الالتزامات المترتبة عن السلطة الأبوية في التربية والاشراف بما يعرض الولد لخطر يهدد صحته وأمنه وأخلاقه أو صدور سلوكيات غير أخلاقية بما يعطي قدوة سيئة للطفل، تصير الجريمة مكتملة الأركان والشروط، إلا في الحالات التي ترفع عن الأبوين المسؤولية الجنائية كالفقر الشديد أو المرض الشديد والتهميش الاجتماعي دون أن تتلقى هذه العائلة أي مساعدات اجتماعية، فليس من العدالة معاقبة الأولياء

¹ ممدوح خليل البحر، مرجع سابق، ص 225.

² Camille Montagne, op. cit., p 400.

³ أنظر: محمود لنكار، مرجع سابق، ص 189.

لعدم قدرتهم على توفير الغذاء بسبب عوزهم أو معاقبتهم على مكان سكنهم المحفوف بالأخطار بالنسبة لأولادهم، ووضعهم في صنف الأولياء المتخليين عن التزاماتهم الأبوية لنفس السبب.

كذلك لا يتصور عنصر العمد إلا في حالة مخالفة حدود التأديب، طالما أن عنصر العلم والإرادة يكون متوفرا لدى الوالدين، أي علمهما بالأضرار البدنية وحتى النفسية التي تصيب الطفل جراء مخالفة حدود حق التأديب بسبب الضرب المبرح.

ثالثا: إجراءات المتابعة والجزاء

خلافًا لجريمة ترك الأسرة والتي لا يمكن مباشرة إجراءات المتابعة بشأنها إلا بتقديم شكوى من قبل الزوج الضحية طالما أن الزوجان لا يزالان متحدين برباط الزوجية؛ حرر قانون العقوبات الجزائري في هذه الجريمة سلطة النيابة العامة من هذا القيد، فليس من المعقول تعليق إجراءات المتابعة فيها على إرادة المجني عليه وهم الأبناء أو أحدهم في جريمة الإهمال المعنوي، كما أن السبب يرجع إلى الضرورات الاجتماعية التي تفرض تحرك النيابة العامة لمباشرة إجراءات المتابعة ضد الوالد الجاني حماية لصحة وأخلاق وأمن الأطفال، فأى تأخر عن ذلك قد يحدث أضراراً يصعب تقاؤها ومعالجتها في المستقبل، خلافًا لجريمة ترك مقر الأسرة التي يمكن تعويض غياب الزوج الهاجر لعائلته دون أن يتضرر الأولاد، كما أن المشرع لم يدرج إمكانية اللجوء إلى الوساطة الجنائية لتسوية النزاع بطريقة ودية في هذه الجريمة، ضمن المادة 37 مكرر المستحدثة من قانون الإجراءات الجزائية.

وفي حالة ثبوت وإدانة الوالد الجاني بتلك الأفعال؛ أقر القانون نفس العقوبات الواردة على جنحة ترك مقر الأسرة، وهي الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح قيمتها من 50000 إلى 200000 دينار، كما يجوز الحكم على المتهم بالحرمان من الحقوق الوطنية الواردة في المادة 14 من سنة واحدة إلى خمس سنوات طبقاً للمادة 332.

الفرع الثالث

التمييز لصالح المرأة في جرائم الإهمال الزوجي

خلافًا للصورتين السابقتين اللتان أقر فيهما المشرع الجنائي مساواة كاملة بين الزوجين في التجريم والعقاب نظراً لمقتضيات الحماية الجنائية للأولاد؛ أقر المشرع تمييزاً لصالح الزوجة في جرائم الهجر بين الزوجين في شكله المادي والمعنوي، بحيث تقوم عناصر هذا النوع من الجرائم دون اشتراط وجود أبناء نتاجاً للرابطة الزوجية، بل إن المشرع في سبيل تمديد الحماية للمرأة ألغى شرط وجود الحمل في جريمة هجر

الزوجة ضمن التعديل الأخير لقانون العقوبات، وهو ما سنتحدث عنه تباعا بداية بجريمة هجر الزوجة (أولا) ويليها جريمة الهجر المالي للعائلة في حال امتناع الزوج عمدا عن أداء واجب النفقة (ثانيا).

أولا: التمييز لصالح المرأة في تجريم الهجر بين الزوجين

نظرا لشيوع حالات هجر الرجل لزوجته في المجتمع الجزائري؛ ارتأى المشرع الجنائي أن الحماية التي كانت مقررة للزوجة الحامل في قانون العقوبات الجزائري قبل تعديله لا ترقى إلى تطلعات السياسة الجنائية في حماية المرأة عموما، مثلما يرجع سبب هذا التعديل إلى الاهتمام الدولي بالعنف ضد المرأة ومقتضيات المواثيق الدولية التي التزمت بها الجزائر وضغوطات الحركات النسوية، المسألة التي يظهر فيها قصد المشرع في إقرار تمييز لصالح المرأة في حالة هجرها من قبل زوجها بحيث لا تصير فعالة إلا إذا خرج المشرع عن المساواة إلى التمييز لصالح المرأة لعدم فعالية النص السابق لاقتصاره على تجريم هجر الزوجة الحامل، وهو الأمر الذي يدخل عموما ضمن "ديناميكية الجزائر في النهوض بقضايا المرأة وتمكينها"¹، لذا كانت الفقرة 2 من المادة 330 من ق.ع من بين التعديلات القانونية التي تضمنت للمرأة حياة سليمة وآمنة، علاوة على المواد الجديدة المضافة لقانون العقوبات سنة 2015²، الخاصة بمجال العلاقة الزوجية ومركز المرأة في المجتمع بشكل عام.

وإذا ما رجعنا إلى المادة 2/330 قبل أن يمسه التعديل؛ نجد بأنها تنص على أن وجود الزوجة في حالة حمل يعد شرطا مسبقا لقيام جريمة ترك الزوجة، مراعاة من المشرع لحال المرأة النفسي والصحي أثناء فترة الحمل وكذا حماية للجنين الذي سيكون طفل المستقبل، بحيث نصت المادة 330 على أنه " يعاقب من شهرين إلى سنة...2- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي".

وبالإضافة إلى الأسباب المذكورة أعلاه؛ يرجع حذف شرط الحمل في جريمة الإهمال الزوجي إلى أهمية رعاية الزوج لزوجته معنويا الذي لا يقل أهمية عن الرعاية المادية لما يساهم ذلك في التكوين النفسي والعاطفي³، وما وصل إليه بعض الأزواج في التخلي عن التزاماتهم تجاه زوجاتهم وفق ما كشفت عنه

¹ وهو التعبير الذي جاء في التقرير الوطني لتنفيذ منهاج بكين. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، التقرير الوطني لتنفيذ منهاج بكين بعد 25 سنة- بكين + 25، ماي 2019، ص 2.

² المرجع نفسه، ص 27.

³ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2015، ص 112.

القضايا المطروحة أمام القضاء وكذا العلاقات الزوجية التي لم تعد تتسم بالاستقرار، على الرغم من أن العلاقة الزوجية في الإسلام مبنية على المودة والرحمة والسكن المشترك وعدم جواز هجر الرجل لزوجته إلا في الفراش حالة نشوزها؛ فكل هذه الأمور دفعت بالمشرع إلى إعادة تكييف هذا السلوك وباتت المادة 330 تمتد من نطاق التجريم والعقاب ضد "الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لسبب غير جدي" طبقا لفقرتها الثانية.

وبذلك يكون المشرع قد مدد من مجال تدخل القانون الجنائي في معاقبة انتهاك الالتزامات العائلية ووسع من نطاق والحالات المكونة لجريمة الترك أو التخلي عن الأسرة بمجرد هجر الزوج لزوجته دون شرط وجود حمل أو طفل، وهو ما يكرس تمايزا وعدم مساواة من الناحية القانونية طالما أن المرأة لا تكون مسؤولة جنائية إذا ما هجرت زوجها، على الرغم من أنها ملزمة بواجب قانوني يفرضه قانون الأسرة تجاه زوجها فضلا عن الواجب الأخلاقي الذي يفرض ذلك.

وعلى الرغم من ذلك لا يمكننا التسليم بصفة مطلقة إلى أن تدخل المشرع يهدف إلى حماية المرأة وحدها، بل إن الأمر يتعدى إلى مقصد حماية عقد الزواج من التهاون به وحفاضا على مؤسسة الأسرة، طالما أنه ثبت من خلال الشواهد أن النسبة الساحقة من الهجر تكون من الأزواج الرجال مقارنة بنسبة النساء.

ولكي نقف على شروط قيام جريمة هجر الزوجة وإجراءات المتابعة، ينبغي الرجوع إلى مقتضيات المادة 2/330 المعدلة من ق.ع، لنجد في طليعتها شرط وجود رابطة زوجية صحيحة إضافة إلى توافر جميع أركانها، قبل أن يكتسب سلوك الزوج وصف جنحة هجر الزوجة لأجل مباشرة إجراءات المتابعة والعقاب.

1- الشرط المسبق: قيام العلاقة الزوجية

بما أن هذه الجريمة التي نتدارسها في هذا البند ما هي إلا جريمة يرتبها سلوك الزوج بترك وهجر زوجته، لذا فإن أول شرط لازم لقيام هذه الجريمة هو وجود علاقة زوجية صحيحة شرعا وقانونا بمقتضى عقد زواج رسمي مقيد في سجلات الحالة المدنية، ويثبت عن طريق مستخرج من هذه السجلات طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة، وفي حال تخلف الإثبات الرسمي للزواج، تُلزم نفس المادة ضرورة إثباته بحكم قضائي بعد توافر شروطه الموضوعية المقررة في قانون الأسرة، فإذا تخلف هذا الشرط الشكلي أي عقد الزواج المفرغ في قالبه الرسمي، فلا مجال لتطبيق المادة 2-330 ولو توافرت الشروط والأركان الأخرى.

أما بخصوص قواعد الاثبات الأخرى كشهادة الشهود فيعتد بها أمام القضاء لإثبات عقد الزواج وتسجيله ليصير الزواج رسمياً طبقاً للقانون.

وبما أن المشرع قصر المتابعة الجنائية على الزوج الهاجر لزوجته، فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تقترض أن يكون مرتكبها الزوج لا غيره، والضحية هي الطرف الثاني لعقد الزواج أي الزوجة.

2- الركن المادي

يتطلب قيام الركن المادي في هذه الجريمة عدة عناصر مجتمعة تتمثل في ترك الزوج مقر الزوجية مدة شهرين دون سبب جدي.

أ- ترك الزوج لمقر الزوجية

يقوم هذا العنصر بمغادرة الزوج لمحل الزوجية وترك الزوجة وحدها، وبذلك يتجسد فعل الهجر بفعل مادي يقدم عليه الزوج، لأنه في حالة ما إذا غادرت الزوجة مقر الزوجية كأن تغادر لتستقر عند أهلها فلا مجال لقيام الجريمة في حق الزوج، لكون الضحية هي من غادرت بيت الزوجية¹.

ونلاحظ أن المشرع قد اعتبر المسؤولية الجزائية هنا نتاجاً لإخلال الزوج بواجب مترتب عن الزواج، على الرغم من أن الواجبات المعنوية بين الزوجين قد صارت مشتركة بين الزوجين دون تمييز بموجب تعديل المادة 36 من قانون الأسرة، لذا يمكن القول بأن المشرع قد وفر حماية جنائية للواجبات غير المالية المشتركة بين الزوجين فيما يخص علاقتهما-وليس واجباتهما تجاه الأولاد- إذا أحل بها الزوج ولا يرتب نفس المسؤولية إذا كان هذا الإخلال من قبل الزوجة.

وعليه، فإن إخلال الزوجة بواجباتها المنزلية التي تدخل ضمن واجب التعاون المشترك الذي تبناه قانون الأسرة الجزائري؛ بهجرها لمسكن الزوجية وإهمالها لزوجها في هذه الحالة لا يرتب عليه المشرع أي مسؤولية جنائية خلافاً لما هو عليه الأمر بالنسبة للزوج.

فعلى الرغم من أنه لا يوجد نص قانوني يلزم الزوجة بالقيام بالشؤون المنزلية؛ فقانون الأسرة ينص على واجب الزوجين في التعاون على تسيير شؤون الأسرة، إلا أن المتعارف عليه في المجتمع أن الزوجة هي الطرف المكلف بشؤون المنزل دون الرجل. حتى أن فقه القضاء في فرنسا لا يزال محافظاً و متمسكاً

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 157.

بالعادات الاجتماعية الفاضية بإلزام الزوجة بالقيام بالشؤون المنزلية والعناية بالبيت، وإخلال الزوجة بهذا الواجب يؤسس لحق الزوج في طلب الطلاق للضرر¹.

أضف إلى ذلك أن قانون الأسرة قد ألغى واجب الطاعة وسلب الزوج حق رئاسة العائلة ضمن رؤيته في المساواة وفلسفة النزعة التشاركية والتعاون بين الزوجين، فلما يقتصر المشرع على معاقبة الزوج وحده لهجر زوجته دون أن يجرم ويعاقب الزوجة على نفس الفعل؟

علاوة على أن هجر منزل الزوجية يمثل خرقاً لواجب المساكنة والعيش المشترك الذي نص عليه قانون الأسرة بصورة ضمنية في المادة 36، فالمساكنة الزوجية هي المساكنة القائمة على عقد زواج صحيح وتقتضي إقامة الزوجين واستقرارهما تحت سقف واحد، وهو من ناحية العرف والعادة أكثر صرامة في حق الزوجة²، والتفريق بين الزوجين في المعاملة الجنائية هنا يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة، ما يجعلنا نتساءل عن مدى دستورية المادة 330-2 من قانون العقوبات؟

فبمسائلة الزوج جنائياً عن الإخلال بواجب المساكنة في هذه الصورة يخالف قواعد العدالة والانصاف التي تقتضي بأن نضع في الميزان أخطاء الزوجين وأن نحدد تقصيرهما وإهمالهما في القيام بالواجبات بناءً على هذه المعادلة³، كما أنه يخالف المبادئ الدستورية في المساواة بين المواطنين أمام القانون والحق في محاكمة جنائية عادلة لأن النص يطبق على الرجل دون أن يطبق على المرأة، فضلاً على أن ذلك يخالف خصوصية الرابطة الزوجية بما سيسبب إحجام الرجال عن الزواج ومخاطر ذلك، لذا كان من الأجدر من المشرع الجزائري ترك هذه الصورة من الجريمة على حالها حين كان يشترط وجود حمل لقيام الجريمة.

ب- ترك مقر الزوجية لمدة لا تقل عن شهرين

يلزم لقيام جريمة هجر الزوجة أن يصدر الإخلال من الزوج بترك مقر الزوجية لمدة أكثر من شهرين ودون انقطاع من طرف الزوج وترك زوجته لوحدها دون اشتراط وجود أولاد أو حمل؛ ويكون هذا السلوك جريمة مستمرة وبالتالي لا تتقطع مدة الشهرين إلا برجوع الزوج إلى محل الأسرة رجوعاً يدل على صدقه

¹ أنظر: عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين: جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، طبعة 2007، ص 554-555.

² المرجع نفسه، ص 567.

³ المرجع نفسه، ص 556.

ومعاودته استئناف حياته الزوجية في صورتها العادية، لذا فالرجوع المؤقت والعرضي للتحايل على القضاء لا يقطع أجل الشهرين¹.

وخلافا لما عليه الأمر في جريمة ترك مقر الأسرة؛ لا تشترط المادة 2-330 أن يُلازم هذا الهجر تخلي الزوج عن التزاماته الأخرى تجاه زوجته كالتزام بالنفقة، ويقع عبء إثبات التخلي على الزوجة المشتكية بالدليل القاطع في حالة إنكار الزوج لذلك.

2- الركن المعنوي

يعتبر سلوك الهجر من قبل الزوج لزوجته عن إصرار ونية²، ودون سبب جدي مسوغا كافيا لقيام الركن المعنوي لهذه الجريمة، والأسباب الجدية هي نفسها التي ذكرناه عند حديثنا عن جريمة ترك مقر الأسرة؛ ولأن الزوج هنا يكون قد خالف سلوكاً محل تجريم طبقاً للمادة 2-330 فإنه لإسناد الجريمة إلى الزوج لتتحقق عنه مسائلته عن هذا الفعل وجه آخر يضاف إلى جانب "السببية المادية"، وهو الوجه المعنوي بإسناد النتيجة الإجرامية إلى إرادة أو توقع أو استطاعة الزوج طالما أنه يتمتع بالأهلية الجنائية التي تتحقق معها المسائلة الجنائية³، وانعدام السبب الجدي الذي يثبت إسناد الجريمة إلى مسلك ذهني أو نفساني آثم لدى الزوج المتهم، ويتمثل هذا المسلك في صورتين تعرفهما الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وهو "العمد" الذي يعرف اصطلاحاً بالقصد الجنائي إذا كانت الجريمة عمدية، إضافة إلى الخطأ غير العمدي الذي له صور الإهمال وعدم الاحتياط والرعونة والتحرز⁴، لذلك، فإن جريمة هجر الزوجة ليست بالضرورة جريمة عمدية، فقد يتم الهجر بسبب رعونة الزوج وطبيعته وشخصيته المهملة للالتزامات المفروضة عليه أو بسبب اعتياده على هجر المنزل مدة طويلة لسلوكه السيء كالسفر للهو المحرم، و تقوم في كلتا الحالتين المسؤولية الجنائية في حق الزوج إذا هجر زوجته مدة تفوق الشهرين، ولا شك أن السلوك السيء والإهمال لا يعدان سببا جديا يمنع قيام الجريمة.

¹ إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، مرجع سابق، 2012.

² المرجع نفسه، ص 4.

³ مجيد خضر أحمد السبعوي، نظرية السببية في القانون الجنائي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية وأجنبية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2004، ص 50.

⁴ أنظر المرجع نفسه، ص 55.

3- إجراءات المتابعة والجزاء

قرر المشرع تصنيف جريمة هجر الزوجة ضمن جرائم الشكوى مثلما هو مقرر في جريمة ترك الأسرة، فلنفس الأسباب والضرورات الاجتماعية التي تفرضها الرابطة الزوجية، قرر المشرع تخويل الزوجة المتضررة حق ملائمة اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية من عدمها، كما أن للزوجة الشاكية حق التنازل والصفح عن زوجها طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 330.

كما نصت المادة 330 على نفس الجزاء المقرر في جنحة ترك الأسرة المتمثل في الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج في حق الزوج المدان.

ثانياً: التمييز لصالح الزوجة في جريمة الإهمال المالي

رأينا فيما سبق كيف ساوى قانون الأسرة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، وتشريك المرأة في رئاسة العائلة وتسيير شؤونها دون تمييز؛ وفي نفس الوقت فضل القانون الإبقاء على واجب الإنفاق على الزوج وحده دون إشراك الزوجة ولو كانت عاملة أو لها مال، تأسيساً على واجب الإنفاق في الشريعة الإسلامية المحمول على الزوج نظراً لصفته قواماً على المرأة ورئيساً للأسرة.

لذلك لم يتضمن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أي أحكام تلزم الزوجة المشاركة في الإنفاق على الأسرة مهما كان وضعها المادي إلا في حالات نادرة ومحددة، لذا -ومثلما رأينا سابقاً- فإن واجب التعاون المشترك في ظل قانون الأسرة يقتصر على الحقوق والواجبات المعنوية.

وعلى ذلك، فإن المشرع قد أبقى على الضمان الجنائي الذي أوجده لحماية حق الزوجة والأبناء في النفقة عند امتناع الزوج عن القيام بهذا الواجب وترتيب جزاء جنائي على كل من لا يدفع النفقة المقدرة في نتمته، حيث تعاقب المادة 331 "كل من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

وقبل الخوض في أركان جريمة الامتناع عن أداء النفقة فإنه من المفترض توافر شرط مسبق يتمثل في وجود حكم يلزم المدين، أي الزوج بالنفقة.

1- صدور حكم قضائي بالنفقة قابل للتنفيذ لصالح الزوجة أو الأفراد المستفيدين من النفقة

لا يكفي مجرد توفر شروط استحقاق الزوجة (أو الأصول والفروع) للنفقة، إذ يشترط القانون قبل ذلك لجوء الزوجة إلى القضاء مطالبة بإصدار حكم يلزم الزوج بها¹، ففي ذلك نصت المادة 331 على ضرورة وجود حكم قضائي مسبق يقضي بالنفقة للأشخاص المستحقين لها؛ لذا فمبدئياً، فالأشخاص المستفيدين من النفقة محددون في نفس المادة وهم الزوجة والأصول والفروع، وهذا التحديد يرجع أصله لأحكام المواد 37 والمواد 74 إلى 77 من قانون الأسرة، وبما أننا قد تطرقنا إلى مسألة النفقة ومستحقيها في الباب الأول من هذه الدراسة، لذا يبقى تحديد المقصود بالنفقة هل هي النفقة المحددة في المادة 78 من قانون الأسرة والتي تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، أم أن نطاق النفقة المشمولة بتدخل القانون الجنائي لحماية الزوجة والأبناء والأشخاص المستفيدين منها يختلف عن ما هو مقرر في المادة 78 قانون الأسرة؟

بالرجوع إلى النص الفرنسي نجد أن المقصود بالنفقة محصور في النفقة الغذائية، حيث عبر عنها النص الفرنسي بـ " Pension alimentaire"²، وللغموض الذي أحاط بالنص القانوني عمد قضاء المحكمة العليا إلى تفسير مناط النفقة بما يتوافق مع النص الفرنسي وحصر الدين المالي في النفقة الغذائية إلى غاية قرار صادر بتاريخ 2006/04/26، ليتحول موقف المحكمة العليا في تفسير هذا النص بما يتوافق مع المادة 78 من قانون الأسرة، وغيرت المحكمة من موقفها إلى اعتبار أن النفقة المذكورة في المادة 331 من قانون العقوبات تشمل الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة³، ولعل هذا التحول في الموقف يرجع إلى فلسفة المساواة التي تبناها قانون الأسرة والاتجاه إلى سياسة حماية وتمكين المرأة عموماً، الأمر الذي يبرز من خلال قرار آخر صدر بتاريخ 2008/02/27 حيث صارت المحكمة العليا تدخل مبلغ الأيجار ضمن النفقة الغذائية⁴.

¹ دنيا محمد صبحي، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 79، مقتبس عن محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 105.

² أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 160.

³ المرجع نفسه، ص 160-161.

⁴ ذكر القرار أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 162.

وبالإضافة إلى شرط صدور حكم قضائي يلزم الزوج بدفع مبالغ النفقة، يتعين أن يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ قانوناً أو واجب النفاذ حتى تقوم جريمة الامتناع عن أداء النفقة¹، ومن المعلوم أن الأحكام القضائية هي الأحكام القضائية النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به والتي لا تقبل الطعن فيها عن طريق المعارضة والاستئناف، والمقصود بالأحكام القضائية هنا طبقاً لمفهومها الواسع الذي يشمل الأحكام والقرارات القضائية والأوامر الاستعجالية².

إلا إذا قرر القانون تنفيذه في أحوال معينة كأن تكون تلك الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل رغم قابليتها للمعارضة والاستئناف طبقاً للمادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، حيث قررت أن الأحكام الصادرة بالنفقة يجب أن تكون متبوعة بصيغة النفاذ المعجل لتعلقها بمصالح أفراد في أمس الحاجة إلى مبالغ النفقة⁴.

كما لا يكون الحكم حجة في مواجهة الغير إلا إذا تم تبليغه رسمياً بموجب محضر يعده المحضر القضائي طبقاً للأحكام والأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵، لكون ذلك السبيل الأوثق للتأكد من علم المدين بالنفقة وليس بمجرد العلم ولو كان قطعياً⁶.

¹ موسى مسعود حومة، جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 24، ع 2، 2000، ص 238.

² المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، ملف رقم 124384، قرار بتاريخ 1995/04/16، المجلة القضائية، ع 2، 1995، ص 192.

³ يجوز طبقاً للمادة 324 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاعتراض على النفاذ المعجل أمام رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها الاستئناف أو المعارضة، ويجوز له توقيف النفاذ المعجل عن طريق الاستعجال، إذا رأى أن الاستمرار فيه قد تترتب عليه آثار بالغة أو آثار يتعذر استدراكها، ليفصل رئيس الجهة القضائية في ذلك في أقرب جلسة.

⁴ عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 241-243.

⁵ أنظر المادة 406 وما يليها في الفصل الثاني بعنوان " عقود التبليغ الرسمي " من الباب التاسع من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁶ عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 313.

2- أركان جريمة الإهمال المالي للأسرة

أ- الركن المادي

يقتضي الركن المادي لجريمة عدم تسديد النفقة امتناع أو تقاعس الملزم بها قضاءً مدة شهرين¹، فهذا الشرط يستهدف إفساح المجال أمام الزوج ليدبر أموره المالية ليتمكن من سداد كامل النفقة خاصة إذا كانت كبيرة القيمة².

لذا فالركن المادي يتمثل في السلوك السلبي المتمثل في عدم الوفاء بالنفقة المحكوم بها بموجب حكم قضائي واجب النفاذ لصالح الزوجة أو الأصول أو الفروع رغم القدرة على الوفاء³، واستمرار ذلك الامتناع مدة شهرين رغم تبليغ الزوج أو الأب بوجوب دفعها⁴ كاملة، فلا يكفي مجرد الدفع الجزئي لرفع المسؤولية الجزائية إذ يستوي لقيام الجريمة أن يكون الملزم بها قد امتنع عن أداء كامل مبلغ النفقة المحكوم بها أو جزء منها⁵، ويبقى مرتكباً لهذه الجنحة إلى حين التخلص التام منها بدفع المبالغ التي عليه⁶.

وعلاوة على وجود حكم يقضي بالنفقة وإعلام الزوج به عن طريق التبليغ الرسمي، فإن جريمة الإهمال المالي تقوم بعد امتناع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم القضائي؛ فالمشرع هنا جعل من الامتناع القسدي عن دفع النفقة المحكوم بها حافزاً جدياً على الوفاء، إذ يجمع التجريم بين الردع والزجر، ويعتبر ذلك أرقى درجات التهديد المادي الدافع على تنفيذ الأحكام⁷، وإجبار المدين المماطل على الوفاء بالحكم الصادر بالنفقة⁸.

ورغم أن الركن المادي للجريمة يقترن بمضي آخر لحظة من الفترة المحددة للقيام بالعمل الذي تم الامتناع والاحجام عنه⁹، إلا أن مدة احتساب الشهرين تبدأ من تاريخ انتهاء مدة التكليف بالوفاء المحددة بـ

¹ المادة 331 من قانون العقوبات.

² محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 105.

³ إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، مرجع سابق، ص 7.

⁴ محمد عزمي البكري، الحبس في دين النفقة وجريمة هجر العائلة، دار محمود، القاهرة، ط1، 2016/2015، ص 56.

⁵ المرجع نفسه، ص 56.

⁶ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 169.

⁷ محمد حبيب الشريف، حول طرق التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، ع 10، ديسمبر 2000، ص 20.

⁸ محمد عزمي البكري، الحبس في دين النفقة وجريمة هجر العائلة، مرجع سابق، ص 39.

⁹ أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 211.

15 يوما من تاريخ تبليغ الحكم، وليس من تاريخ صدور الحكم القاضي بالنفقة طبقا للمادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما قضت به المحكمة العليا¹، كما لا تقوم الجريمة مادامت إجراءات التنفيذ غير مستوفاة لانعدام التكليف بالدفع وغياب محضر الامتناع².

ب- الركن المعنوي

اشتترطت المادة 331 من ق.ع ضرورة توافر عنصر العمد لقيام جريمة الإهمال المالي أو عدم تسديد النفقة؛ فالمادة السابقة قد أوردت صراحة عبارة "العمد" وهو القصد الجنائي الذي يمثل الركن المعنوي لهذه الجريمة، فاتجاه نية المدين بالنفقة إلى الامتناع عن أدائها تكون بعد علمه بالحكم القضائي الصادر في حقه عن طريق تبليغه من جهة، والامتناع الكامل عن الوفاء الودي بها للإضرار بالزوجة أو الأبناء والمستحقين لها.

فالمادة 331 اعتبرت جريمة عدم تسديد النفقة؛ جريمة عمدية مالم يثبت العكس، ولا يمكن الاحتجاج بالإعسار الناتج عن سوء السلوك أو السكر أو الكسل عذرا مقبولا ينفي صفة العمد³، طالما أن هذه السلوكيات هي قرينة تفيد تفضيل الإتيان بها على أداء الواجبات المالية تجاه الزوجة والأسرة، والمشرع حصر الاعسار في الأسباب الجدية التي تنفي المسلك الذهني أو النفساني الآثم لدى الزوج المتهم⁴ والخارجة عن الإرادة كالمرض أو البطالة القسرية حسبما ما أوردته المادة 331 تحت عبارة " ما لم يثبت العكس".

ويبرز موقف المشرع هنا في افتراضه للخطأ العمدي أو سوء النية لدى الزوج المدين الذي لم يقم بدفع كامل مبلغ النفقة، ويقع عليه إثبات عدم سوء النية وليس على النيابة العامة إثبات هذه المسألة مثلما كان معمول به كذلك في قانون العقوبات الفرنسي القديم⁵، قبل أن يلغي المشرع الفرنسي افتراض سوء النية سنة 1994⁶، بمقتضى المادة 227-3 تحت تأثير مبدأ "قرينة أو افتراض البراءة" الوارد في المادة 6 من

¹ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا في ظل المادة 330 قانون الإجراءات المدنية القديم حين كانت مدة التكليف بالوفاء محددة بـ 20 يوما من تاريخ التبليغ، "يتم حساب مدة الشهرين اعتبارا من تاريخ انقضاء المهلة 20 يوما المحددة في التكليف بالدفع"، المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 132869، قرار صادر بتاريخ 1996/07/14، ذكره أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 166.

² أحسن بوسقيعة، المرجع سابق، ص 166.

³ المادة 331 من قانون العقوبات.

⁴ أنظر الصفحة 401.

⁵ محمود لنكار، مرجع سابق، ص 208.

⁶ Candice Boos, Les liens familiaux à l'épreuve de l'abandon d'enfant, Doctoral dissertation, droit, Université de Haute Alsace -Mulhouse, 2016, p 201.

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان¹، ويتعين بموجب ذلك، أنه على المدعي العام تقديم أدلة تثبت نية عدم تنفيذ الالتزام، ويجب ألا يكون المدين قادراً تماماً على دفع مبلغ لنفقة، وإلا فلا يمكن إثبات الجريمة لعدم اكتمال عناصرها².

3- إجراءات المتابعة والجزاء

نظراً لأهمية النفقة في حياة مستحقيها لاسيما الأبناء³؛ لم تعلق المادة 331 من ق.ع إجراءات المتابعة على شكوى الطرف المضرور على الرغم من كون هذه الجريمة من الجرائم الأسرية، وخلافاً لما كان عليه موقف المشرع الجزائري في تغليب احترام تنفيذ الأحكام القضائية على مصلحة الأسرة قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-23 سنة 2006، وكذا لردع الأزواج المتقاعسين عن أداء مبلغ النفقة بعدم الاعتداد بصفح الضحية التي غالباً ما تكون الزوجة. سُنح التعديل المذكور أنفاً بإمكانية وضح حدا للمتابعة الجزائية في حالة صفح الضحية بشرط دفع المبالغ المستحقة⁴، بالرغم من أن هذه الجريمة لا تعد من قبيل الجرائم المعلقة على شكوى الضحية.

فالمشرع هنا فضل مصلحة الأسرة على تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالنفقة في حال صفح الزوجة، لأن فرض عقوبة السجن على الشخص المدان بجريمة التخلي عن أداء النفقة يؤدي بالضرورة إلى تفاقم الوضع العائلي ككل، ويمكن أن يكون له تداعيات سلبية خطيرة على الأسرة والأبناء بما سيؤدي في النهاية إلى كسر الروابط العائلية والإضرار بكيان الأسرة، وهو ما يتعارض مع الغرض الأساسي من تدخل القانون الجنائي لحماية الأسرة⁵، لاسيما مع دفع مبلغ النفقة بما يبعد الضرر عن الزوجة ومستحقيها.

ولخصوصية النفقة من جهة والضعف الذي يغلب على الأفراد المستحقين لها أي الزوجة والأولاد وكذا الوالدين في حالة الحاجة إلى النفقة؛ خرج المشرع من خلال المادة 331-3 عن القواعد العامة التي تسند الاختصاص المحلي للنظر في الجرح لمحكمة مقر وقوع الجريمة أو محل إقامة المتهم أو مكان

¹ محمود لنكار، المرجع السابق، ص 208.

² Candice Boos, op. cit., p 202.

³ فقد يدفع بهم الأمر إلى ما هو أبعد من الضرر بعدم الإنفاق، كأن يؤدي إلى انحراف سلوكهم ولجوئهم إلى ارتكاب جرائم السرقة لعدم اشباع حاجاتهم. خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 108-109-110.

⁴ حيث تنص الفقرة 4 من المادة 331 من قانون العقوبات صراحة على أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة يضع حداً للمتابعة الجزائية.

⁵ Candice Boos, op. cit., p 376-377

القبض عليه، وأسند الاختصاص أيضا بالنظر في الدعوى في جنحة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة إلى محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة.

وفي حالة إدانة الزوج المتهم واقتناع القاضي بانعدام أي سبب جدي حال دون دفع النفقة بصفة كلية بما يمنع من قيام الجريمة؛ تقضي المادة 331 بتوقيع العقوبات المقررة قانونا لأجل تحقيق القمع الجنائي لهذه الجريمة وهي عقوبة السجن باعتبارها أول وظيفة للقانون الجنائي المتمثلة في الردع والعقاب، بحيث حددتها المادة سالفة الذكر بين حدي 6 أشهر إلى 3 سنوات، بالإضافة إلى غرامة مالية من 50 ألف إلى 300 ألف دينار.

ومثلما هو الحال في جرائم الإهمال العائلي الأخرى؛ يمكن للقاضي بأن يسلب عقوبات إضافية تكميلية تشمل حرمان المحكوم عليه من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 دون أن يتجاوز ذلك مدة الخمس سنوات¹.

المطلب الثاني

المعالجة القانونية لجريمة الانتهاك المادي لواجب الاخلاص الزوجي

خلافا لتوصيات المؤتمرات الدولية وبعض الفرق التابعة للأمم المتحدة بإلغاء التجريم عن زنا الأزواج، أبقى قانون العقوبات الجزائري على الطابع الجزائي لجريمة زنا الزوجين وأقر مساواة جنائية بين الزوجين في جريمة الزنا، من حيث التجريم والمتابعة والعقاب وذلك منذ تعديل سنة 1982، مثلما كرس هذه المساواة في جرائم الجرح والقتل الناتج عن الاستفزاز بالتلبس بالزنا.

الفرع الأول

المساواة في التجريم والعقاب على زنا الأزواج

حصر التشريع الوضعي في الجزائر منذ صدور قانون العقوبات جريمة الزنا في الزنا الواقع من الزوجين دون غيرهما، مخرجا هذا الفعل من نطاق التجريم في حال إتيانه من شخص غير مرتبط بعقد زواج صحيح، وهذا خلافا للشريعة الاسلامية التي تعتبر كل وطء غير مشروع بزواج أو إيماء زنا يستوجب الحد عقوبة مقررة لذلك، تختلف درجتها حسب حال الشخص المقترف لهذا الفعل.

¹ ولا تقل عن سنة، أنظر: المادة 332 و14 من قانون العقوبات.

ومثلما سنرى؛ فإن جريمة الزنا في القانون الجزائري والعقوبات المقررة لها تختلف اختلافا جذريا، وللمشرع تصورات مختلفة من الناحية القانونية عن الشريعة الإسلامية إذ يغلب على المسألة طابع الحرية الشخصية في إتيان هذا الفعل المحرم المخالف للشريعة الإسلامية الغراء، وهو ما يتناسب مع فلسفة النصوص الدولية وتوصيات لجانها، ويخالفها من ناحية تجريم هذا الفعل من أساسه ولو أقرت من أحد الأزواج، فضلا عن الاختلاف في معالجة الأفعال التي قد يرتكبها أحد الزوجين تجاه الآخر أو شريكه في الزنا من جرح أو قتل في حالة التلبس بها وهو ما يعرف بالاستفزاز.

أولا: الموقف الدولي من جريمة الاخلال بواجب الإخلاص الزوجي

تباينت العواقب القانونية لارتكاب الزنا وفقاً للمكان والقيم المجتمعية والحقبة التاريخية والأيدولوجية السائدة، فالزنا تهدد جوهر الحياة الأسرية واستقرار مؤسسة الزواج، ومن المؤكد أنه سيحدث بسببها حالة من عدم اليقين بشأن صحة النسب ورابطة الأبوة والبنوة¹.

وعلى الرغم من خطورة الزنا على الأسرة والمجتمع، إلا أن توجه النشاطات الدولية في حقل حقوق الإنسان قد حثت على فك الصلة بين زنا الأزواج والعلاقات الجنسية غير الشرعية عموماً من القانون الجنائي ورفع الجرم عنها.

ونشير إلى عدم ورود نصوص صريحة صلب المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان أو المرأة تناهض تجريم العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، غير أن النشاطات الدولية في هذا الحقل عملت صراحة على انتقاد توجهات التشريعات العقابية في تجريم الزنا عموماً.

فلقد طالبت المؤتمرات والمنظمات الدولية وحتى المنظمات والجمعيات العاملة في مجال حقوق المرأة وحمايتها بإلغاء الأحكام القانونية الجنائية التي تدين وتجرم الزنا والصلوات الجنسية في جميع أشكالها.

فمسائل رفع التجريم عن العديد من الجرائم الأخلاقية المرتبطة بالأسرة كالزنا وغيرها من الصلات الجنسية الواقعة خارج نطاق الزواج؛ كانت محل نقاش مندوبي الدول²، في المؤتمر الدولي التاسع للقانون الجنائي الذي عقدته الرابطة الدولية لحقوق الإنسان في لاهاي سنة 1964، امتداداً لمناقشات مؤتمر "بيلاجيو" بإيطاليا سنة 1963، حيث أوصى باعتبار العلاقات الجنسية المختلفة ضمن الحريات الفردية

¹ Marita Carnelley, Laws on adultery: comparing the historical development of South African common-law principles with those in English law, Fundamina, vol. 19, no 2, 2013, p 187.

² حيث حضر فيه أزيد من 600 مندوب وفضيه من مختلف الدول.

للأشخاص وحياتهم الخاصة¹؛ لذلك كان من بين قرارات المؤتمر استبعاد القانون الجنائي عن مجال السلوك الأخلاقي ولو تمت في إطار الزواج لأن مجال الأسرة وحمايتها من اختصاص قوانين الأسرة وليس قانون العقوبات²، وهو ما جاء في القسم الثاني من قرارات المؤتمر تحت عنوان الجرائم المرتكبة ضد الأسرة والأخلاق الجنسية بالنص على القضاء على اعتبار الزنا جريمة وحذف ذلك من القوانين الجنائية، والاقتصار على تجريم زنا المحارم³.

لقد انتهجت الدول الغربية توجهات الحرية الفردية في العلاقات الجنسية متبينة توجهات ما خلصت إليه قرارات المؤتمر؛ وهو ما أدى بالتخلي عن تجريم زنا الأزواج في قوانينها العقابية لتعلقها بالأخلاق، كالقانون الفرنسي الذي كان يعاقب على الزنا الواقع من المتزوجين بموجب المواد 338-339 من قانون العقوبات قبل إلغاء العقوبة الجنائية على الزنا بحذف المادتين السابقتين بموجب قانون 11 يوليو 1975، واكتفى القانون الفرنسي بالجزاء المدني المتمثل في أحقية طلب التطليق والتعويض المالي⁴، وعدم التجريم هذا، يثبت التخلي عن حماية مؤسسة الأسرة وتغليب الحرية الفردية بترك تقدير فعل الزنا لتقدير الزوجين وهو ما يثبت اعتبار أن هذه الأفعال ليست سوى مسألة تدخل ضمن نطاق الحياة الخاصة، وتم تعويض هذا الانسحاب من المسؤولية الجنائية إلى المسؤولية المدنية⁵.

وعلى المستوى الحديث تظهر مناهضة الأمم المتحدة لتجريم الزنا، حيث تعتبر هذه الأخيرة أن تصنيف الزنا كجريمة جنائية يشكل انتهاكا لحقوق المرأة، ففي هذا السياق وجه فريق الأمم المتحدة العامل المعني بالتمييز ضد المرأة في القانون والممارسة دعوة إلى الحكومات لإلغاء القوانين التي تجرم الزنا عموماً، تأسيساً على ملاحظته في أن إنفاذ هذه القوانين يؤدي إلى التمييز والعنف ضد المرأة في القانون وفي

¹ حيث رأى البعض في مؤتمر بيلاجيو أن قانون العقوبات في هذا المجال له أثر أخلاقي وتعليمي، وأن الحظر على الزنا له مكان في قانون العقوبات. ومع ذلك، كان هناك توافق في الآراء في المؤتمر على أنه لا ينبغي بعد الآن إخضاع الزنا لعقوبات جنائية، وينبغي أن تكون الزنا مسألة تتعلق فقط بقانون الأسرة دون غيره.

See: Morris Ploscowe, Report to the Hague Suggested Revisions of Penal Law Relating to Sex Crimes and Crimes Against the Family, Cornell Law Review, vol. 50, issue 3, spring 1965, p 426 to 430.

² محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 48.

³ José Luis de la Cuesta, International Association of Penal Law, Resolutions of the congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004), Édition érès, toulouse, 2009, p 296. / IXe Congrès international de droit pénal (La Haye, 23 – 30 août 1964), Revue internationale de droit pénal, 2015, Vol. 86, p 70. URL: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-69.htm>

⁴ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 49 / Gaëlle Ruffieux, Les sanctions des obligations familiales, Vol. / 49 138, ed.1, Dalloz, paris, p 2014, p 84-85.

⁵ Gaëlle Ruffieux, op. cit., p 84-85.

الممارسة العملية على حد سواء، بحيث يكون تكييف القانون الجنائي للزنا محايداً ظاهرياً من حيث نوع الجنس بتجريم كلا الجنسين، ومع ذلك يكشف التحليل الأدق أن تجريم الزنا موجه بأغلبية ساحقة من حيث المفهوم والممارسة ضد النساء والفتيات¹، نظراً لاستمرار التمييز وعدم المساواة التي تواجهها المرأة.

كما اعتبرت رئيسة هيئة خبراء الأمم المتحدة "Ms. Chandrakirana" المكلفة بتحديد سبل القضاء على القوانين التي تميز ضد المرأة أو التي تميز ضدها من حيث التنفيذ أو الأثر، أنه يجب ألا تصنف الزنا على أنها جريمة جنائية على الإطلاق، كما يجب عدم إقرار أي عقوبة عليها أو بالسجن أو بالغرامة أو الجلد أو الموت بالرجم أو الشنق².

وأيضاً على اعتبار أن تجريم العلاقات الجنسية بين البالغين بالتراضي يشكل انتهاكاً لحقهم في الخصوصية وانتهاكاً للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على النحو الذي أرساه الفقه الدولي لحقوق الإنسان³، والدليل على العمل على إلغاء التجريم والعقاب على زنا الأزواج، هو حديث الفرق التابعة للأمم المتحدة عن الجزاء المدني المرافق للخيانة الزوجية كالطلاق وآثاره على الحضانة التي لم تخلوا من الانتقادات وإن كانت بلهجة أقل شدة مقارنة بالجزاء الجنائي⁴، ففي نظر الهيئة أن "الإبقاء على الزنا جريمة جنائية بالنسبة للنساء والرجال على حد سواء يعني عملياً أن المرأة ستظل تواجه أوجه ضعف شديدة، وانتهاكاً لحقوق الإنسان الخاصة بها في الكرامة والخصوصية والمساواة، نظراً لاستمرار التمييز وعدم المساواة التي تواجهها المرأة مقارنة بالرجل"⁵.

إن هذه الفلسفة قائمة بالأساس على رفع التجريم عن الزنا سواء كان في إطار الزواج أو خارجه؛ لأن ذلك سيحد من انتهاك حقوق المرأة الإنسانية في الكرامة والخصوصية والمساواة، لغلبة التقاليد التمييزية في المجتمعات التي تستنكر وتعاقب على هذا الفعل بصفة أشد على المرأة خلافاً للرجل والغاء التجريم

¹ United nation human rights special procedures, Adultery as a criminal offence violates women's human rights, Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, 1 October 2012, p 1.

² Statement by the United Nations Working Group on discrimination against women in law and in practice:

<https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12672&LangID=E>

³ Statement by the United Nations Working Group on discrimination against women in law and in practice:

<https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12672&LangID=E>

⁴ United nation human rights special procedures, op. cit, p 9.

⁵ Philippine commission on women, Eliminating Discrimination Against Women in the Revised Penal Code (RPC): Decriminalizing Adultery and Concubinage, POLICY BRIEF NO. 3, This policy brief provides the rationale for repealing Revised Penal Code provisions on Adultery and Concubinage (Articles 333 and 334), p 3.

سيضمن حق المرأة في ألا يكون هنالك تمييز ضدها يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المواثيق الدولية لا سيما اتفاقية المرأة.

وبما أن الثقافة والاختلافات الثقافية تعد حقلًا رئيسيًا في بناء القانون الجنائي ونظام العدالة الجنائية التي يُراعى فيها تجريم العديد من المسائل التي تُخل بالنظام الاجتماعي والنظام العام، فلا شك أن إلغاء تجريم زنا الأزواج تعدي على الخصوصية الثقافية الإسلامية وقدح في الشريعة الإسلامية التي تجرم بل وتشدد في العقوبة المسلطة على زنا الأزواج، ورغم ذلك فإن أغلب قوانين الدول الإسلامية بما فيها الجزائر غير موائمة بتاتا لأحكام الشريعة الإسلامية، فهي وإن أبتت على تجريم زنا الأزواج إلا أن نطاق العقاب ليس سوى استتساخ للقوانين الجنائية الغربية حين كانت تسلط العقوبة على هذه الجريمة في مقدمتها قانون العقوبات الفرنسي، كما أنه يعاب على بعض القوانين في هذا السياق اختلاف المعاملة الجنائية بين الزوج والزوجة بحيث تخفف تارة من العقوبة المفروضة على الرجل خلافا لما هو مقرر على الزوجة، وتعفي الزوج تارة أخرى من العقاب، وهو ما لا يتناسب مع العدالة والمساواة أمام القانون، ويفتقر إلى أساس شرعي وقانوني، فعقوبة الأزواج في الشريعة الإسلامية هي نفسها المقررة بالنسبة للرجل والمرأة.

وكمثال على تأثر الدول بالتوجهات الدولية بشأن تجريم الخيانة الزوجية أُلغى قرار صدر في عام 1996 عن المحكمة الدستورية الغواتيمالية العقوبة المتعلقة بالخيانة الزوجية أو الزنا الذي كان يميز حتى في المعاملة الجنائية بين الرجل والمرأة على أساس كل من ضمانات المساواة المنصوص عليها في الدستور ومعاهدات حقوق الإنسان، بما في ذلك اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية البلدان الأمريكية لمنع العنف ضد المرأة والمعاقبة والقضاء عليه، ومع الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وجاء في حيثيات القرار أن المادة 46 من الدستور تقر بسمو المعاهدات الدولية على قانون العقوبات¹.

ثانياً: المساواة الجنائية بين الزوجين في جريمة الخيانة الزوجية في قانون العقوبات

من بين الحقوق والواجبات التي تنشأ عن الزواج كنظام قانوني واجتماعي التزام كل طرف بالإخلاص للآخر، فالزواج هو الإطار الشرعي للعلاقات الجنسية ووسيلة الإحصان الشرعية للزوجين مثلما عبرت عنه المادة 4 من قانون الأسرة. وكل علاقة خارجه تشكل خطيئة وجريمة تقتضي العقاب لارتباط ذلك بالمفهوم

¹ أنظر في ذلك الرابط التالي:

https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=23117

الأخلاقي للعرض الذي يستمد مقوماته من الدين بصفة رئيسية والمعتقدات الأخلاقية النابعة من التعلق بالمثل العليا، فكلما كانت العلاقة مشروعة كان العرض مصاناً من الناحية الأخلاقية¹.

لقد اعتبر المشرع الجنائي الجزائري العديد من الممارسات الجنسية غير المشروعة بمثابة جريمة مسطرة في قانون العقوبات، من بينها جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من ق.ع حماية لحق الاستثناء الزوجي وحماية للعلاقة الزوجية²، فمفهوم الزنا هنا خلافاً للشريعة الإسلامية يقتضي وجود طرف متزوج؛ أي أن جوهر الجريمة ليس الاتصال الجنسي في ذاته بل ما ينطوي عليه ذلك الاتصال من الإخلال بالإخلاص الزوجي وهو ما لا يتوقع صدوره إلا من شخص ملتزم بذلك³، ويتسم تدخل المشرع الجزائري في تجريمه للزنا أو الخيانة الزوجية بالمساواة التامة بين الزوجين سواء من الناحية الإجرائية أو من ناحية الجزاء المقرر لها.

1- المساواة من حيث التجريم

سبق وأن ذكرنا أن قانون العقوبات الجزائري قد حصر مفهوم جريمة الزنا في زنا الزوجين أو بالأحرى جريمة الخيانة الزوجية، واعتبر من انتهاك ما عرف في بعض القوانين المقارنة بواجب الإخلاص فعلاً يرتب المسؤولية الجنائية بصريح المادة 339، وعليه فإن الشخص لا يكون مسؤولاً جزائياً بسبب الزنا إلا إذا كان متزوجاً أو مع شريك متزوج.

فعلى الرغم من أن الشريعة الإسلامية لم تعتبر الزنا اعتداءً على حق القرين بل اعتداءً على حق الله والمجتمع؛ لذا لم تجعل الزنا جريمة خاصة بالمتزوجين فقط⁴، غير أن القانون الجزائري قد تتبع هنا مسلك التشريعات الجنائية الغربية الحديثة باعتبار أن نفاء العرض وصيانته حق فردي قابل للتصرف، فألقى من حمايته -مبدئياً- سائر الممارسات الجنسية الإرادية دون أن يتدخل فيها، واعتبرها منطقة لا يجوز أن يتدخل فيها باعتبارها إحدى مناطق الحرية الجنسية مادامت تلك الممارسات رضائية فهي مشروعة في نظر القانون

¹ محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 1985، ص 11-12-14.

² القانون الجزائري كغيره من القوانين لم يورد تعريفاً للزنا محددًا إجراءاتها وشروطه والعقوبات المقررة لها وبالرجوع إلى تعريف الفقه لها نجدها تدور في فلك واحد

³ أحمد أبو العينين، مدى تفاوت المعاملة الجنائية بين الرجل والمرأة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية (حقوق المرأة في مصر والدول العربية)، ديسمبر 2010، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010/2010، ص 1271، 1272.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 12.

الجنائي¹، بناءً على أن الحرية الشخصية حق للإنسان يمنحه حرية التصرف في نفسه²، ومنه اعتبار جريمة الزنا من الجرائم الواقعة على الرابطة الزوجية بالدرجة الأولى لا على المجتمع.

لذا فإن أول شرط لا تقوم إلا في نطاقه جريمة الزنا، هو الشرط المفترض المتمثل في وجود رابطة زوجية صحيحة غير منتهية بطلاق أو وفات؛ هذا الشرط الأولي أو المسبق يعد العنصر الذي يعطي لفعل الاتصال الجنسي غير المشروع وصف جريمة الزنا فضلاً عن شروط لاحقة أخرى يشترطها القانون، وهنا نلاحظ أن المشرع قد حقق المساواة بين الزوجين في المبادرة بالشكوى ضد زوجه الزاني لمباشرة إجراءات المتابعة لمعاقبته بجنحة الزنا وكذا المساواة في قيام هذه الجريمة في حق الزوج والزوجة دون تمييز، بعد توافر شروط وأركان سطرتهما الفقرة الأولى من المادة 339 من قانون العقوبات.

1.1- شروط قيام جريمة الزنا

أ- وجود رابطة زوجية صحيحة

يُشترط لقيام جريمة الزنا في حق الزوج أو الزوجة قيام أحدهما بالاتصال الجنسي مع شريك آخر وهو الفعل المادي للجريمة، ونقصد هنا الجماع الطبيعي التام بغير الزوج أثناء قيام الرابطة الزوجية الشرعية³، وينطبق الحال أيضاً على الرابطة الزوجية القائمة حكماً وهي الزوجية القائمة والباقية وقت العدة⁴، أثناء الطلاق الرجعي لاستمرار قيام أحكام الزواج والملك للزوج إلى أن يصير الطلاق بائناً، ويستوي في ذلك أن يكون الشريك متزوج أو غير متزوج.

واشترط صفة الزوج لدى الزاني أو الزانية يقتضي أساساً أن يكون الزواج صحيحاً طبقاً لقانون الأسرة، فإن كان الزواج باطلاً فتتعدم الجريمة لفقدان ركنها القانوني، وهذا الشرط يقتضي توافره في الزوج الجاني وقت قيام الجريمة. لأن قيد الزواج هو الذي يلزم كل من الزوجين بالأمانة والإخلاص لزوجه الآخر⁵، فإذا كان العقد باطلاً فلا تقوم جريمة الزنا رغم وجود العقد والاتصال الجنسي.

¹ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 20.

² عابد بن محمد السفياني، موقف الشريعة الإسلامية من الحريات، الكتاب الأول: حكم الزنا في القانون وعلاقته بمبادئ حقوق الإنسان في الغرب، دار ابن مسعود لإحياء التراث، الإسكندرية، ط 1، 1424هـ/2004م، ص 23.

³ عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2018، ص 68.

⁴ أنظر: محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2009، ص 50.

⁵ عابد بن محمد السفياني، مرجع سابق، ص 28.

لذا فإن كل الأمور التي ذكرت أعلاه لا ننفي قيام جريمة الزنا حال الزواج العرفي قبل تثبيته في سجلات الحالة المدنية، لأن قيمة الزواج الشرعي تبقى قائمة مرتبة لكل الحقوق والواجبات الزوجية، على الرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لا يقر بالزواج العرفي إلا بعد تثبيته بحكم قضائي طبقاً للمادة 22 من نفس القانون؛ وهو الاتجاه الغالب في قضاء المحكمة العليا بعدم اعتبار الزواج العرفي سبباً نافياً لقيام جريمة الزنا، إذ يكفي حصول الزواج بالفاتحة وإن لم يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية لتطبيق أحكام المادة 339 من ق.ع. وقيام الجريمة في حق الزوج المرتكب لجريمة الزنا، فترة قيام الزواج العرفي المستوفي شروطه وأركانها¹، لذلك قضت المحكمة العليا أيضاً بتجريم امرأة تزوجت قبل صدور حكم نهائي يقضي بطلاقها من زوجها الأول على الرغم من كون الزواج الثاني عرفياً².

ب- الركن المادي: الاتصال الجنسي

يمثل هذا الشرط حسب نص المادة 339 الركن المادي لجريمة الزنا في القانون الجزائري؛ ويتحقق باتصال أي من الزوجين اتصالاً جنسياً بغير زوجه، غير أن مسألة شرط الاتصال الجنسي قد وردت في القانون عامة تحت مسمى "الزنا" ولم توضح شروطه والمقصود به حتى تصير الجريمة تامة ويكيف الفعل على أنه جريمة زنا، فقد تتم الخلوة المحرمة مع أعمال ذات طابع جنسي من رجل أو امرأة متزوجة.

ولخطورة ثبوت هذه الجريمة في حق الفرد على نفسه وعرضه وشرفه في الشريعة الإسلامية، وضع الفقهاء ضوابط دقيقة لتحقيقها³، أولها الوطء الموجب للحد والمكون للركن المادي للزنا الذي أجمع الفقهاء على معناه المتمثل في الوطء المحرم على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين، إلا أنهم اختلفوا في الوطء في الطريق غير الطبيعي أي في غير قُبُل من حيث اعتباره زناً أو لا، بحيث اعتبر المالكية والحنابلة كل من الوطء المحرم في قُبُل أو دبر زنى يوجب الحد، ويختلف الضابط عند الشافعية والحنفية باقتصار مفهوم الزنا على الوطء الحرام في قُبُل المرأة وغيره يوجب التعزير لا حد الزنا⁴.

¹ المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 297745، قرار بتاريخ 2005/06/01، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص 577.

² أنظر: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 134، 135.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 26.

⁴ أنظر الأقوال الفقهية بخصوص ذلك مجموعة في مؤلف: عبد الملك منصور، جريمة الزنا وأحكامها في الشريعة الإسلامية، دار النور والأمل، القاهرة، ط 1، 1985، ص 23 / "تكر الحنفية تعريفاً مطولاً يبين ضوابط الزنا الموجب للحد، فقالوا: هو الوطء الحرام في قُبُل المرأة الحية المشتهاة في حالة الاختيار في دار العدل، ممن التزم أحكام الإسلام، الخالي عن حقيقة

ورغم كون فعل الاتصال الجنسي الذي به يتحقق الركن المادي لجريمة الزنا، يشكل الاعتداء على حق الزوج في الاستئثار الجنسي بقرينه، إلا أن العديد من النصوص العقابية للدول العربية لم تورد ضوابط دقيقة لجريمة الزنا؛ لذلك اتبعت غالبية فقه القضاء والكتابات الفقهية التعريف أو التفسير الضيق لمفهوم الزنا باشتراط إيلاج عضو التذكير في عضو التأنيث ليتحقق معنى الوطء، وإخراج أفعال الاتصال الجنسي الأخرى من أن تشكل ركناً مادياً لجريمة الزنا مع إعطاءها وصفاً آخر¹، وهو حكم مستغرب طالما أن العقوبة مغايرة لما عليه الأمر في الشريعة الإسلامية فهذه الجريمة في القانون لا تتناسب إطلاقاً مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، ومن جهة أخرى فالقصد وراء التجريم والعقاب على زنا الأزواج في القانون هو حماية العلاقة الزوجية وحرمتها والأسرة وواجب الإخلاص الزوجي بالدرجة الأولى، فهل أن أفعال الاتصال الجنسي مهما بلغت درجة فحشها لا تشكل ضرباً لواجب الإخلاص والمقاصد الأخرى في نظر القانون؟

لذلك فإن الشروع في جريمة الزنا غير معاقب عليه طالما أن الركن المادي لم يكتمل على الرغم من توفر القصد الجنائي. فلا جريمة تحصل إلا بالوطء فعلاً²، حتى ولو كان الجاني قد تهيأ في الشروع في فعل الوطء وهو الحكم الثابت في الشريعة الإسلامية³، فلا عقوبة على الشروع في الزنا بعقوبة الزنا التامة، فالقاعدة في الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود والقصاص ألا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التي لم تتم وأصل ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين)⁴، وهذا

الملك، وحقيقة النكاح، وعن شبهة الملك، وعن شبهة النكاح، وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً" / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، مرجع سابق، ص 27.

¹ مثلما هو مقرر في القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية، وتحديدًا قاعدة أن ما أدى للحرام فهو حرام فإن لم يصل فعل الجاني إلى ما لا يصل إلى وجوب حد الزنا فعقوبته التعزير طالما أنها أفعال محرمة وتعد من مقدمات الزنا.

- أنظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، دار الكاتب العربي، بيروت، ط1، 1968، ص 351.

- وقضت محكمة النقض المصرية -كمثال على ذلك- "بأن جريمة زنا الزوجة لا تقوم إلا بحصول وطء في غير حلال، بما مفاده أن الجريمة لا تقع بما دون ذلك من أعمال الفحش". / الطعن رقم 3610 لسنة 65 ق جلسة 2001/02/26، ذكره: إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات طبقاً لأحدث التعديلات الصادرة بالقانون رقم 95 لسنة 2003، مرجع سابق، ص 485.

² جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج 4، دار العلم للجميع، بيروت، ط2، دون تاريخ نشر، ص 71.

³ محمود احم طه، ص 24.

⁴ يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،

2003، ص 120.

لا يمنع من توقيع عقوبة تعزيرية وهو ما لا نجده في القانون الوضعي فلا عقوبة إلا بنص وهو مذهب المشرع الجزائري في عدم توقيع العقاب في الشروع في الجنح إلا بنص صريح طبقا للمادة 31 من ق.ع، وهو ما يقتضيه مبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات، إلا في حالة حملها وصفا آخر كالإخلال بالآداب العامة.

وخلافا لما سبق ذكره؛ توسع فقه القضاء التونسي في مفهوم الاتصال الجنسي ليشمل حتى مقدمات الزنا، حيث اتبعت المحاكم التونسية مفهوم موسع للاتصال الجنسي ليتجاوز فعل الوطء في هذه الجريمة، وقررت محكمة التعقيب "أن مجرد الاتصال الجنسي تتم به جريمة الزنا ولو بوجود ذلك فلا يشترط الايلاج"¹، وذلك لاعتبارات متعلقة بحماية حرمة الزواج وصيانة واجب الإخلاص إضافة الى رغبة القضاء في التوسع في الركن المادي للجريمة، لأن القانون التونسي لا يعاقب على الشروع في الزنا²، خلافا للشريعة الإسلامية التي تضيق من مفهوم الاتصال الجنسي نظرا لآثار الخطيرة المترتبة على قيام جريمة الزنا خاصة في حق الأزواج أو الفرد المحصن لاسيما من حيث الحد المقرر لها وهو الرجم حتى الموت.

1.2- الركن المعنوي

لا يكفي توفر العناصر السابقة لقيام جريمة الزنا، إذ يُشترط فوق ذلك توافر القصد الجنائي لدى الزوج لارتكاب الزنا عن إرادة غير معيبة وعلم كامل غير مقترن بشبهة، أما القصد الجنائي لدى الشريك فهو علمه بأنه يتصل جنسيا بشخص متزوج وهو ما اشترطته صراحة الفقرة الثانية من المادة 339 من قانون العقوبات.

فبالنسبة لأحد الزوجين؛ على اعتبار أن أحدهما الفاعل الأصلي في جريمة الزنا فيشترط توافر العلم لديه بأنه مرتبط بعقد زواج مع تعمد إقامة اتصال جنسي مع غير قرينه يرقى للوطء غير المشروع ليوصف بأنه زنا، وقد يكون شرط العلم بارتباط الجاني بعقد زواج من الأمور المستبعد عدم معرفة الشخص بها، نظرا لأهمية الزواج في حياة الفرد وإجراءات وشروط قيامه وانعقاده.

¹ قرار تعقيبي جزئي عدد 3482 مؤرخ في 14 جانفي 1980، ن.ق، ج عدد 1 لسنة 1981، ص 18. ذكره عمار عبد

الواحد عمار الداودي، ص 771.

² عمار عبد الواحد عمار الداودي، مرجع سابق، ص 771.

وقد يتحقق الأمر باعتقاد الزوجة بحسن نية أنها مطلقة أو أن زوجها المفقود قد توفي¹، إلا أنه لا يمكن أن تُعذر الزوجة في الوقت الراهن وينتفي القصد الجنائي لسبب بسيط وهو أن القانون يشترط صدور حكم قضائي يقضي بالطلاق أو بوفاة الزوج المفقود، وتطبيقاً لقاعدة لا يعذر بجهل القانون والقاعدة القانونية حين تصدر، تصدر مع افتراض العلم بها من طرف الجميع بمجرد إعلانها ونفاذها.

كما أن الفقهاء قد أوردوا بعض الأمثلة تنفي القصد الجنائي لدى الزوج أو الزوجة كالوقوع في الغلط وهو ما يندرج عندهم ضمن عنصر الشبهة في الفاعل كمن يظاً امرأة زُفت إليه على أنها زوجته ثم تبين عكس ذلك، "فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد"².

كما لا تقوم جريمة الزنا في حالة انتفاء العنصر الثاني للركن المعنوي وهو الإرادة، فقد تكون المرأة أو حتى الرجل فاقدا للوعي بسبب مرض أو بفعل متعمد، ونذكر هنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يطبق حد الزنا على امرأة ادعت أن نومها ثقيل وأن رجلاً طرقتها ومضى تأسيساً على انعدام القصد الجنائي معتبراً أنها بنومها الثقيل كانت في حالة من فقدان الوعي والشعور³، أما النسيان والسهو فغير متصور في جريمة الزنا فالرجل سيتذكر بالضرورة أنه متزوج وأن من يواقعها ليست زوجته⁴.

مثلاً قد يقع الأمر عن طريق الإكراه مادياً كان أو معنوياً، ونحن نعتقد أن نوع الإكراه يؤثر في تكييف الجريمة فالإكراه المادي بالقوة يعطي الفعل مفهوم الاغتصاب لانعدام الرضا وإن كان يتصور في المرأة أكثر من الرجل عكس الإكراه المعنوي كالتهديد والابتزاز.

غير أنه قد يصعب التحقق من عنصر الإكراه لاسيما في غياب آثار مادية تثبت عدم قبول الاتصال الجنسي كأثار ضرب أو جرح، وهو ما يضع القاضي أمام إشكال في التمييز بين الزنا والاختصاص إذا ما ادعت الزوجة سواء كان الأمر حقيقة أو قصد الإفلات من العقاب، الأمر الذي يحتم على القاضي بناء قناعته من خلال القرائن، المسألة التي دفعت الفقيه الفرنسي "فورنل" *fournel* لتصور القرائن التي يُستأنس بها لتحري وجود الاغتصاب والحكم بالبراءة، عن طريق معرفة مدى مصاحبة فعل الاتصال الجنسي لصراخ المرأة أثناء وقوع الفعل من عدمه؟ مدى استفاد المرأة لجميع سبل ووسائل المقاومة الممكنة وهل سدت في

¹ عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 70.

² عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 360.

³ أحمد حافظ نور، جريمة الزنى في القانون المصري والمقارن، مطبعة نهضة مصر، 1958، ص 169.

⁴ أحمد حافظ نور، ص 170.

وجهها سبل الهرب؟ وجود آثار اغتصاب في جسدها؟ هل تركت آثار وحشية على جسم المغتصب تدل على مقاومتها؟ فثبوت هذه القرائن أو بعضها سيغير من وصف الفعل الى اعتباره من أفعال الاغتصاب أو هتك العرض¹.

وجملة القول، هل هناك ما يدل على أن المرأة قد أكرهت فقاومت ولم تستسلم إلا بعد أن استنفدت ما تستطيع من مقاومة للهرب من الجريمة، لتعفى من العقاب، وتثبت جريمة الاغتصاب على غريمها، وإلا فهي ليست سوى مقاومة شكلية لا تمنع من إدانتها ومعاقبتها².

2- المساواة بين الزوجين من حيث المتابعة

بعد أن كرس قانون العقوبات الجزائري مساواة جنائية بين الزوجين بتجريمهما دون تمييز في حال ارتكب أحدهما لجريمة الزنا؛ سلك المشرع أيضا منهاجا تشريعا يقوم على المساواة في إجراءات مباشرة الدعوى العمومية، فقد علق صريح نص المادة 3/339 جريمة الزنا على شكوى الزوج المضرور ولم يفرق بين الزوج والزوجة في منحهما الحق في تقديم الشكوى، تأسيسا على الحق المتساوي في الاستئثار بالطرف الآخر وتحمل واجب الاخلاص الزوجي والمركز المتماثل لكلا الزوجين في تكوين الرابطة الزوجية.

فكمثيلاتها من الجرائم التي تدخل في نطاق الأسرة -والتي تعرضنا إليها سابقا- والتي قيد المشرع من حرية النيابة العامة وسلبها سلطة مباشرة التتبع، ولطبيعة الزنا ومعناها الضيق في قانون العقوبات الجزائري وحتى أغلب القوانين العربية؛ منح المشرع للزوج المغدور به فقط الحق في تحريك الدعوى العمومية، ومنحه سلطة ملائمة إقامة الدعوى من عدمها، نظرا لاتصال الحق المعتدى عليه في جريمة الزنا في نظر القانون بحق شخصي وعائلي أكثر من حق المجتمع، فقد يرغب الزوج أو الزوجة في التستر وحماية شرفه وشرف الأسرة لا سيما أمام الأولاد، مثلما قد يرى المجني عليه أن مصلحته تقضي بأن تبقى الجريمة سرا ولا يخرج نطاق العلم بها الزوجين والشريك، أو الحفاظ على الرابطة الزوجية التي يسعى القانون الجنائي لحمايتها.

¹ ذكر ذلك: أحمد حافظ نور، مرجع سابق، ص 167.

² أحمد محمد الشافعي، الشريعة الإسلامية والقانون المصري إزاء جريمة الزنا، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 1978، ص 168.

لذلك اشترط القانون صفة معينة في المجني عليه وجب توافرها وقت تقديم الشكوى فلا تقبل طبقاً للمادة 3/339 الشكوى عن جريمة الزنا سوى من الزوج المجني عليه، ولا تقدم من أي شخص آخر مهما كانت صلة القرابة التي تربطه به. فتعليق المشرع حق تحريك الدعوى العمومية على مشيئة الزوج المجني عليه وحده، ليرى ما إذا كانت مصالح العائلة التسامح والتغاضي عن ما بدر من الزوج الآخر لأجل دوام الوفاق، فإن باشرت النيابة العامة الدعوى وتجاوزت قيد الشكوى كانت كل إجراءاتها باطلة¹، كذلك يجب أن تتوفر الأهلية الاجرائية² فيمن يقدم الشكوى بأن تكون إرادته حرة وغير مكره، وأن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية³، وفي حال انعدامها فلا مانع من قيام ممثله القانوني بتقديم الشكوى نيابة عنه، حتى لا يكون زوج فاقد الأهلية في مأمن من العقاب⁴، أو يكون الأمر ذريعة لإطلاق هذا الزوج العنان للممارسات الجنسية والخيانة الزوجية مستغلاً وضعياً زوجه المجنون أو المعتوه.

فلو تم الطلاق قبل تقديم الشكوى انتفت صفة المجني عليه وسقط حقه فيها⁵، وفي المقابل لا يشترط الاستمرار في هذه الصفة إذ يكفي مجرد توافرها وقت تقديم الشكوى، ولا يؤثر الطلاق بعد تقديم الشكوى وتحريك الدعوى العمومية⁶.

أما بالنسبة للشريك في الزنا فإن حظه مرتبط من قبيل القياس بحظ الزوج أو الزوجة الزانية، ويتعين الانتظار حتى يباشر الزوج المجني عليه الحق في الشكوى، فلا يجوز كذلك حسب المادة 3/339 ق.ع للنيابة العامة أن تباشر الدعوى العمومية ضد الشريك، فجريمة الزنا واحدة والفضيحة المترتبة على إثارتها

¹ عزت مصطفى الدسوقي، قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1997 ص 283.

² أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط10، 2016، ص 791

³ محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، مرجع سابق، ص 275.

⁴ عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 75.

⁵ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد خلاف ذلك، في أن للمطلق دائماً حق تقديم الشكوى ضد مطلقته وطلب محاكمتها عن اقترافها لجريمة الزنا مادامت الجريمة لم تنقض بعد بسبب من أسباب الانقضاء المنصوص عليها في المادة 6 من ق.إ.ج، ومادامت لم تسقط بالتقادم المنصوص عليه في المادة 7 من نفس القانون، مستندا في ذلك إلى أمران: أوله؛ أن القانون اكتفى باشتراط توفر الرابطة الزوجية لقيام الجريمة، ولم يشترط توفرها لصحة تقديم الشكوى، وثانيه؛ أن الطلاق في نظره لا يحوّل الجريمة ولا يكن أن يكون وسيلة أو حيلة للإفلات من العقاب.

- عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 76-77.

⁶ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 791.

لا تتجزأ¹، إلا في حالة ما إذا كان الشريك نفسه متزوج فهنا يكون مصيره مرتبط أيضا بموقف زوجه في رفع الشكوى من عدمه.

ويثار التساؤل هنا حول أثر رضا الزوج وعلمه سلفا بالزنا على حقه في رفع الشكوى -أو تحريك الدعوى العمومية- فقد ترتكب الزوجة الزنا برضا زوجها أو العكس أو بتواطؤ بينهما؛ فقانون العقوبات الجزائري كمثلته من العديد من التشريعات المقارنة لم يورد أي نص يحسم المسألة، فقد تدرأ الزوجة أو الزوج الزاني شكوى قرينه على أساس ارتكاب الزنا برضاه وموافقته.

هذا الغياب التشريعي²، أدى بتباين الآراء الفقهية والقضائية حول المسألة، حيث يرى البعض أنه ما دامت جريمة الزنا ليست ضد الزوج وحده بل يتعدى الأمر كونها جريمة ضد الهيئة الاجتماعية، فالرضا هنا لا يمحو وصفها الجنائي ولا يمكن اعتبار ذلك إلا ضرفا مخففا للعقاب³، وهو ما ذهب إليه أغلب الفقه الفرنسي لنفس الأسباب فضلا عن كون رضا الزوج مقدما لا يبيح الفعل ولا يحرمه من حق الشكوى، وبالتالي لا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى من تلقاء نفسها⁴.

في حين، ذهب بعض الفقه الفرنسي عكس ذلك مع اختلافهم في الأسباب، فلأن الدعوى العمومية حسب الرأي الأول تنقضي على أساس أن الرضا اللاحق يعد سببا مسقطا لحقه في الشكوى، فمن باب أولى ألا تقبل الشكوى إذا كانت الجريمة قد تمت برضاه، بيد أن الفريق الثاني اعتبر من الرضا عفوا ضمني يمحو الجريمة⁵.

أما في القضاء المصري، فقد اعتبرت محكمة النقض أن رضا الزوج سبب في سقوط حق الزوج في الشكوى إذا كانت زوجته ترتكب الزنا بعلمه ورضاه، على أساس أن اشتراط الشكوى قصد به المحافظة على مصلحة العائلة وسمعتها وهو ما لا يتوافر في مثل هذه الحالة⁶، كما اعتبرت محكمة مصر الكلية أن

¹ أحمد فتحي سرو، مرجع السابق، ص 793.

² خلافا للقانون الإيطالي الذي عالج المسألة من خلال المادة 561 من القانون الصادر سنة 1930، وقررت عدم معاقبة الزوجة إذا كان الزوج قد أوزع لها أو حرضها على الفسق أو استفاد بأي طريقة من فعلها. ذكره: محمود محمود مصطفى، الاجراءات الجنائية، هامش الصفحة 74، وجندي عبد الملك، ج4، مرجع سابق، ص 74-75.

³ علاء زكي، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات جرائم الاعتداء على العرض: الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2013، ص 211/ جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص 74.

⁴ محمود محمود مصطفى، الاجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 73-74.

⁵ جندي عبد الملك، ج4، مرجع سابق، ص 74.

⁶ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 791.

سماع الزوج لزوجته بالزنا لأجل التكسب من وراء ذلك يجعل منه زوجا شكلا لا حقيقة، لأنه فرط في أهم حق من حقوقه وهو اختصاص الزوج بزوجته، ولا يقبل منه كزوج أن يطالب بمحاكمة زوجته أو أحد شركائها، معتبرة إياها في حكم المرأة غير المتزوجة، وإلا كان هذا الحق متروكا لأهواء الزوج يتخذه وسيلة لسلب أموال الزوجة وشركائها عن طريق تهديدهم بالفضيحة¹.

ويذهب الأستاذ محمود محمود مصطفى في تعليقه على الحكم السابق إلى نقيض ذلك، ويعتبر أن هذا القضاء يفقر إلى سند قانوني، فهل اعتبر الحكم رضا المجني عليه ركنا في جريمة الزنا أو مبيحا للزنا، ويضيف قائلا:

" ولعل الصحيح أن رضاء المجني عليه لا يمنع من قيام جريمة الزنا، بمعنى أن عدم الرضاء لا يعد ركنا فيها، كذلك لا يعتبر الرضا سببا لإباحة الزنا، لأن المصلحة العامة في صيانة الحقوق الزوجية تعلق على المصلحة الخاصة للزوج المجني عليه، إذ تتصل بصيانة الأسرة وهي نواة المجتمع، وإذا كان القانون يعلق رفع الدعوى في الزنا على إرادة الزوج المجني عليه فمرد ذلك إلى أن مصلحة الأسرة نفسها قد تقتضي عدم رفع الدعوى فترك للزوج تقدير هذه المصلحة، وليس في القانون المصري ما يحرم الزوج المجني عليه من الشكوى إذا كان رضي بالزنا عند وقوعه"².

وبما أن جريمة الزنا من الجرائم المتوقفة على شكوى فللزوج المجني عليه التنازل عن شكواه والصفح عن قرينه الزاني ووقف السير في الدعوى وإنهائها بقوة القانون، حتى ولو طلب الزوج الجاني الاستمرار فيها قصد إثبات براءته، طالما أن الشكوى كانت شرطا لازما للمتابعة طبقا للمادة 3/6 من قانون الإجراءات الجزائية، ولم تنتهي بصدور حكم نهائي يفصل في الدعوى الذي ينهي بدوره على الحق في التنازل لأجل وقف تنفيذ العقاب أو الحكم القضائي.

3- خضوع الزوجين لنفس قواعد إثبات الزنا

أخذ المشرع في المادة 341 من قانون العقوبات بنظام الأدلة القانونية، بحيث حصرت هذه المادة إثبات جريمة الزنا بوسائل لا يجوز للقاضي الخروج عنها خلافا للمبدأ الأصل في القانون الجزائري القائم على حرية الإثبات³، فتتص القواعد العامة في الإثبات الجنائي بجواز إثبات جميع الجرائم بجميع الوسائل والطرق القانونية.

¹ محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 74

² المرجع نفسه والصفحة.

³ عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر طبعة 2004، ص 38.

فحرية القاضي الجنائي في الإثبات، تقتضي عدم وجود نص جنائي مسبق يحصر ويحدد أدلة وطرق الإثبات التي ينبغي للقاضي الاعتداد بها¹.

ويرجع اشتراط ذلك إلى الاعتراف بخصوصية جريمة الزنا وطبيعتها التي تفرض عدم إخضاعها لقواعد الإثبات العامة²، القائمة على أساس حرية القاضي في تكوين قناعته من أي دليل إثبات يعترف به القانون، بل إن قناعته لا بد أن تكتمل عن طريق تلك الوسائل حصرا ولو اقتنع بغيرها.

إن تقييد وسائل الإثبات في جريمة الزنا والتشدد فيه ليس بالأمر المستحدث³، فالشريعة الإسلامية أقرت هذا المبدأ وتشددت في إثبات الزنا ووضعت لكل طريق من طرق الإثبات شروطا وأحكاما لحكمة الستر المندوب شرعا، فضلا عن شدة العقوبة المقررة على الزنا في الشريعة الإسلامية التي تستدعي التشدد في الإثبات كي لا يقتل إنسان أو يجلد جزافا وتذهب كرامته وسمعته⁴.

كما أن المشرع حين حدد وسائل الإثبات في جريمة زنا الأزواج؛ أقر بتطبيق تلك الأحكام وتشدد فيها في كل الأحوال، وعند إثبات هذه الجريمة عند ارتكابها سواء من الزوج أو الزوجة دون أن يميل لأي من الجنسين خاصة الرجل عن طريق تخفيف ذلك التشدد والتساهل في إثبات زنا الزوجة، وهو ما يتناسب مع مبدأ المساواة بين الناس في الخضوع للنص الجنائي مثلما أقرت ذلك الشريعة الإسلامية في المساواة بين الناس في الخضوع لنصوص التحريم والتجريم ونذكر هنا بالأخص نصوص إثبات جريمة الزنا.

إن مساواة المشرع الجزائري في قواعد إثبات جريمة الزنا مواصلة للمساواة بين الزوجين ومنه الرجل والمرأة وخضوعهما لنفس الأحكام دون تمييز؛ يعد تكريسا لحقيقة عدم وجود فوارق إنسانية وفوارق في الالتزام الأخلاقي المفروض على الجنسين، فليس من العدالة التفريق بين المرأة والرجل حول واجب الالتزام الأخلاقي عموما وواجب الإخلاص الزوجي على وجه الخصوص.

هذا الحكم الذي أقره قانون العقوبات الجزائري لا يعد منهجا تشريعيا موحدا في التشريعات العربية، حيث كرست بعض القوانين العقابية العربية تفرقة واضحة بين الزوجين، كالتشريع المصري الذي اشترط

¹ جريمة محروق، الحماية الجنائية للأسرة على ضوء أحدث التعديلات في التشريع العقابي الجزائري والمقارن، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2020، ص 45.

² عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 79.

³ عمار عبد الواحد عمار الداودي، مرجع سابق، ص 789.

⁴ خلود سامي آل معجون، إثبات جريمة الزنا بين الشريعة والقانون، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1412هـ/1992م، ص 782.

لقيام زنا الزوج أن يقع فعل الزنا في بيت الزوجية دون أن يشترط ذلك في زنا الزوجة¹، بحيث تعتبر الجريمة واقعة في أي مكان وقعت فيه، وهو ما سينعكس بالضرورة على قواعد الإثبات في جريمة الزنا وعدالتها بحيث يتطلب القانون أن إثبات وقوع زنا الزوج يكون حصرا في منزل الزوجية، وإذا وقع خارجه فلا جدوى إذن من البحث لإثبات الجريمة.

كما أن هذه التفرقة ينقصها السند من زاوية المنطق القانوني والسياسة التشريعية، مما يجعل هذا الحكم ليس سوى محاباة للرجل على حساب المرأة، وهو أمر مخالف أيضا للشريعة الإسلامية التي تجرم زنا الزوجين أيا كان محل ارتكابها، مثلما أنه إعدام للجريمة من أساسها بالنسبة للرجل مادام يعلم أن زناه خارج منزل الزوجية لا عقاب عليه، كما أنه لا يتسق مع علة تجريم الزنا في حماية الحقوق الزوجية وواجب الإخلاص²، وحماية حق الزوجة في إخلاص زوجها لها، كان يقتضي تجريم زنا الزوج أيا كان مكان ارتكابه³، فواجب الإخلاص لا يتقيد بمكان أو بزمان معين مثلما أنه يشجع الرجل على الزنا.

وبالرجوع إلى قواعد إثبات جريمة الزنا في القانون الجزائري، فقد أكدت المحكمة العليا أن جريمة الزنا لا تثبت إلا بالطرق التي أوردتها المادة 341 على سبيل الحصر ولا يجوز للقاضي القياس عليها، لذلك نقضت الأحكام التي بنيت على قرائن لم تنص عليها المادة 341⁴.

هذا التشدد من المشرع لا يقتصر مقصده فقط في حماية الرابطة الزوجية من أن تنهار بمجرد الشك أو الوهم، بل إن مجرد وجود شكوى مودعة لدى النيابة العامة من طرف أحد الزوجين ضد الآخر يتهمه بارتكاب الزنا كاف ليهدم أواصر الأسرة والرابطة الزوجية لا سيما إن كانت الشكوى ضد المرأة، فالمقصد الرئيسي من هذا الحصر والتشدد في قواعد إثبات جريمة الزنا في نظرنا هو شدة وقع الفضيحة إذا ثبتت على أحد الأزواج ونظرة عائلة وأولاد الزوج المشتكى منه إن وجدوا، وأثره على مستقبله وإمكانية ارتباطه بزواج آخر، وهو ما يتناسب مع مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على العرض والشرف والتستر، وحتى

¹ المركز المصري لحقوق المرأة، حماية المرأة في قانون العقوبات، مراجعة إيهاب ناجي، المركز المصري لحقوق المرأة، القاهرة، ط2، 2006، ص 51.

² أنظر: أحمد أبو العينين، مرجع سابق، ص 1275-1277.

³ عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1989، ص 31.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 443709، قرار بتاريخ 2009/06/24، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2010، ص 336.

من حيث العقاب المسلط على الزوج إذا ثبتت الزنا، وإن كانت حدّته في القانون مخالفة لما هو مقرر في الشريعة.

كما نشير هنا الى أن حصر المشرع لإثبات جريمة الزنا، أو بعبارة أخرى إثبات الاتصال الجنسي بالطرق المحددة في المادة 341 من ق.ع يحمل بعض الخصوصية عن طرق الإثبات في القواعد العامة، وهو ما سنبيّنه في النقاط التالية:

- **فبالنسبة لحالة التلبس:** الذي يعد دليل الإثبات الأول الذي أورده المادة 341، فهو يختلف عن التلبس بمعناه الواسع في الإثبات الجنائي، فمن المقرر فقها وقانونا أنه لا يشترط في التلبس أن يُشاهد الزوج الجاني حال ارتكابه الزنا بالفعل، أو بعد ارتكابها بفترة وجيزة طبقاً للأحكام العامة للتلبس الواردة في المادة 41 من ق.إ.ج، لذا فإنه يكفي أن يُشاهد الزوج وشريكه في ظروف لا تدع مجالاً للشك ولا تنافي العقل في ارتكاب الفعل الجنسي المكون للزنا¹، ويتبع ذلك تحرير محضر قضائي من طرف رجال الشرطة القضائية تثبت فيه وقائع حالة التلبس.

غير أنه لا يمكن للرجال الشرطة القضائية توقيف المتهم أو القبض عليه إلا بناءً على شكوى مسبقة من الزوج المجني، لذا فإن سلطة رجال الشرطة القضائية تقتصر على تحرير محضر يتضمن وقائع التلبس أو يصور ما رآه من الأوضاع التي وجد فيها الزوج وشريكه.

- **ومن حيث الإقرار القضائي:** فهو اعتراف المتهم على نفسه في مجلس القضاء، إقراراً صادراً عن إرادة حرة بصحة التهمة المنسدة إليه²، كما يشمل أيضاً الاعتراف أمام قاضي التحقيق في محضر الاستجواب الأول، وكذا أمام وكيل الجمهورية، ويأخذ به القاضي كدليل إثبات للزنا متى كان صحيحاً طبقاً للقانون، إذا

¹ تنص المادة 41 من ق.إ.ج على أنه "توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها"، وتضيف الفقرة 2 من نفس المادة "كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبساً بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب جداً من وقت وقوع الجريمة قد تبعه العامة بصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة".

أنظر أيضاً: جندي عبد الملك، ج4، مرجع سابق، ص 109-110 / المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، قرار رقم 1191251، مؤرخ في 2018/01/25، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة العليا، <http://www.coursupreme.dz> على الرابط التالي: <https://bit.ly/3bSxuLn>

² محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1، 1985، ص 193.

ما تم وفقا لمحضر رسمي يوقع عليه المتهم وأمين ضبط النيابة ووكيل الجمهورية¹، حتى وإن لم يضبط المتهم متلبسا بالجريمة، أما الاعتراف الواقع خارج مجلس القضاء أو أمام جهة قضائية بشروطه، فلا يصح قانونا الاستناد إليه لإثبات جريمة الزنا.

إلا أن السؤال المثار هنا يدور حالة وضعية الشريك في حالة الإقرار القضائي، فهل يمتد أثره الى الشريك في الزنا أم يقتصر أثره على الفاعل الأصلي أي الزوج المجني المقر بالزنا؟

فإذا رجعنا إلى القواعد العامة نجد بأن الاعتراف بالزنا يقتصر على المقر بها وحده ولا يمتد ذلك لشريكه²، أما إذا اعتبرنا أن الإقرار بالزنا يعد وسيلة إثبات محددة بموجب المادة 341 ولا تخضع للإقرار كوسيلة إثبات في المواد الجزائية في القواعد العامة، فيكون الإقرار هنا وسيلة إثبات للجريمة ككل دون تجزئة، طالما أن القانون لم يتكلم عن قواعد إثبات خاصة بالشريك والزوج الجاني على حدة.

في حين أنه إذا ما رجعنا إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الاعتراف بالزنا لا يمتد مطلقا إلى الشريك ولا يكون حجة عليه مالم يكن هنالك أربعة شهود لإثبات الزنا، بل إن المقر إذا لم يأتي بأربعة شهداء طبق عليه حد القذف وإن كان محصنا...

- وبخصوص الإقرار الوارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم: فخلافا للإقرار المذكور أعلاه والذي يكون على شكل اعتراف شفهي من الزوج الجاني؛ يصح إثبات جريمة الزنا باعتراف المتهم الوارد في الرسائل المحررة بخط يده ولا مانع قانونا من أن تشمل الرسائل المحررة الكترونيا لا سيما مع تضائل استخدام الرسائل المكتوبة بخط اليد في ظل شيوع الرسائل الالكترونية في الوقت الراهن، وعليه فإن أي رسالة غير صادرة عن المتهم شخصيا لا يصح أن يؤخذ بها، مثلما يشمل الإقرار الكتابي كل المستندات أو المحررات التي يتصور أن تصدر عن المتهم وتكون دالة على حصول فعل الزنا.

وبما أن المادة 341 اشترطت صراحة أن يكون هذا الإقرار وارد في رسالة أو مستند، فإن القياس على ذلك يعد إجراء باطلاً على الرغم من قوة حجية بعض الوسائل الأخرى المشابهة كالصور الفوتوغرافية أو التسجيلات المرئية (الفيديو) ولو كانت على شكل رسائل للمتهم فلا يجوز الاستدلال بها.

وإلى هذا المبدأ أعلاه سارت المحكمة العليا، حيث قضت بأن شريط الفيديو لا يعتبر دليلا من أدلة إثبات الزنا تأسيسا على أن شريط الفيديو لا يعد من الدلائل المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 136.

² عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 83.

341 من قانون العقوبات¹، أي أنه لا يمكن قياسها على الرسائل والمستندات ولو كان الفيديو مسجلا من طرف الزوج الجاني أو حتى مرسلًا لشريكه. وإن كانت تشدنا بعض الآراء الفقهية التي تعتبر الصور وأشرطة الفيديو التي تجمع بين كل من الشريك والزوجة في وضع الزنا دليلا على التلبس بالزنا بعد تأكد المحكمة من صحتها وسلامتها عن طريق الاستعانة بتقارير الخبرة، على أساس أن الصور إذا كانت تدل بذاتها على الفعل الممنوع تعتبر في الواقع دليلا على التلبس بالجريمة².

4- المساواة بين الزوجين من حيث العقاب على جريمة الزنا

كان قانون العقوبات الجزائري قبل تعديله سنة 1982 يقر تمييزا غير مبرر بين عقوبة المرأة والرجل في جريمة الزنا، بإقرار عقوبة أشد على المرأة من العقوبة المقررة للرجل وهو حكم جزائي تمييزي يتنافى مع العدالة، ليلتحق بعد تعديل 1982/02/13 بركب القوانين التي تساوي بين عقوبة الزوج والزوجة في حالة ارتكابهم لجريمة الزنا أو الخيانة الزوجية كقانون العقوبات المغربي في مادته 491، فضلا على أن الحكم صار يتناسب مع اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة التي تقضي بإلغاء الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزا ضد المرأة في مادتها 2/8.

وبعد أن كانت المادة 339 من قانون العقوبات الصادرة بموجب الأمر 156/66 تعاقب على جريمة زنا الزوجة بضعف العقوبة المقررة لجريمة زنا الزوج³، صارت المادة 339 من قانون العقوبات الحالي تنص "بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته".

ويمكن القول أن قانون العقوبات الجزائري يعد نموذجا تشريعيًا في تحقيق المساواة في العقاب على جريمة الزنا؛ فإذا كان قانون العقوبات المغربي يقر بالمساواة العقابية في هذا الصدد، إلا أنه ميز بين الزوجين بمنح النيابة العامة حرية تحريك الدعوى العمومية بصفة تلقائية ضد الزوجة إذا كان الزوج خارج المغرب دون انتظار شكوى الزوج وهو ما أورده الفقرة الأخيرة من الفصل 491، مثلما يورد قانون العقوبات

¹ المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 443709 قرار بتاريخ 2009/06/24، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2010، ص 336.

² أنظر: أحمد حافظ نور، مرجع سابق، ص 317.

³ كانت المادة تعاقب الزوج المرتكب لجريمة الزنا بالسجن من 6 أشهر إلى سنة والزوجة من سنة إلى سنتين.

العراقي تمييزاً في نطاق التجريم باشتراط وقوع زنا الزوج في منزل الزوجية في حين لا يشمل هذا الشرط زنا الزوجة إذ تقوم الجريمة في حقها في أي مكان وقعت فيه بعد أن ساوى في العقوبة المقررة¹.

ويلاحظ أن بعض القوانين العربية لا تزال تميز بين الرجل والمرأة في عقوبة الزنا عن طريق إقرار عقوبة أشد في حق المرأة-الزوجة- لارتكاب الجريمة نفسها، حيث تعاقب المادة 274 من قانون العقوبات المصري المرأة المتزوجة التي ثبت زناها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وفي نفس الحين تعاقب المادة 277 الزوج الزاني بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر مع شرط وقوع الزنا في بيت الزوجية.

ولقد تم تعليل وتبرير هذا التمييز والتفاضل في العقوبة، على أساسات مختلفة وهي²:

- أن زنا الزوجة أشد خطورة من زنا الزوج، لأن الزوجة لا تخطئ إلا إذا استسلمت نهائياً إلى عشيقها وضحت في سبيله بزوجها وأبنائها، نقيض الزوج الذي يخطأ بالزنا في صورة عارضة لا تعني تخليه عن زوجته وأبنائه.

- أيضاً أن زنا الزوجة يدخل الشك في نسب أبنائها أما زنا الزوج فلا يترتب عليه مثل هذا الأثر.

- إن الرأي العام يحقر زوج الزانية ويصفه بالغفلة في حين لا يحقر زوجة الزاني، بل قد يحيطها بعطفه.

كل هذه الاعتبارات كانت محل انتقاد للمشرع المصري فهي غير مقنعة لأسباب واضحة فزنا الزوج العارض يمهد لجرائم تالية تؤدي في النهاية إلى انهيار الأسرة³، كما أن الزوج سيدخل الشك في نسب أولاد

¹ المادة 377 من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969، قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته، ط 8، إعداد صلاح صادق جعفر، المكتبة الوطنية، بغداد، 2005، ص 110.

² أنظر: معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة وجرائم هتك العرض، الإسكندرية، دون طبعة، 1983، ص 385-386 / المركز المصري لحقوق المرأة، حماية المرأة في قانون العقوبات، مراجعة إيهاب ناجي، مرجع سابق، ص 51-52.

³ معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 386.

- ونشير هنا إلى أنه قد تم الطعن في عدم دستورية التفاوت والتفرقة في العقاب على جريمة الزنا أدى بالطعن في عدم دستورية المواد 277 و 274 من قانون العقوبات أمام المحكمة الدستورية العليا لخرقها المادة 40 من الدستور المصري التي تكفل المساواة بين المواطنين. أنظر: إبراهيم قاسم، استمرار تأجيل نظر دعوى عدم دستورية عقوبات الزنا لـ 10 مايو إدارياً، منشور بموقع جريدة اليوم السابع بتاريخ الإثنين، 13 أبريل 2020 الساعة 4:43، على الرابط التالي:

<https://www.youm7.com/story/2020/4/13-10-الزنا-عقوبات-دعوى-عدم-دستورية-استمرار-تأجيل-نظر-دعوى-عدم-دستورية-عقوبات-الزنا-ل-10-أبريل-2020-الساعة-4:43>
مايو/4723223

من يزني معها بما سيؤدي إلى اختلاط الأنساب وإهدار مقاصد حفظ النسب، وينهدم بذلك المبرر القائم على أن زنا الزوج لا يدخل الشك في النسب.

الفرع الثاني

المساواة في إقرار عذر الاستفزاز

لا يعد القانون الجنائي بصفة أصلية بالبواعث في مجال التجريم من حيث تأثيرها على درجة العقاب، إلا في حالات استثنائية قضت بحكمة المشرع الاعتراف بالباعث على الجريمة مثلما هو الحال في الزوج الذي يقتل زوجه حال تلبسه بالزنا وهو ما يعرف بعذر الاستفزاز¹، الذي تعتبره لجان حقوق الانسان والمرأة من أشكال التمييز والانتهاك لحقوق المرأة، لدخوله ضمن طائفة القتل بدافع الشرف الذي تكون ضحيته غالبا المرأة حسب تقديرهم.

أولاً: المواقف الفقهية والقانونية تجاه عذر الاستفزاز

تعتبر مسألة إقرار تخفيف العقاب عن قتل أحد الزوجين لآخر حال التلبس بالزنا بناءً على استفزاز خطير يلحق بمشاعره من المسائل التي أثارت الجدل واختلاف في الآراء حولها، لاسيما بخصوص القوانين التي تخصصه للزوج دون الزوجة، إذ يصنف مثل هذا الحكم في خانة التمييز بين الرجل والمرأة دون إيراد اعتبارات مقنعة لهذا التمييز.

ويدخل عذر الاستفزاز حال التلبس بالزنا ضمن طائفة الأعذار المخففة للعقاب والتي تعرف على أنها "حالات حصرها المشرع وبين أحكامها بنصوص خاصة، ويترتب عليها وجوب تخفيف العقوبة في الحدود التي يبينها النص متى ثبت قيامها"²، وفي المقابل تضعه بعض التشريعات الوضعية في خانة أسباب الإباحة وليس مجرد ظرف مخفف للعقاب³، مثلما أجمع الفقه الإسلامي على عدم وجوب القصاص على من يقتل زوجته حال التلبس بالزنا إذا أثبت ذلك عن طريق البينة.

¹ محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2015، ص 98-99.

² أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2003، ص 730

³ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 154-164.

1- موقف الشريعة الإسلامية من عذر الاستفزاز

ناقش الفقهاء المسلمون مسألة قتل الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا والتي تدخل ضمن مفهوم القتل بدافع الشرف الذي يقع على الفور تزامناً مع حالة التلبس بالزنا ويلحقون النساء المحارم بهذه الحالة، كما أنهم لم يناقشوا حالة قتل المرأة زوجها إذا وجدته يزني ولم يتكلموا بشأنها.

كما بحث الفقهاء¹، هذه المسألة تحت عناوين مختلفة فأوردوا بعضها تحت عنوان دفع الصائل وبحثها آخرون في باب اللعان وفريق في باب التعزير، وفي باب الرجل يجد رجلاً مع امرأته فيقتله أو يقتلها، وأجمعوا على سقوط القصاص عن الزوج إذا أقام البينة²، والبينة هي إثبات الزنا بشهادة أربعة شهود عدول يشهدون على وقوعها.

ومن بين ما يستدل به في سقوط القصاص والدية ما روي عن عمر رضي الله عنه "بينما هو يتعدى يوماً، إذ أقبل رجل يعدو، ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم، فجاء حتى قعد مع عمر، فجعل يأكل، وأقبل جماعة من الناس، فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته، فقال عمر: ما يقول هؤلاء؟ قال: ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف، فإن كان بينهما أحد فقد قتله، فقال لهم عمر: ما يقول؟ قالوا ضرب بسيفه، فقطع فخذي امرأته، فأصاب وسط الرجل، فقطعه باثنين، فقال عمر: إن عادوا فعد"³. غير أنهم اختلفوا في حال عدم وجود البينة، فيذهب الجمهور إلا عدم قبول مزاعم الرجل الذي يجد زوجته متلبسة بالزنا ويقتلها أو شريكها المحصن ويلزمه القصاص مالم تقم البينة أو يعترف بذلك ورثة القتيل، وهو مذهب علي رضي الله عنه لما روي عن أبو هريرة، «أن سعدا قال: يا رسول الله، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً، أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : نعم»⁴،

¹ أنظر أقوال الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في هذه المسألة ذكرها مجملته: عبد الكريم زيدان، المفصل...، ج5، مرجع سابق، ص 140 إلى 144.

² ذياب عبد الكريم عقل وعبد الرحيم محمود دراغمة، جرائم الدفاع عن الشرف في حال التلبس بالزنا في الشريعة الإسلامية مقارنة بقانون العقوبات الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مج 5، ع 2، 2009، ص 302.

³ ابن قدامة، المغني، ج 9، مرجع سابق، ص 184.

⁴ أنظر في ذلك: أبو بكر أحمد البيهقي، معرفة السنن والآثار، ج 13، دار الوفاء، القاهرة، ط1، 1411هـ/ 1991م، ص 74-75.

وذهب بعضهم إلى "أنه يكفي في ذلك وجود شاهدان؛ لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة، وهذا يثبت بشاهدين، وإنما الذي يحتاج إلى الأربعة الزنى، وهذا لا يحتاج إلى إثبات الزنى"¹.

وذهب ابن القاسم من المالكية إلى أنه إذا قامت البينة فالمحصن وغير المحصن سواء²، وهو اختيار ابن تيمية في الذهاب إلى عدم التفريق بين الشريك المحصن وغير المحصن، ويرى جواز قتل الزوجة والشريك دون أن يسقط القصاص في حال انعدام البينة، حيث يقول "من رأى رجلاً يفجر بأهله جاز له قتلها فيما بينه وبين الله تعالى، وسواء كان الفاجر محصناً أو غير محصن، معروفاً بذلك أم لا؛ كما دلّ عليه كلام الأصحاب وفتاوى الصحابة، وليس هذا من باب دفع الصائل كما ظنه بعضهم، بل هو من عقوبة المعتدين المؤذنين"³.

أما ما يستدل به البعض في أن الحنفية يرون سقوط القصاص ولو مع انعدام البينة، فإن ذلك يفنده قول ابن عابدين بقوله أن "حاصله أنه يحل ديانة لا قضاء فلا يصدق القاضي إلا ببينة"⁴، ويحقق ابن القيم في الاستدلال بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً يقتله فتقتلونه به) أنه دليل على أن من قتل رجلاً في داره، وادعى أنه وجد مع امرأته أو حريمه، قُتل فيه ولا يُقبل قوله، إذ لو قُبِلَ قوله، للأهدرت الدماء، وكان كل من أراد قتل رجل أدخله داره، وادعى أنه وجد مع امرأته، وذكر أنه ينبغي التفريق هنا بين جواز قتله فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل قوله في ظاهر الحكم أم لا، ليزول الإشكال، وبين ما ذكر عن عمر رضي الله عنه أن إسقاط القصاص كان باعتراف الولي⁵.

كما أن هذه الحالة من اكتشاف الرجل لزوجته بإتيان الزنا تعد حالة خاصة كون الزوج هو الشاهد الوحيد وهو ما حدث في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حين جاءه رجل فقال: "لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم به جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت على غيظ فقال "اللهم افتح" وجعل يدعو، فنزلت

¹ ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع سابق، ص 184

² أنظر: يسري السيد محمد، جامع الفقه، ج6، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1421هـ/2001م، ص 46.

³ أحمد ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 5، مرجع سابق، ص 522-523.

⁴ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج6، ص 109.

⁵ ابن القيم، زاد المعاد، ج 5، مرجع سابق، ص 368.

آية اللعان {والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم}¹، وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل قذف امرأته "البينة أو حدٌ في ظهرك"، ثم نزلت آية اللعان².

ويستفاد من ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر كلام الزوج قذف لزوجته ويستوجب تطبيق حد القذف لعدم توافر نصاب الشهادة في الزنا³، لذلك نزلت آية اللعان؛ لذا يستفاد أيضا أن قتل الزوج للزوجة الزانية أو شريكها يؤدي إلى تطبيق القصاص، فقد يكون الدافع هو الكراهية⁴، أو مثلما ذكر ابن القيم في اتخاذ ذلك ذريعة في من أراد قتل رجل أدخله داره، وادعى أنه وجده مع امرأته، لذلك كان حكم الرسول صلى الله عليه وسلم قبل نزول آية اللعان، بخصوص سؤال الرجل إن وجد مع امرأته رجلا، أيمهله حتى يأتي بأربعة شهداء فكان جوابه صلى الله عليه وسلم بنعم⁵.

2- الموقف القانوني والدولي من عذر الاستفزاز في جريمة الزنا

عذر الاستفزاز في جريمة الزنا إن كان موجودا في أغلب القوانين العقابية الوضعية إلا أن تنظيمه يختلف بينها؛ فاعتبرته معظمها عذرا مخففا للعقاب كالقانون الجزائري في المادة 279 والمصري (م 237) والعراقي (م 409)، واعتبرته طائفة أخرى سببا معفيا من العقاب ضمن أسباب الإباحة كالقانون السوري (م 547) والأردني قبل تعديل المادة 340.

ومثلما جعل المشرع الجزائري من نهج المساواة أساسا في نطاق التجريم والعقاب بين الزوجين في جريمة الزنا؛ ساوى المشرع كذلك من خلال المادة 279 من ق.ع باستفادة كل من الزوج والزوجة من العذر المخفف للعقاب في حالة قتل الزوج لقرينه أو شريكه في حالة مفاجئتهما بالتلبس بالزنا بنصها صراحة على "أحد الزوجين..."، ووافق هذا النهج المشرع المغربي وألغى في المقابل المشرع التونسي هذا العذر تماما من قانون العقوبات⁶.

¹ أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، مرجع سابق، كتاب الطلاق، حديث رقم 2253، ص 475.

² صحيح البخاري، مرجع سابق، ج2، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، حديث رقم 2671، ص 178.

³ شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد، دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون والاجتماع، دار القلم، باريس، ط1، 2001، ص 219.

⁴ شيماء الصراف، ص 219.

⁵ أنظر: محمد يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، ج 4، مرجع سابق، ص 163-164.

⁶ كان الفصل 378 من قانون الجنائيات لسنة 1806 على أنه " من وجد رجلا بداره مع امرته أو محرمة متطوعين فقتلها معا في بيت واحد أو فراش واحد وقامت القرائن على ما ادعاه القاتل فدم الميتين هدر وإن لم تقم القرائن دفع القاتل ديمتهما

وخلافا لموقف القانون الجزائري، عمدت العديد من القوانين العربية إلى خرق مبدأ المساواة الجنائية بحرمان الزوجة من الاستفادة من عذر الاستفزاز بالزنا وجعلته خاصا بالزوج كقانون العقوبات المصري الذي لم يجعل من الاستفزاز عذرا قانونيا مخففا إلا في حالة مفاجأة الزوجة متلبسة بجريمة الزنا ونص في مادته 237 على "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 و236".

كما ذهب بعض القوانين إلى أبعد من ذلك بشمول عذر الاستفزاز الرجل الذي يقتل إحدى أصوله أو فروعه أو أخته عند مفاجئتهم بالتلبس بالزنا، مثل قانون العقوبات السوري في المادة 548¹ وقانون العقوبات اللبناني في المادة 2562² قبل الغائها سنة 1999، والتي كانت إحدى أهم المواد التي ناضلت الحركات النسوية لأجل إلغائها لكونها مسوغة لقتل النساء³.

إن حالة الاستفزاز في الزنا بلا شك هي من أشد أشكال الاستفزاز، فالعلة التي ارتكزت عليها القوانين العقابية في تخفيف أو إسقاط العقاب عن الزوج في حالة قتله لزوجته أو شريكها عند مفاجئتهما بالزنا؛ هي الاستفزاز الذي يعاني منه الزوج حينما يفاجأ بمن يلثم شرفه وشرف أسرته وينال من كرامته ويصبح في حالة ثورة من الغضب المطبق يفقده السيطرة على نفسه، لذا فسبب الإغفاء أو التخفيف مرده إلى صفة الجاني وحالته النفسية أثناء تفاجأه بوقوع القتل⁴، ولقد ذهبت إحدى المحاكم في الولايات المتحدة حين كان قانون ولاية تكساس يقر بعذر الاستفزاز لصالح الزوج إذا قتل شريك زوجته، إلى أن السبب أو العلة في القانون ليست انتقامية، واعتبرته أمراً إنسانياً، وأن القانون يعترف بالعاطفة التي لا يمكن التحكم فيها والتي

لوجودهما ميتين في الفراش أو في البيت". ذكر ذلك: عبادة الكافي، المجلة الجزائرية معلق عليها، مطابع سبانكت، تونس، ط2، 2016، ص 440.

¹ تنص المادة على أنه " يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو اخته في جرم الزنا المشهود أو في صلات جنسية فحشاء مع شخص آخر فأقدم على قتلها أو إيذاءها أو على قتل أو إيذاء أحدهما بغير عمد"
² كانت المادة تنص على أنه " يستفيد من العذر المخفف من فاجأ زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو اخته في جرم الزنى المشهود أو في حالة الجماع غير المشروع فأقدم على قتل أحدهما أو إيذائه بغير عمد. يستفيد مرتكب القتل أو الأذى من العذر المخفف إذا فاجأ زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو اخته في حالة مريبة مع آخر". قانون العقوبات اللبناني رقم 340 المعدل والمتمم منشور على الموقع: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/Law.aspx?lawId=244611>

³ أنظر: رنده فخري العون، مرجع سابق، ص 36.

⁴ عماد محمد ربيع وغالب علي الداودي، حكمة المشرع في منح الإغفاء للزوج إذا قتل زوجته حال تلبسه بالزنا: دراسة مقارنة، مجلة الآداب، جامعة بغداد، كلية الآداب، ع48، 2000، ص 247.

تمتلك الرجل عندما يواجه العار، والرجل الذي يقتل في ظل هذه الظروف يسقط عنه العقاب لأنه تصرف بشكل طبيعي وإنساني¹.

ويمكن القول بأن القوانين التي تشترط للاستفادة من العذر المخفف أن يكون الفاعل رجلاً هي تفرقة غير مقبولة، ولعلها قد راعت الأعراف الاجتماعية التي تقضي بأن الدفاع عن العرض والشرف لا يقع إلا عاتق الرجل²، واندفاعية الرجل مقارنة بالمرأة، وكذا التأثير بالأعراف الفاسدة التي ترى من زنا الرجل أمراً يمكن التغاضي عنه، فضلاً عن إهمال شعور الزوجة بالإهانة وألم الخيانة والاستفزاز خاصة إذا وقع الفعل مع صديقة أو قريبة للزوجة، الأمر الذي يقتضي المساواة وإلغاء التفرقة في المعاملة تطبيقاً للعدالة.

كما أن الفكرة التي تقف وراء هذا التمييز تحمل بعداً تاريخياً باعتبار المرأة ملكية للرجل بعقد الزواج والعار الذي تلحقه به لا يغسله إلا الدم ولا يدفعه إلا قتلها، لذا يصنفه البعض على أنه تصريح بالقتل منحه القانون للرجل خاصة في القوانين التي وسعت من نطاق العذر ليشمل النساء المحارم³، وتجد أصلها في القانون الروماني حين كانت المساواة منعدمة بين المرأة وزوجها، فكانت الزنا تبعا لذلك لا تقوم سوى ضد الزوجة⁴.

ولقد أعربت لجان حقوق الإنسان المنشئة بموجب المعاهدات عن قلقها من تقنين عذر الاستفزاز لكونه انتهاكاً لحقوق المرأة في قانون العقوبات، ومن الأحكام التي تقنن للعنف ضد المرأة وقتلها بدافع الشرف، مثلما عارضت مسألة استخدام حماية الشرف كدفاع في قضايا العنف ضد المرأة وما يتصل بذلك من تخفيف العقوبة⁵.

وأوصت لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة في التوصية العامة رقم 19 بسن تشريعات لإبطال الاعتداء بدافع الشرف على إحدى أفراد الأسرة الإناث أو قتلها⁶، كما أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة بناءً على دراسات معمقة متعلقة بالجرائم المرتكبة باسم الشرف إلى ضرورة القضاء على هذه الجرائم

¹ Jeremy D Weinstein D. Adultery, Law, and the State: A History. Hastings LJ, 1986, vol. 38, no 1, p 235-236.

² حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة 1987، ص 206.

³ شيماء الصراف، مرجع سابق، ص 219.

⁴ جندي عبد الملك، ج4، مرجع سابق، ص 64.

⁵ الأمم المتحدة، الدورة 61 للجمعية العامة، البند 60 (أ) من جدول الأعمال المؤقت بعنوان النهوض بالمرأة، دراسة متعمقة بشأن جميع أشكال العنف ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة A/61/122/Add.1، جويلية 2006، ص 106.

⁶ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الحادية عشرة، 1992، التوصية العامة 19، العنف ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة A/47/38، ص 23.

ضد النساء والفتيات عموماً، وتجريمها والتحقيق فيها ومعاقبة مرتكبيها دون إقرار أي أعذار للإفلات من العقاب خلال الدورة 59 للجمعية العامة في بند خاص بجدول أعمال الدورة تحت عنوان "العمل من أجل القضاء على الجرائم المرتكبة ضد النساء والفتيات باسم الشرف"¹، فيُقدّر وفقاً لصندوق الأمم المتحدة للسكان أن خمسة آلاف امرأة يُقتلن سنوياً على يد أفراد من أسرهن دفاعاً عن الشرف في مختلف أنحاء العالم.²

وأعربت لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة عن قلقها تجاه القوانين الجنائية في الأردن والعراق لمواصلتها التمييز ضد المرأة بصفة خاصة، لأن هذه القوانين تجد عذراً للرجل الذي يقتل أو يجرح زوجته أو إحدى محارمه في حالة التلبس بالزنا، كالمادة 340 من قانون العقوبات الأردني التي حثت بشدة على إلغائها وتقديم كل دعم ممكن لإلغائها بصفة عاجلة والقيام بأنشطة توعية تجعل عمليات القتل انتقاماً للشرف عمليات غير مقبولة³، ومثل ذلك ظهر في تقرير عن منظمة "هيومن رايتس ووتش" بتاريخ أبريل 2004 بعنوان "تكريم القتلة" وفي رسالة موجهة لوزير العدل الأردني عن جرائم الشرف في 2009⁴، هذا ما أدى بتعديل المادة 340 سنة 2011 لتشمل استفادة الزوجة من العذر المخفف ذاته إذا فوجئت بزواجها حال تلبسه بجريمة الزنا "أو في فراش غير مشروع في مسكن الزوجية فقتلته في الحال أو قتلت من يزني بها أو قتلتها معا أو اعتدت عليه أو عليهما اعتداء أفضى إلى موت أو جرح أو إيذاء أو عاهة دائمة"، وتقليص استفادة الرجل من العذر في حالة المفاجئة بالزنا ليقصر على زوجته أو أصوله أو فروعها أو أخواته.⁵

¹ الأمم المتحدة، الدورة 59 للجمعية العامة، البند 98 من جدول الأعمال، العمل من أجل القضاء على الجرائم المرتكبة ضد النساء والفتيات باسم الشرف، قرار بتاريخ 20 كانون الأول/ديسمبر 2004، وثيقة A/res/59/169.

² الأمم المتحدة، الدورة 61 للجمعية العامة، البند 60 من جدول الأعمال المؤقت بعنوان النهوض بالمرأة، مرجع سابق، ص 54.

³ الأمم المتحدة، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، لدورة الثالثة والعشرون والرابعة والعشرون، الوثائق الرسمية لدورة الخامسة والخمسون للجمعية العامة، الملحق رقم 38 (A/55/38)، نيويورك، 2000، ص 25-83.

⁴ أنظر: هيومن رايتس ووتش، رسالة إلى وزير العدل الأردني عن جرائم "الشرف"، منشور على الصفحة: <https://www.hrw.org/ar/news/2009/08/10/237467>

⁵ قانون العقوبات الأردني وتعديلاته رقم 16 لسنة 1960، نسخة وزارة العدل الأردنية منشور على: www.moj.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=132#

ثانياً: شروط الاستفادة من العذر في القانون الجزائري

لا تكفي معرفة الزوج بالزنا ليتمكن من الاستفادة من عذر الاستفزاز، فيجب لتطبيق هذا العذر توافر ثلاثة شروط أوردتها المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري، أولها صفة الزوجية في الجاني وثانيها المفاجأة بالزنا، وثالثها الاقدام في الحال على ضرب أو قتل الزوج وشريكه أو كلاهما.

1- صفة الجاني

لم يحابي قانون العقوبات الجزائري الرجل في إقراره لعذر الاستفزاز في التلبس بالزنا، فقد ذكرنا أن المشرع ساوى بين الرجل والمرأة في الاستفادة من العذر المخفف المنصوص عليه في المادة 279؛ معتبراً أن الشعور بالإهانة والانفعال الدافع للضرب أو القتل حالة تصاب بها المرأة لحظة مفاجأتها لزوجها بالزنا مثل الرجل دون تمييز.

فخلافاً للقوانين التي تحرم الزوجة من الاستفادة من عذر الاستفزاز؛ يشترط القانون أن يكون الجاني هنا زوجاً للزوجة الزانية، أو يكون الجاني زوجة للزوج الزاني طبقاً لنفس الشروط المتطلبة في قيام جريمة الزنا من حيث صحة عقد الزوج وقيام العلاقة الزوجية حقيقة أو حكماً.

وعليه؛ فإن نطاق هذا العذر لا يشمل شخصاً آخر غير الزوج أو الزوجة مهما كانت درجة قرابته لمرتكب الزنا أو صلته به كأن يكون أباً أو أماً أو خطيباً، ومهما شعر بالإهانة أو العار المفضي للغضب، فالعذر هنا خاص بالزوجين ولا يقاس عليه طالما أن النص المجرم واضح وإلا كنا أمام خرق لمبدأ الشرعية، وذلك نقيض موقف القوانين العربية التي وسعت من نطاق العذر ليشمل الأب والأخ صفة في الجاني، والأصول الفروع والأخوات صفة في الفاعل أي فاعل الزنا، كقانون العقوبات الأردني والسوري.

كما أن موقف المشرع الجزائري المضيق لنطاق الأشخاص المستفيدين من العذر والمساوي بين الزوجين في تطبيقه؛ يخرجهم من نطاق القوانين التي تخفف من العقاب على القتل انتقاماً للشرف، وذلك أن المواقف الدولية تربط بين القتل بسبب الزنا ودافع حماية الشرف، في حين أن موقف المشرع الجزائري واضح في مآخذة الزوج والزوجة دون تمييز أخذاً في عين الاعتبار حالتها النفسية التي تتأثر بهول الموقف بحيث ترتفع عنهما المسؤولية الجنائية بصفة نسبية وليس فقط لاعتبارات حماية الشرف، فإذا أُحتج بأن الزوج هنا يُعامل على أنه يملك زوجته والتصرف فيها، فإنه يُرد على ذلك بنص المادة 279

التي تقر بهذا العذر لصالح الزوجة ولا تقصره على الزوج مراعاة لها مثل الرجل حين يكون في نفس الحالة.

2- مفاجأة الزوج متلبسا بالزنا

يُشترط أيضا أن يفاجئ الزوج أو الزوجة شريكه الآخر متلبسا بالزنا أي في "اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا" مثلما عبرت عنه المادة 279، وفي وضع لم يكن يتوقعه، فهو -أو هي- لا يتوقع أن يرى شريكه في ممارسة الزنا، كأن يكون عالما وراض به مسبقا، مما يجعله يتوقع ضبط شريكه أو رؤيته في حالة ممارسة للزنا¹، فلو بادر بقتله أو شريكه فإنه لا يستفاد من العذر لانعدام عنصر المفاجأة.

أما في حالة الشك الذي يتبعه الإصرار والترصد للتبع الزوج نتيجة للشك في سلوكه دون أن يكون موقنا ومتأكدًا من الخيانة، فيقرر الوقوف على الحقيقة ليقطع الشك باليقين كأن يتتبعه أو يتظاهر بالسفر ليختبئ في البيت إلى أن يضبطه، فسبق الإصرار والترصد هنا لا يحول دون استفاضة الجاني من العذر المخفف، فإذا قتله في حالة التلبس بالزنا يكون مُستفيداً من عذر الاستفزاز المخفف رغم توافر سبق الإصرار والترصد لديه لتحقق عنصر المفاجأة، في حين لا يعد الزوج معذورا إذا كان الترصد بعد تيقن الزوج من الخيانة تيقنا لا ريب فيه، لأن الدافع للفعل في هذه الحالة هو التشفي وهو موقف القضاء المصري²، في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي وجوب العذر مطلقا استنادا للنص القانوني المقر للعذر، بحيث يُعفي الزوج من إثبات أنه كان في حالة انفعال أو تأثر، ويمنع على النيابة من إثبات أنه كان في تلك الحالة، الأمر الذي يجعل من المفاجئة بالزنا قرينة قانونية تعفي الزوج من إثبات وقوعه تحت الانفعال³، ولا اجتهاد بعد أن اعترف المشرع له بتوافر عنصر الإثارة لديه نتيجة للتلبس بالزنا⁴، فالقانون اعتبر صراحة أن الزوج معذور متى تحققت شروط الاستفاضة من العذر.

¹ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 170.

² جندي عبد الملك، ج5، مرجع سابق، ص 827/ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 170-171/ عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات (جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 609. / مصطفى مجدي هرجه الدفوع الجنائية في جريمة القتل العمد، دار محمود، القاهرة، ط1، 2016/2015، ص 156-157.

³ أنظر: جندي عبد الملك، مرجع سابق، ج 5، ص 827.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1988، ص 59.

3- الارتكاب الفوري للقتل أو الضرب أو الجرح

يقصد بهذا الشرط وقوع أفعال القتل والضرب والجرح من الزوج على زوجه الآخر أو شريكه في اللحظة التي تلي مفاجأة الزوج لزوجه الآخر بالتلبس بالزنا، هذه الفورية اشترطتها المادة 279 تأسيساً على أن الحكمة من إقرار العذر ومآخذة الزوج هو وقوعه تحت التأثير النفسي الذي يفقده تمالك نفسه، فهذا التأثير الذي يلحقه بسبب تواجده بالزنا لا ريب من أنه سيخرجه من نطاقه إذا طالت المدة الزمنية بعد اكتشاف التلبس بالزنا.

أما إذا انقضى أو مر زمن كاف لزوال آثار الغضب والشعور بالإهانة والاستفزاز سقط العذر وعوقب الزوج طبقاً للأحكام العامة¹، غير أن تراخي الزوج لمدة زمنية معقولة لاستحضار أداة لأجل الإقدام على الأفعال المحصورة في المادة 297، لا يحول دون توافر شروط الاستفزاز طالما أن الزوج لا يزال تحت وقع التأثير النفسي الذي ظل يلازمه من لحظة المفاجأة بالزنا إلى وقت تنفيذ الجريمة²، وهي العلة التي دفعت بالمشروع لإقرار عذر الاستفزاز من الأساس، وشرط اللحظية المجردة يعد هدمًا ونفيًا لأساس العذر نفسه.

ثالثاً: آثار تطبيق العذر

بعد أن نصت المادة 279 من ق.ع على أن القتل والضرب والجرح المقترن بمفاجأة الزوج لشريكه بالتلبس بالزنا واقعة تمنح الزوج حق الاستفادة من العذر المخفف للعقاب، نصت المادة 283 على آثار هذا العذر على العقوبة المقررة للجريمة لا على وصف الجريمة نفسها³، فإذا أقدم الزوج على إتيان إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 279 فإن العقوبة الأصلية تخفض تبعاً لنوع الجريمة في قانون العقوبات. فبالنسبة للعقوبات الأصلية، تخفض من الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد؛ وعليه فإذا أقدم أحد الزوجين على قتل قرينه المتلبس بالزنا أو شريكه؛ تطبق العقوبة المنصوص عليها في المادة 1/283 بدلاً من العقوبة الأصلية المقررة للقتل العمد لجريمة

¹ جندي عبد الملك، ج 5، مرجع سابق، ص 826.

² إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، مرجع سابق، ص 61.

³ فقد نصت المادة 28 من قانون العقوبات صراحة على أنه "لا يتغير وصف الجريمة إذا أصدر القاضي فيها حكماً يطبق أصلاً على نوع آخر منها نتيجة لظرف مخفف للعقوبة أو نتيجة لحالة العود التي يكون عليها المحكوم عليه".

القتل المنصوص عليها في المادة 263، كما يجوز الحكم على الزوج الجاني أيضا بعقوبة تكميلية بالمنع من الإقامة مدة خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر طبقا للمادة 4/263.

وبالنسبة لجريمة الجرح والضرب، فتخفف العقوبة في حالة جنائيات الضرب والجرح إلى الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وإلى الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر في جنح الضرب والجرح بدلا من العقوبات الأصلية المقررة في المادة 264.

ونشير هنا إلى مسألة غاية في الأهمية قد تفرغ مقاصد إقرار العذر المخفف للعقاب في حق الزوج المخدوع؛ وهي إقرار المشرع الجزائري للزوج أو الزوجة الزانية وشريكهما في الاستفادة من حق الدفاع الشرعي وإفلاتهما من العقاب متى قتلا الزوج في حالة إقدامه على قتل أحدهما، طالما أن المشرع الجزائري لم يدرجها ضمن حالات الدفاع الشرعي المحصورة في المادة 39 من ق.ع، خلافا لبعض التشريعات العربية التي نصت صراحة على عدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد الزوج المستفيد من العذر المخفف للعقاب في حالة القتل بسبب المفاجأة بالتلبس بالزنا¹، وهو ما سيؤدي إلى نتائج خطيرة بإباحة قتل الزوج من طرف الزوج الزاني وشريكه من جهة، وإفلاتهما من العقاب على جريمة الزنا لوفاة الزوج صاحب الحق في تحريك الدعوى ضدهما، ولأن حق الشكوى حق شخصي لا ينتقل إلى الورثة، فضلا على أن المشرع هنا يمنح الزوج الزاني وشريكه فرصة المبادرة بقتل الزوج المغدور به تحت ذريعة الدفاع الشرعي.

المبحث الثاني

نطاق المساواة بين الزوجين في تجريم العنف الزوجي

تأسيسا على حق الإنسان في سلامته الجسدية والنفسية عموما، انصب انشغال المجتمع الدولي المعاصر في العقود الأخيرة على مواضيع العنف ضد المرأة وسبل توفير الحماية الجنائية لها، والتي كانت تدرج لمدة طويلة ضمن طي الكتمان بسبب ارتباط بعض من تلك السلوكيات بالثقافة والتقاليد، عن طريق تكثيف النشاطات الدولية لضمان تلك الحماية في نطاق التشريع الداخلي للدول، وفي ظل هذه المتغيرات والاهتمامات الدولية التي لعبت الحركات النسوية دورا هاما في إبرازها ولفت النظر إليها، اهتم المشرع

¹ كقانون العقوبات العراقي في مادته 409 والبحريني في مادته 334 في حين لم ينص المشرع المصري والسوري على حظر استخدام حق الدفاع الشرعي في مواجهة الزوج المستفيد من العذر.

الجزائري مؤخرا بالعنف الذي يمارس ضد المرأة في نطاقه الخاص أي في إطار الأسرة والزواج فضلا عن العنف الممارس ضدها في النطاق العام، ووسع من معالجة أنماطه باستحداث نصوص قانونية جديدة حملها القانون رقم 15-19 المعدل لقانون العقوبات، والذي عرف جدلا واسعا وتجاذبا بين الرفض والقبول، بحيث جاء مجرما لأنماط العنف الممارس بين الزوجين دون تمييز وإن كان الهدف الأساسي منه تمكين المرأة وتوفير حماية كافية للزوجة والمرأة عموما وإخراج هذه المسائل من المحظور والممنوع اجتماعيا، ونقصد هنا العنف الممارس ضدها من طرف زوجها الذي لطالما اعتبر من المسائل الشخصية، وهو النطاق الدقيق الخاص الذي سنركز عليه في هذا المبحث.

وعلى غرار قانون العقوبات الجزائري قبل تعديله؛ لم يهتم القانون رقم 15-19 المعدل بقانون العقوبات بالإطار المفاهيمي للعنف لا سيما العنف الموجه ضد النساء والأزواج خاصة وأن المواد المضافة بموجبه عالجت مسألة العنف ضد المرأة والزوجة أو الزوج لأول مرة، ومدرجة أنماطا وأشكالا جديدة للعنف في قانون العقوبات والواقع في هذا النطاق، ليشمل العنف الجسدي والنفسي والجنسي والاقتصادي وهو مطابق لما حددته الفقرة 2 من المادة 1 من الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة، وهذا خلافا للنصوص الدولية وحتى تقاريرها وتوصيات لجانها التي ركزت على إعطاء مفاهيم لأنماط العنف ضد المرأة والزوجة، لذلك سنتطرق لكل شكل من أشكال العنف بين الزوجين في قانون العقوبات، يسبقها نظرة على إطاره المفاهيمي في القانون الدولي، وذلك من خلال المطالبين المواليين.

المطلب الأول

نطاق حظر العنف بين الزوجين في القانون الدولي

انتقلت مسألة العنف ضد المرأة على المستوى الدولي من مسألة لم تناقش إلا قليلا نسبيا إلى موضوع منظم في جداول الأعمال الدولية، وجرى توثيق الطابع الواسع النطاق والمتنوع للعنف ضد المرأة على نحو متزايد¹، وربطه دائما بالعنف القائم على نوع الجنس وتأسيس انتشاره ووجوده في المجتمعات في الأصل على عدم المساواة بين الرجل والمرأة.

¹ IRAW, Gender-Based Violence Against Women and International Human Rights Law: Options for Strengthening The International Framework, Asia Pacific Discussion Paper Option International Mechanisms, p 2.

الفرع الأول

النطاق المفاهيمي للعنف الزوجي والعنف ضد المرأة في القانون الدولي

يعتبر مصطلح العنف المنزلي المصطلح الشائع في القانون الدولي، الذي يعبر عن العنف بين الأزواج؛ حيث أن نطاق مناقشته والتنصيص عليه متعلق أساسا بالعنف ضد الزوجة والمرأة، نظرا لوقوعه بالأساس ضدها، لذلك صُنّف على أنه عنف قائم على أساس الجنس وأصبح هذا العنف يصنف على أنه مظهر من مظاهر علاقات القوة غير المتكافئة تاريخيا وثقافيا واجتماعيا بين الرجل والمرأة، مما أدى إلى هيمنة الرجل على المرأة والتمييز ضدها وصار العنف المنزلي والعنف ضد المرأة مشكلة تتعلق بانتهاك حقوق الإنسان بالدرجة الأولى.

أولاً: مفهوم العنف الزوجي والعنف ضد المرأة وآليات محاربته في القانون الدولي

يدخل العنف الواقع بين الأزواج وهو ما يعرف بالعنف الزوجي أو المنزلي عموما ضمن المفهوم العام للعنف، فالعنف في اللغة هو "الخرق بالأمر وقلة الرفق به، وهو ضد الرفق، عنف به وعليه يعنف عنفا وعنافة وأعنفه وعنفه تعنيفا، وهو عنيف إذا لم يكن رفيقا في أمره"¹.

ويدخل العنف عموما في معالجة الأمور بالشدّة والغلظة، وهو ما نجده في القواميس والمعاجم اللغوية كالقاموس اللغوي "لاروس-Larousse" الذي يعرف العنف بكونه "خاصية لكل ما ينتج عنه مفعول بقوة شديدة متطرفة ووحشية، فهو خاصية لما هو عدواني وتعبير عن أقصى شدة، وتجاوز عن اللفظ والسلوك ويعكس استخدام القوة"²، أما من الناحية الاصطلاحية فيعرف على أنه "استخدام الضبط أو القوة استخداما غير مشروع أو غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة فرد ما"³.

ولم تولي الأمم المتحدة مسألة العنف المنزلي والعنف ضد المرأة اهتماما كبيرا، إلى غاية أن تناول المجلس العام للأمم المتحدة مسألة العنف المنزلي عام 1985، وطلب في أول قرار له بشأن العنف ضد المرأة من خلال مؤتمر الأمم المتحدة الثامن المعني بمنع الجريمة والعدالة الجنائية؛ بأن يولى هذه المسألة

¹ ابن منظور، ج9، مرجع سابق، ص 257.

² أنظر: زينب وحيد دهام، العنف العائلي في القانون الجزائري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2012، ص 16-17.

³ بدوي أحمد زكي، معجم المصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 441، مقتبس عن: نهى عدنان القاطرجي، الغزو الناعم: دراسات حول أثر العولمة على المرأة والأسرة والمجتمع، دار "أي-كتب"، لندن، ط1، يناير 2018، ص 261.

اهتماما خاصا، وابتداء من عام 1986 عقد المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عددا من الاجتماعات وأصدر منشورات عن هذا الموضوع، وحددت لجنة وضع المرأة سنة 1987 العنف ضد المرأة داخل الأسرة والمجتمع باعتباره يندرج في إطار موضوع السلام "ذي الأولوية"¹.

وأدى هذا الاهتمام الدولي بمسألة العنف ضد المرأة إلى اعتماد عدد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تتناول صراحة العنف ضد المرأة ومكافحته، الذي ظهر باعتماد الأمم المتحدة لإعلان عالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة سنة 1994 لأجل المساهمة في مكافحة كل ضروب العنف القائم ضد المرأة بشكل عام، ومؤكدة على أن العنف ضد المرأة يشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ويعوق أو يلغي تمتع المرأة بهذه الحقوق والحريات الأساسية، بحيث عرفته المادة 1 من الإعلان على أنه كل "فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس".

أما العنف الزوجي فمثله مثل العنف ضد المرأة قد أصبح يصنف ضمن أشكال التمييز المحظور بموجب القانون الدولي، لذلك ألزمت النصوص والتوصيات الدولية بالعمل على المواجهة القانونية والاجتماعية للحد منه والمعاقبة عليه، ويدخل هذا النمط من العنف حسب منظمة الصحة العالمية ضمن مفهوم العنف المنزلي الذي رأت بأنه كل سلوك يصدر في إطار علاقة حميمة، يسبب ضررا أو آلاما جسمانية أو نفسية أو جنسية لأطراف تلك العلاقة²، وهو ما يوافق تعريف المادة 2/أ من إعلان القضاء على العنف ضد المرأة التي عالجت بالأساس العنف الواقع ضد المرأة في نطاق الأسرة حيث وضعت مفهوم العنف ضد المرأة ليشمل العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك الضرب والتعدي الجنسي على أطفال الأسرة الإناث، واغتصاب الزوجة، وختان الإناث وغيره من الممارسات التقليدية المؤذية للمرأة والعنف المرتبط بالاستغلال، مثلما يوافق تعريف المادة 2 من الاتفاقية الأمريكية بشأن الوقاية واستئصال العنف ضد النساء والعقاب عليه 1994³، وبروتوكول حقوق المرأة في إفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الشعوب في مادته الأولى.

¹ IWRAW, op. cit., p 6.

² كاميليا حلمي، دور القيم في مواجهة العنف المنزلي، منشور، بتاريخ 2006/06/10 على:

<https://www.lahaonline.com/articles/view/10819.htm>

³ المعروفة باتفاقية "بيليم دو بارا" وجاء فيها أنه "يفهم العنف ضد النساء على أنه يتضمن العنف البدني أو الجنسي أو النفسي: 1- الذي يحدث داخل نطاق الأسرة أو الوحدة العائلية أو داخل نطاق أي علاقة أخرى بين الأشخاص سواء كان مرتكب الفعل يشارك أو شارك نفس السكن مع المرأة - بما في ذلك الاغتصاب والاعتداء الجنسي، 2- الذي يحدث في المجتمع ويرتكبه أي شخص - بما في ذلك من بين أشياء أخرى - الاغتصاب والاعتداء الجنسي والتعذيب والاتجار في

وبالنسبة لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة؛ فمناهضة العنف ضد المرأة يدخل ضمن سياستها في القضاء على التمييز ضد المرأة، وكذا سياستها في إلغاء الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على الأحكام العرفية وحتى الدينية والممارسات التي تقوم على فكرة دونية أو تفوق أي من الجنسين أو الأدوار النمطية للرجال والنساء، مثلما هو منصوص عليه في المادة 2 و 3 من الاتفاقية، كما أولت للعنف الأسري اهتمامها خاصا من خلال التوصية العامة رقم 12 بشأن العنف ضد المرأة، حيث ترى اللجنة أن المواد 2 و 5 و 11 و 12 و 16 من الاتفاقية تقتضي من الدول الأطراف أن تعمل على حماية المرأة من أي نوع من العنف الذي يحدث داخل الأسرة أو في مكان العمل أو في أي مجال آخر من مجالات الحياة الاجتماعية¹.

وهو ما أكدته في توصيتها العامة رقم 19 بشأن العنف ضد المرأة حين اعتبرته من "المواقف التقليدية التي تعتبر المرأة تابعة للرجل أو ذات دور نمطي يكرس الممارسات الشائعة التي تنطوي على العنف أو الإكراه، مثل العنف وإساءة التصرف في الأسرة" مثلما اعتبرت من العنف الأسري والمنزلي أشد أشكال العنف ضد المرأة خبثا بما فيه العنف ضمن العلاقات الأسرية وإلقاء اللوم في ذلك على المعتقدات التي ترسخها المواقف التقليدية²، واعتبرت العنف القائم ضد المرأة بأنه ليس سوى عنف قائم على نوع الجنس ويعوق المرأة من التمتع بحقوقها التي تكفلها الاتفاقية.

لذلك لطالما أوصت اللجنة الدول بإعداد خطط عمل وطنية تعالج بطريقة كلية موضوع العنف القائم على نوع الجنس، وكذا للتصدي للعنف داخل الأسرة تماشيا مع التوصية العامة 19 للجنة³، كما أوصت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 28 الدول وطالبتها بالحصول على معلومات عن

الأشخاص والدعارة بالإكراه والاختطاف والتحرش الجنسي في محل العمل وفي المؤسسات التعليمية والمرافق الصحية أو أي مكان آخر، 3- الذي يتم ارتكابه أو التجاوز عنه من قبل الدولة أو موظفيها بغض النظر عن مكان حدوثه".

أنظر نصوص الاتفاقية منشورة على: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/am6.html>

¹ General Recommendations Adopted By The Committee On The Elimination Of Discrimination Against Women, Eighth session (1989), General recommendation No. 12: Violence against women published at: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_E.pdf

² أنظر: التوصية العامة رقم 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المعتبرة في الدورة الحادية عشرة، 1992 تحت عنوان العنف ضد المرأة، البند 11 و 23، وثيقة الأمم المتحدة A/47/38.

³ أنظر على سبيل المثال، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، لدورة الثالثة والعشرون والرابعة والعشرون، الوثائق الرسمية لدورة الخامسة والخمسون للجمعية العامة، الملحق رقم 38 (A/55/38)، مرجع سابق، ص 15-30-33-

القوانين والممارسات الوطنية المتعلقة بالعنف المنزلي وغيره من أنواع العنف ضد المرأة بتقديم معلومات عن القوانين والممارسات الوطنية المتعلقة بالعنف المنزلي وغيره من أنواع العنف ضد المرأة لأجل معرفة مدى التصدي التشريعي لهذا العنف¹.

ويتجلى التطور العالمي في مكافحة العنف ضد المرأة في اتفاقية المجلس الأوروبي لمكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي؛ فلأهداف تعزيز التعاون الدولي بهدف القضاء على العنف ضد المرأة والعنف المنزلي، أصدر المجلس الأوروبي اتفاقية منع ومكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي والتي تعرف أيضا باتفاقية إسطنبول سنة 2011، قنن من خلالها العديد من الأحكام والمعايير التي أوردتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة 19، معتبرة العنف ضد المرأة شكلا من أشكال التمييز ضدها، غير أنها اعتبرت صراحة أن هذا العنف يشكل انتهاكا لحقوق الإنسان وفقا لمادتها 3، ورغم كونها اتفاقية إقليمية إلى أنها مفتوحة لانضمام للدول غير الأعضاء في المجلس الأوروبي.

وتدعو الاتفاقية إلى وضع أحكام مباشرة للتحقيق والملاحقة القضائية وتسليط العقاب والحماية في مجال مكافحة العنف المنزلي والعنف القائم على نوع الجنس، بحيث تفرض التزامات ملموسة على البلدان الموقعة عليها، وعرفت العنف ضد المرأة على أنه "جميع أعمال العنف القائم على أساس نوع الجنس التي تؤدي إلى أضرار بدنية أو جنسية أو نفسية أو اقتصادية أو من المحتمل أن تؤدي إلى ذلك بما في ذلك التهديد بمثل هذه الأعمال أو الإكراه أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء أحدث ذلك في الحياة العامة أم الخاصة"، كما ركزت على إدراج تعريف للعنف المنزلي في مادتها 3/ب بوصفه على أنه "جميع أعمال العنف البدني أو الجنسي أو النفسي أو الاقتصادي التي تحدث داخل الأسرة أو الوحدة المنزلية أو بين الأزواج أو الشركاء السابقين أو الحاليين، سواء كان المعنف يشارك أو لا يشارك الضحية نفس السكن"²، وتلزم المادة 2/42 من الاتفاقية أيضا الدول الأطراف بأن تكفل الإجراءات التشريعية والجنائية المتعلقة

¹ البند 11 للتعليق العام رقم 28، المادة 3 (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء) للجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية الدورة الثامنة والستون، 2000، مشار إليه سابقا.

² اتفاقية المجلس الأوروبي لمنع ومكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي المعروفة باتفاقية إسطنبول، 2011/05/11، سلسلة معاهدات مجلس أوروبا، رقم 2010، ص 4.

- Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011, Council of Europe Treaty Series- No. 210, p 3.

بأعمال العنف التي تشملها الاتفاقية وعدم اعتبار "الثقافة أو العرف أو الدين أو التقاليد أو ما يسمى بالشرف" مبرراً لهذه الأفعال¹.

ويُذكر أن السبب وراء تقرير اعتماد هذه الاتفاقية، كان بسبب عدم إلزامية التوصية 19 للجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة؛ بحيث أُجريت أعمال بهدف تقييم الاحتياجات المتصلة بضرورة وضع صك جديد أو آلية تنفيذ جديدة في الفترة بين عامي 2006 و2008 أثناء تنفيذ حملة مجلس أوروبا لمنع العنف المنزلي ضد المرأة، التي صممها وأشرف عليها فريق من ثمانية خبراء وهي فرقة العمل المعنية بالعنف ضد المرأة، ودرس هذا الفريق من الخبراء الوضع الحالي في سبع وأربعين دولة عضو في مجلس أوروبا، ليعتمد بعدها تقرير النشاط النهائي الذي خلصت فيه فرقة العمل إلى أن التوصية رقم 19 غير ملزمة قانوناً، ولأن لجنة وزراء حماية المرأة من العنف التابعة لمجلس أوروبا لم تكن قوية بما يكفي لتنسيق هذا المجال، فاقترحت اعتماد اتفاقية أوروبية ملزمة قانوناً لمكافحة العنف ضد المرأة².

ومن خلال ما سبق التطرق إليه، يمكن تعريف العنف بين الزوجين حسب النظرة الدولية بأنه كل سلوك يمارسه الزوج يشكل اعتداء جسدي أو نفسي أو لفظي أو جنسي أو اقتصادي عن طريق الإيذاء الجسدي والنفسي أو التهديد اللفظي، عن طريق الإكراه أو التهديد والترهيب بما يؤدي إلى أضرار من الناحية البدنية أو النفسية أو حتى المالية؛ دون أن نغفل عن أن هذه النظرة الدولية تعتبر من المعايير الاجتماعية والثقافية هي التي تسمح بالعنف في إطار الزواج والموجه بصفة رئيسية ضد المرأة.

ويظهر من خلال استعراضنا لنطاق العنف الأسري والعنف ضد المرأة طغيان المفاهيم النسوية الراديكالية التي كان لها دور بارز في لفت الانتباه إلى ظاهرة العنف الزوجي، وطفوها على سطح الأعمال الدولية، هذه المفاهيم التي تربط العنف ضد المرأة بالجذور الثقافية والتاريخية للعلاقة الهيكلية بين الرجل والمرأة، والتي سيطر فيها الرجل على المرأة بما يظهر المرأة كتابع للرجل نتيجة لسيطرة النظام الأبوي التقليدي.

¹ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, p 11.

² See: Dubravka Šimonović, Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions, Human Rights Quarterly, vol. 36 no. 3, 2014, p 602-603.

إن الدعم الثقافي والقانوني للعنف الزوجي تجاه الزوجات موجود في الحضارة الغربية منذ أكثر من 3000 سنة، وفي روما القديمة، تم الاعتراف بالهيمنة البدنية للزوجات من قبل الأزواج في "قانون الزواج"، الذي أضيف عليه رومولوس الطابع الرسمي عام 753 قبل الميلاد¹.

ولا ينكر أحد الحيف الذي كان تقع تحته الزوجة والمرأة والعنف الذي عانتها على مر العصور، قبل أن يأتي الإسلام ليرفع هذا الحيف والظلم وينظم مركز كل جنس على أسس عادلة ويحرم أنواع الظلم والاضطهاد والحرمان من الحقوق الاجتماعية والزوجية، وحتى مسألة تأديب الزوجة أو حق ضرب الزوج لزوجته لم تكن حقاً مطلقاً للزوج، فخلافاً للأنظمة التي تمنح سلطة للزوج والسماح له بضرب زوجته ضرباً مبرحاً، وضع الإسلام لمسألة ضرب الزوجة شروطاً عديدة تضيق من نطاقه على أبعد الحدود، كما أن التأديب لا يكون سوى بالضرب الخفيف الذي لا يضيف لأي ألم أو جروح، ولا يكون سوى ضد الزوجة الناشز دون غيرها، وهو الأمر الذي تشن عليه الحركة النسوية والأدبيات الدولية المعاصرة حرباً دون هوادة، محاولة فرض التخلي عن الدعم الثقافي والاجتماعي لهذه المسألة، وهي حرب غير مقبولة من جهة الأسرة لتدخلها في نظام الأسرة في الإسلام، غير أنها جد مقبولة إذا تجاوزت الحدود الشرعية مثلما تعانیه النساء والزوجات في دول العالم من العنف والقتل ولأسباب تافهة وواهية، حيث يلعب التشجيع الثقافي دوراً رئيسياً في إباحتها ذلك.

ومن المهم الإشارة أيضاً إلى أن تعريف العنف الزوجي والأسري في مختلف النصوص الدولية وتوصيات اللجان والمؤتمرات الدولية يوافق التعريفات التي استخدمها النسويون الراديكاليون. حيث يشير العنف عندهم "إلى السلوك الذي يتضمن الاستخدام المباشر للاعتداء الجسدي ضد أحد أفراد الأسرة رغماً عن إرادته"²، حيث ساهمت النشاطات النسوية ونضالها على مدى العقود الأربعة الماضية لأجل حق المرأة في التحرر من العنف في المنزل وخارجه ورفع الوعي العالمي بالعنف ضد المرأة واتخاذ المزيد من تدابير العدالة الجنائية³.

¹ Jeffrey Fagan and Angela Browne, Violence Between Spouses and Intimates: Physical Aggression Between Women and Men in Intimate Relationships, National Research Council, 1994, Understanding and Preventing Violence, Vol. 3: Social Influences, The National Academies Press, Washington DC, p 122.

² إجلال إسماعيل حلمي، العنف الأسري، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1999، ص 19.

³ Aisha K Gill, Violence Against Women and the Need for International Law, in: Rashida Manjoo, Jackie Jones The Legal Protection of Women from Violence, 1 St Edition, London: Routledge, 2018, p 2.

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه الراديكالي أن العلاقات الاجتماعية في جميع المجتمعات مبنية على سيطرة الرجل، وتقوم على أساس التقسيم النوعي لا على أساس التقسيم الطبقي، بما يؤدي إلى رؤية المجتمع الحديث من المنظور الأبوي القديم الذي يقهر المرأة، لذا حددت النسوية الراديكالية بعض الإجراءات يضرب جلها بالفطرة البشرية لتغيير الواقع الاجتماعي، أهمها¹:

- تفويض الدعامتين الأساسيتين لمؤسسة الزواج المتمثلتان في تبعية المرأة للرجل وتبعية الأطفال للأباء.
- إزالة التباين الجنسي أو النوعي.
- تحقيق علاقة ثنائية بين الرجل والمرأة تتسم بالمساواة واللاتبعية والاستغلال.
- تحرير المرأة من رباط الحياة الزوجية ومن قيد عاطفة الأمومة وتحريرها من الأنوثة لتكون ندا للرجل وتتساوى معه في المجالات المختلفة.
- تربية الأطفال تربية جماعية في مؤسسات الرعاية البديلة، لكي يكونوا غير مرتبطين بأم معينة وأب معين حتى لا يكونوا امتداداً لأبويهم وينتمون بذلك لأنفسهم.

ثانياً: الدعوة إلى تبني اتفاقية عالمية ملزمة للتصدي للعنف المنزلي والعنف ضد المرأة

تأسيساً على أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لا تتضمن أي إشارة صريحة إلى العنف ضد المرأة و العنف المنزلي، وعلاوة على خلو القانون الدولي لحقوق الإنسان من اتفاقية خاصة تعالج مسائل وأنماط العنف ضد المرأة في شكله الخاص والعام بشكل ملزم للدول (فإعلان القضاء على العنف ضد المرأة مجرد إعلان غير ملزم للدول)؛ انطلقت دعوات لأجل معالجة ما يعتبرونه فجوة "معيارية في القانون الدولي"، لأجل ضمان وجود قاعدة دولية ملزمة قانوناً بشأن القضاء على العنف ضد المرأة وإنفاذها في وثيقة واحدة، كما يعتبر الداعون لهذه الفكرة بأن العنف ضد المرأة لا يعترف به صراحة على أنه في حد ذاته انتهاك لحقوق الإنسان، ولا يعدو كونه من الممارسات التي تضعف أو تبطل تمتع المرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تدمج العنف ضد المرأة في الإطار العام للتمييز بين الجنسين².

¹ إجلال إسماعيل حلمي، مرجع سابق، ص 67.

² Kirsten Anderson, Violence against women: State responsibilities in international human rights law to address harmful "masculinities", Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. 26, no 2, 2008, p 188.

ويرى أنصار هذه الدعوة أن استمرار ظهور أشكال جديدة من العنف ضد المرأة في المجتمع يفرض تعزيز الإطار الدولي القائم عن طريق اعتماد اتفاقية جديدة تتصدى صراحة للعنف القائم على نوع الجنس ضد المرأة، ويعكس أساسهم القائل بأن معايير وإجراءات القانون الدولي يمكن أن تحدث farkا في ظل وجود صك قانوني جديد ملزم؛ فإذا كانت الأمم المتحدة تطمح إلى أن تظل ذات أهمية وحدانية، فعليها الآن أن تجعل القضاء على البؤس الناجم عن إساءة معاملة النساء والفتيات في جميع أنحاء العالم مشروعها الدولي الأكثر إلحاحاً لوضع قوانين تحفظ حقوق الإنسان، وقدمت عدة حجج مختلفة تؤيد اللجوء إلى صك اتفاقية جديدة¹:

أولها: أن هنالك "فجوة معيارية" على الصعيد الدولي، ويقصد بذلك أن هنالك فجوة في الحماية القانونية للمرأة من العنف بحيث لا توجد حالياً اتفاقية دولية ملزمة تحظر صراحة هذا العنف؛ أو تدعو إلى القضاء عليه؛ أو تنص على تجريم جميع أشكال العنف ضد المرأة²، وعدم وجود معاهدة ملزمة صراحة لحقوق الإنسان تابعة للأمم المتحدة تتناول العنف القائم على نوع الجنس ضد المرأة، هي المسألة التي ينبغي الاعتراف بها على أنها "انتهاك لحقوق الإنسان في حد ذاته".

¹ See: IWRAW, Gender-Based Violence Against Women and International Human Rights Law, op cit., p 9.

² كما جاءت هذه الحجج بشكل نقدي ضمن مقترح على شكل كتاب لمعالجة العنف ضد المرأة في منظومة الأمم المتحدة وفي ثلاثة نظم إقليمية لحقوق الإنسان، بسعي وتحرير جاكى جونز؛ وهي أستاذة الدراسات القانونية النسوية وناشطة في حركة حقوق الإنسان النسائية، و رشيدة مانجو؛ أستاذة في قسم القانون العام بجامعة كيب تاون، بجنوب أفريقيا، شغلت منصب مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بالعنف ضد المرأة وأسبابه وعواقبه حتى تاريخ يوليو/جويلية 2015، وهو المنصب الذي عينت فيه منذ عام 2009 من قبل مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة. كما شغلت منصب المفوض البرلماني السابق للجنة المساواة بين الجنسين، وهي مؤسسة أنشأها دستور جنوب أفريقيا، ولديها ولاية الإشراف على تعزيز وحماية المساواة بين الجنسين.

ويستكشف كل فصل من الكتاب المزايا والعيوب الناشئة عن الصكوك القانونية، وعمل لجان الرصد والمتابعة، وما ينتج عن ذلك من نتائج واجتهادات قضائية، ويقترح الكتاب ضرورة معالجة هذه الفجوة من خلال اتفاقية جديدة للأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال العنف ضد المرأة.
أنظر في ذلك:

Rashida Manjoo, Jackie Jones The Legal Protection of Women from Violence, 1 St Edition, London: Routledge, 2018.

وثانيها: أن الأحكام العديدة والسوابق القضائية التي وضعت بشأن هذا الموضوع لا تحمل صفة "القانون الملزم"، ومعنى ذلك أنها غير ملزمة بموجب قانون المعاهدات الدولية أو القانون الدولي العرفي، والصكوك الدولية غير الملزمة لم تصبح جزءاً من القانون الدولي العرفي¹.

وثالثها: أن هذا الاتفاقية ستكون الأساس لتجدد الجهود الرامية إلى مساءلة الدول عن فشلها في الحفاظ على سلامة مواطناتها، ويمكن أيضاً أن يستخدمها الناشطون والضحايا لضمان وفاء الدول بالتزاماتها الإيجابية المتمثلة في الحماية والوقاية والتحقيق، عن طريق استحداث لجنة رصد تمكنها من تلقي الشكاوى وتقييمها إلى جانب توفير سبل انتصاف فعالة، لا سيما على مستوى القانون الجنائي والتعويض الاجتماعي².

على الرغم من كون اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ملزمة قانوناً، إلا أنها لا تعالج المسألة بشكل صريح ومنهجي، وبالنسبة للتوصيات العامة وغيرها من نواتج لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في التصدي للعنف ضد المرأة، شأنها في ذلك شأن إعلان الأمم المتحدة الأكثر تفصيلاً بشأن القضاء على العنف ضد المرأة وغيره من الوثائق، والتي ليست في حد ذاتها ملزمة قانوناً كمسألة من قضايا القانون الدولي، وطبيعتها غير الملزمة تعني فعلياً أنه لا يمكن اعتبار الدول مسؤولة عن انتهاكاتها في هذا المجال تحديداً³.

غير أنه في مقابل ما تم ذكره آنفاً، واجهت تلك الدعوات ردوداً أساسها عدم صحة تلك الحجج لمخالفتها قواعد تفسير المعاهدات، وأن اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة كافية وحدها كاتفاق دولي ملزم يفرض التزامات تجرم العنف ضد المرأة.

فعلى الرغم من أن التوصيات الصادرة عن هيئات معاهدات حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة ليست في حد ذاتها ملزمة رسمياً كمسألة من أبعاد القانون الدولي، وينطبق ذلك على توصيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - فهي ليست في حد ذاتها تفسيرات ملزمة رسمياً - إلا أن الأمر ينطوي على تحليل غير كافٍ لمعنى اتفاقية المرأة، فحجة "الفجوة المعيارية" تأخذ في عين الاعتبار نهج القانون الدولي المقبول في تفسير المعاهدات، وكون لجنة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز

¹ وهو رأي المقررة الخاصة السابقة المعنية بالعنف ضد المرأة رشيدة مانجو.

² See: Aisha K Gill, op cit., p 4.

³ تحليل المقررة الخاصة السابقة المعنية بالعنف ضد المرأة رشيدة مانجو.

- IWRAW, Gender-Based Violence Against Women and International Human Rights Law, op. cit., p 9.

ضد المرأة قد لا تكون لها السلطة القانونية لإصدار تفسيرات ملزمة رسمياً للاتفاقية، لا يعني أن تفسيراتها ليست بياناً دقيقاً لنطاق الالتزامات الملزمة للدول الأطراف بموجب الاتفاقية¹.

فنقطة البداية لتفسير معاهدة دولية هي المعنى العادي لأحكام المعاهدة في سياقها وفي ضوء موضوع الاتفاقية وغرضها، كما أنه في حالة الاتفاقية؛ فالدول الأطراف تتحمل التزامات واسعة النطاق في جميع ميادين الحياة الاجتماعية، وهذه الالتزامات بصفة عامة لأجل القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في تلك المجالات وكفالة تمتع المرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية عموماً، وفي العديد من المجالات المحددة على أساس المساواة مع الرجل، بالإضافة إلى ذلك، تلزم المادة 5 من الاتفاقية من الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير المناسبة لتعديل أنماط السلوك الاجتماعية والثقافية من أجل القضاء على التحيزات العرفية وغيرها من الممارسات التي تقوم على فكرة تفوق أي من الجنسين أو على الأدوار النمطية للرجل والمرأة²، والمواد الأخرى التي تنتهي بالتسليم إلى أن العنف ضد المرأة بأشكاله العديدة يندرج في إطار مفهوم "التمييز ضد المرأة" على النحو المحدد في المادة 1 من الاتفاقية.

وما يرجح كفة هذا الرأي أن التفسير الذي لطالما اعتمده الاتفاقية في توصياتها المتعددة، الذي يصب في خانة الغرض من الاتفاقية وهدفها وهو نفسه الأساس الذي اعتمده اللجنة في توصيتها 19 والتوصيات الأخرى التي غيرت من مجرى التشريع على المستوى الوطني وسياسة الدول تجاه قضايا المرأة عموماً، وهو ما لا يمكن إنكاره.

وعليه، فمعنى الاتفاقية فيما يتعلق بالعنف ضد المرأة والالتزامات الناجمة عنه يؤدي إلى نفس النتيجة الناجمة عن تطبيق القواعد العادية في تفسير المعاهدات، وعلاوة على ذلك، وبقدر ما قد يكون هنالك أي شك في أن هذا هو التفسير الصحيح للمعاهدة، يمكننا أن ننظر إلى ممارسة الدول الأطراف بموجب المعاهدة، حيث يبدو أن ممارسات الدول تؤكد أنها قد قبلت بتفسير اللجنة لالتزاماتها بموجب الاتفاقية فيما يتعلق بالعنف، بوصفه التفسير الصحيح للمعاهدة³، وهو ما يتوافق مع المادة 31 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات⁴.

¹ IWRAP, op. cit., p 11.

² Ibid.

³ See: IWRAP, Gender-Based Violence Against Women and International Human Rights Law, op. cit., p 13.

⁴ حيث تنص الفقرة 1 منها على أن المعاهدة تفسر "بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها" وتضيف الفقرة 2 على "أنه بالإضافة إلى نص المعاهدة، بما في ذلك الديباجة والملاحق، يشمل

الفرع الثاني

أنماط العنف بين الزوجين في القانون الدولي

تبعاً لما ذكرناه في الفرع السابق من حيث أن العنف بين الزوجين حسب النظرة الدولية هو كل سلوك يمارسه الزوج ويشكل اعتداء جسدي أو نفسي أو لفظي أو جنسي أو اقتصادي عن طريق الايذاء الجسدي والنفسي أو التهديد اللفظي عن طريق الإكراه أو التهديد والترهيب بما يؤدي إلى أضرار من الناحية البدنية أو النفسية والمالية؛ سنتطرق في هذا الفرع إلى هذه الأنماط من العنف والأحكام الدولية التي وضعت لمجابهتها، وهذا ما يبسر معرفة ما كرسه قانون العقوبات الجزائري حين استحدثت المادة 266 مكرر التي تجرم العنف بين الأزواج.

أولاً: العنف الجسدي

يعد العنف الجسدي أشد أنواع العنف انتشاراً وأكثرها وقوعاً من الرجل ضد المرأة لفارق البنية الجسدية الذي يرجح لصالح كفة الرجل، وهو يشمل عموماً كل أنواع الاعتداءات البدنية والأذى الجسدي الذي يلحق بالمرأة، بالضرب المباشر أو بألة حادة أو غير حادة أو بسلاح أو بغير ذلك.

وهو نفسه نمط العنف الذي يقع في نطاق الزواج؛ باستخدام القوة الجسدية نحو الزوجة¹ (غالباً)، مثلما قد يكون وقوعه من الزوجة نحو زوجها، لذلك فالعنف في إطار الزواج يعد من أشد أشكال العنف وطئه على النفس لطبيعة العلاقة الزوجية التي يفترض أن تبنى على المودة والرحمة، لا سيما ضد الزوجة التي يفترض أن يحميها زوجها لا أن يعنفها.

سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي: أ- أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة، ي- أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة.

وتضيف الفقرة 3 على أنه يؤخذ في الاعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي- أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها؛ ب- أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها؛ ج- أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف. 4- يعطى معنى خاص للفظ معين إذا ثبت أن نية الأطراف قد اتجهت إلى ذلك.

¹ سهيلة محمود بنات، العنف ضد المرأة: أسبابه، آثاره وكيفية علاجه، دار المعتز للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 22.

ويسود العنف الجسدي غالباً في العلاقات الزوجية المضطربة بما يؤدي إلى نتائج جسدية تتفاوت خطورتها وقد يتبعها نتائج نفسية خطيرة¹، ومن خلال المفاهيم العامة التي تطرقنا إليها في حديثنا عن العنف المنزلي في المواثيق والأعمال الدولية، نصل إلى حقيقة أن المرأة هي الضحية الغالبة للعنف في إطار العلاقة الزوجية وداخل الأسرة بصفة عامة، ولكنها ليست الوحيدة فقد يتعرض الزوج خاصة إذا كان من ذوي الاحتياجات الخاصة أو المريض للعنف الجسدي مهما كان درجة حدته، بيد أن الغالب المتأصل في المجتمعات يجعل المرأة والزوجة الضحية الأولى والأكثر تضرراً من العنف كنتيجة للعلاقة التاريخية بين الرجل والمرأة، وكذا للمعايير المجتمعية التي تسمح بالعنف في إطار الزواج وخارجه حتى في مجتمعنا الإسلامي على الرغم من تحريمه، أما الضرب المباح فلا يجوز سوى في نطاق جد ضيق لا في الحالات العادية، وإنما في حالة نشوز الزوجة بما لا يصل إلى درجة العنف الحقيقي وتترك الأثر والجروح في الجسد. كل تلك الأسباب جعلت من المسألة أولوية عالية في جدول الأعمال الدولية والإقليمية والتركيز على العنف ضد المرأة، فضلاً عن التمييز التي تسعى الاتفاقيات الدولية إلى رفعه عن المرأة في المجال الخاص والعام لأجل توفير إطار قانوني لمكافحة العنف ضد المرأة وحضره مهما كانت شدته دون أن تكون الأحكام العرفية أو الدينية مبررة له.

غير أن المسألة تتصادم مع بعض الحقوق الزوجية الممنوحة للرجل ونقصد هنا ضرب الزوج لزوجته الذي يدخل في نطاق حق التأديب في حالة نشوزها وعدم نجاعة كل الوسائل المتاحة كالوعظ والهجر لحمله على طاعته.

هذه المسألة التي تعتبر في العديد من الدول العربية سبباً من أسباب الإباحة في القانون الجنائي باعتباره حق مشروع ولا يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون كالقانون العراقي في المادة 41 والمصري في مادته 60، كما تنص عليها بعض الدول صراحة في قوانين أحوالها الشخصية، مثله مثل حق تأديب الأطفال، وهو ما توصي التقارير الدولية بإلغائه وتجرّيمه بوصفه يؤسس للانتهاك بشكل يحمي مرتكبه من المسائلة القانونية أو يعفيه من الملاحقة القضائية² كالمبادرة العالمية لإنهاء جميع أشكال العقاب البدني

¹ سهيلة محمود بنات، مرجع سابق، ص 23.

² تقرير الظل لتحالف "أوهارد" المقدم إلى لجنة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، عن تقرير جمهورية العراق، 2019، ص 5.

للأطفال¹، وموقف لجنة حقوق الطفل²، وهو ما أشارت إليه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بوصفه "حق الزوج في العقاب البدني للزوجة"³، معتبرة هذا الحكم من التشريعات التي قد تستخدم لتبرير العنف ضد النساء وأعربت عن قلقها في عدم إلغائه مثلما حصل في ملاحظاتها الختامية على دولة الإمارات العربية على أساس أن التدابير التي اتخذتها في سبيل التصدي للعنف المنزلي حسب تعبيرها لا تزال غير فعالة طالما أن المادة 53 من قانون العقوبات لا تزال تبيح "تأديب الزوجات والأطفال"، بعد عدم قبول الدولة سنة 2013 التوصية الصادرة بإلغاء المادة 53 من قانون العقوبات، مثلما استنكرت بشدة موقف المحكمة الاتحادية العليا التي أصدرت في عام 2010، حكماً يؤيد هذا الحق⁴.

إن إلغاء هذا الحق واعتباره عنفاً وتمييزاً ضد المرأة تشكيك في التشريع القرآني وهو أمر غير مقبول في نظامنا الاجتماعي، بل إن الأحكام والتوصيات الدولية لا يصح القول أبداً بأنها ترقى لتنظيم الإسلام للأسرة وتكريمه للمرأة وانتشالها من الاضطهاد التي لا تزال تتعرض إليه بصفة أكبر في الدول الغربية، ومن طرف رجال لا تمت لهم بصلة زوجية ولا عائلية، بل فقط صلات محرمة ومنحرفة ومن رجال منحرفين،

¹ ففي دراستها على سبيل المثال لدولة الإمارات العربية المتحدة، أملت أن تثير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة هذه المسألة وأن توصي اللجنة في ملاحظاتها الختامية على تقرير الدولة الطرف الثاني/الثالث، بأن تكفل دولة الإمارات العربية المتحدة عدم التفاضل عن أي شكل من أشكال العنف ضد النساء والفتيات داخل النطاق المنزلي أو أي إطار آخر، بما في ذلك من جانب الآباء ضد أطفالهم، وأن يتم سن تشريع لحظر العنف المنزلي ضد جميع أفراد الأسرة، بما في ذلك الحظر الواضح لجميع أشكال العقاب البدني للأطفال. المرجع:

- Ending family violence in United Arab Emirates – confronting physical punishment of girls and boys Information for the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women from the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children (www.endcorporalpunishment.org) , September 2015, p 1.

² أنظر: الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثاني للإمارات العربية المتحدة، اعتمدها اللجنة في دورتها السبعين (14 أيلول/سبتمبر - 2 تشرين الأول/أكتوبر 2015) وثيقة الأمم المتحدة، CRC/C/SR.2052.

³ أنظر: مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والعشرون، البند 6 من جدول الأعمال، الاستعراض الدوري الشامل، تقرير الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل: الإمارات العربية المتحدة، البند 128-92، و103، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/23/13، ص 28-29.

⁴ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثاني والثالث للإمارات العربية المتحدة، اعتمدها اللجنة في دورتها الثانية والستين (26 تشرين الأول/أكتوبر - 20 تشرين الثاني/نوفمبر 2015)، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/ARE/CO/2-3، ص 8.

فلما لا تعمل الاتفاقيات الدولية على تجريم واستتكار هذه العلاقات لأجل حماية المرأة من العنف وحفظ كرامتها؟ بل العكس من ذلك فهي تشجع عليها تحت غطاء الحرية الجنسية.

كما أن إساءة استخدام الأزواج لهذا الحق بعدم احترام شروطه وحدوده هو خلل في الأزواج الذين يسيئون استخدامه، فالضرب الذي يصل نطاقه إلى الجرح والضرب المبرح المفضي لعاهات وأمراض سيخرج من نطاق حق التأديب إلى المسائلة الجنائية والعقاب عليه، وتطبق هنا المادة 264 و270 من قانون العقوبات الجزائري.

وإذا ما رجعنا لنتدارس هذا الحق وشروطه في الشريعة الإسلامية، يتضح لنا أنه وُضع في الأساس لحماية الأسرة والعلاقة الزوجية وحفظها من الانهيار ومن الاضطرابات والتفكك الذي تسببه بعض سلوكيات ومعاصي الزوجة الناشز، شريطة أن يكون ذلك بعد اللجوء إلى وسائل أخف وطناً على النفس وهي الوعظ والرشد والهجر، لقوله تعالى في الآية 34 من سورة النساء { وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً }، لا إطلاق يد الزوج ومنحه أحقية الضرب المطلق فهو مجرد وسيلة لعلاج حالات استثنائية تهدد كيان الأسرة نفسه.

وقد يلجأ الزوج عند عدم نجاعة تلك الطرق عند الضرورة إلى استعمال الضرب غير المبرح الذي لا يكسر عظما ولا يهشم لحما ولا يدمي جسدا، فالضرب المسموح به والمقصود به هو الضرب الخفيف فضلا عن عدم جواز ضرب الوجه لقوله صلى الله عليه وسلم " (إذا قاتل أحدكم أخاه فليجتنب الوجه) ¹ ، وفي رواية (إذا ضرب أحدكم) ² وقوله حين سأله رجلا " ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال: (أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت، أو اكتسبت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت) ³، وهذا النهي عن ضرب الوجه لأنه لطيف يجمع المحاسن وأعضاؤه لطيفة نفيسة وأكثر الإدراك بها ⁴، وضرره أشد وقعا على النفس من الأعضاء الأخرى لأنه يجمع السمع والبصر وهو موضع الحسن والجمال في الشخص.

¹ الحافظ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب البر والصلة والآداب، باب النهي عن ضرب الوجه، حديث رقم 2612، ص 1009 / وفي رواية للبخاري (إذا قاتل أحدكم فليجتنب الوجه)، البخاري، صحيح البخاري، ج2، مرجع سابق، كتاب العتق، باب إذا ضرب العير فليجتنب الوجه، حديث رقم 2559، ص 143

² الحافظ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، نفس المرجع والصفحة.

³ أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، ج2، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 2142، ص 418-419.

⁴ سعاد إبراهيم صالح، قضايا المرأة المعاصرة: رؤية شرعية ونظرة واقعية، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط 1، 1423هـ/2003م، ص 91.

مثلاً يُنهى عن الضرب بكل ما هو مهين كالضرب بالنعل لأن المقصود منه التأديب¹، وإرجاع الزوجة إلى صوابها وترك المنهي والقيام بواجباتها؛ لذلك فسره ابن عباس رضي الله عنه "بالسواك ونحوه"²، ويرى البعض أن ضربها يكون "بمنديل ملفوف أو بيده لا بسوط ولا بعصا"، وذهب البعض إلى نقيض ذلك بنفس شرط أن يكون الضرب غير مبرح³، خلافاً للقوانين الغربية التي كانت تبيح ضرب الزوجات الضرب المبرح، حيث يقول الفارس الفرنسي "جيوفري ونديري" الذي عاش في القرن 14 مدافعاً عن القانون الذي أباح ضرب الزوجات ضرباً مبرحاً لتصحيح مسارهن وسلوكهن "إن ضرب المرأة ذا فائدة كبرى لتقويم أخلاق النساء، لذلك يجب على الأب أن يمارس هذا العقاب البدني عملياً على نطاق واسع مع بناته قبل زواجهن حتى يتعودن عليه"⁴.

ومما يدل على جواز عدم ضرب الزوجة ما عدا الضرب الخفيف في حالة النشوز قوله صلى الله عليه وسلم (لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها آخر اليوم)⁵ لأنه لا يعقل الجمع بين الضرب والمضاجعة ولأن الضرب مدعاة لسوء العشرة وتعكر صفوها ولأن الزواج موضع المودة والسكينة والرحمة والزوجة تنفر ممن يضربها ويسيء إليها.

والمتفق عليه أن التأديب لا يكون إلا في المعاصي التي لا حد فيها كمقابلة غير المحرم وترك الزينة وعصيان أوامر الزوج وتبذير ماله، وهذا بعد إظهار النشوز فعلاً وترك حقوقه، وبانتهاء النشوز الظاهر لا يحق للزوج ضرب زوجته وإلا كان ظالماً⁶، كما يرى الإمام مالك أن التأديب لا يكون في أول معصية وإنما يكون لتكرارها والإصرار عليها فإن عصت وعضها بالرفق واللين - بالمعروف -، وإن عادت كان له أن يهجرها في المضجع وإن عادت كان له أن يضربها، وحجة ذلك أن الواو وردت بالترتيب، أما الرأي الراجح

¹ محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، ج 4، مرجع سابق، ص 81.

² المرجع نفسه والصفحة.

³ محمد بن أحمد الشربيني، البيجرمي على الخطيب، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1996م، ص 252.

⁴ غنيم أسمت، المرأة في الغرب الأوروبي في العصور الوسطى، دار المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، 1983، ص 42-43. مقتبس عن: نهى عدنان القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة - رؤية إسلامية، دار "أي-كتب"، لندن، ط2، ديسمبر 2017، ص 64.

⁵ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج3، مرجع سابق، باب النكاح، باب ما يكره من ضرب النساء، حديث رقم 5204، ص 399.

⁶ عبد القادر عودة، ج1، مرجع سابق، ص 513-514.

ما ذكره الشافعي والإمام أحمد أن للزوج حق ضرب زوجته سواء كررت المعصية أم لم تكررهما لأن عقوبة المعاصي لا تختلف بالتكرار والواو جاءت لمطلق الجمع وليس الترتيب¹.

ثانياً: العنف اللفظي والنفسي

يشمل العنف النفسي حسب التوصية 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وإعلان القضاء على العنف ضد المرأة كل الأفعال التي يترتب عليها أذى ومعاناة للمرأة من الناحية النفسية، وهو كذلك ما قرره المادة الأولى من الاتفاقية الأمريكية بشأن العنف ضد النساء في أنه كل فعل أو سلوك يسبب الأذى النفسي للنساء سواء على المستوى الأسري أو على المستوى العام، والمادة 3/ب من اتفاقية إسطنبول، لذا فقد يتصور أن يكون الأذى النفسي اللاحق بالمرأة نتيجة سلوكيات إيجابية عن طريق الألفاظ الموجهة للمرأة مثلما يكون عن طريق سلوكيات أخرى إيجابية أو سلبية هو عنف محصور ضد المرأة طبقاً للمعايير الدولية. لذا فالمقصود هنا، هو التصرفات والسلوكيات التي تخرج من نطاق الاعتداء البدني والتي يمكن أن تُسفر أيضاً عن جروح نفسية، ويدخل في هذا النمط من العنف الاعتداءات اللفظية مثل الشتم والتهديد والسخرية، بالإضافة إلى أن هنالك عنف لا يحدث عن طريق الاعتداءات اللفظية ولكن عن طريق سلوك الأزواج الذي يسبب هو الآخر تداعيات وآلاماً نفسية قد تسبب أمراضاً مستعصية.

فبالنسبة للعنف اللفظي؛ فهو يعد من أشد أنواع العنف خطراً على الصحة النفسية للزوجة، رغم أنه لا يترك أثراً واضحة، وهو أكثر أنواع العنف شيوعاً في المجتمعات نامية كانت أو متقدمة²، ويكون العنف اللفظي على شكل شتم الزوج لزوجته ووصفها بأقبح الأوصاف وتوجيه الكلام البذيء إليها وإحراجها أمام الآخرين وعدم إبداء الاحترام والتقدير³، ويتجسد أيضاً في التهديد، ويكون في غالب الأحيان أشد من العنف البدني للآلام النفسية التي يتركها في نفس المُعنف وثقته بنفسه، فالفرق بينه وبين العنف البدني أنه لا يترك علامات دالة على التعرض للإيذاء، ولا أي آثار مرئية، كما يتصور توجيه العنف اللفظي للزوج على حد سواء.

¹ عبد القادر عودة، ج1، مرجع سابق، ص 514-515.

² أمل سالم العوادة، العنف ضد المرأة العاملة في القطاع الصحي، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 42.

³ سهيلة محمود بنات، مرجع سابق، ص 23.

وغالبا ما يتم التقليل من أهميته في الحياة الزوجية لطبيعة العلاقة الشخصية الخاصة فهو يحدث غالبا في السر، بيد أنه في الحقيقة ليس سوى عنف معنوي يمس بشعور الزوجة المهانة -أو الزوج المهان- ويمس شعورها واعتبارها ويسبب ألما نفسيا نتيجة ألفاظ الإهانة والإذلال والتحقير¹.

كما يكون العنف النفسي أشمل من العنف اللفظي، فالثاني ينطوي تحت المفهوم الأول وما هو إلا نوع من أنواعه. وحسب تعريف المعهد الدولي لتضامن النساء، يعد العنف النفسي أي عنف أو سلوك يقوم على الاساءة من أجل تقويض كرامة المرأة وإضعاف ثقتها بذاتها والاقبال من إحساسها بقدرها، ويبدأ من النقد غير المبرر والتحكم والسخرية والاهانة والبدائة والاستخدام الدائم للتهديد، كما يمكن أن يعبر عن نفسه في المجتمعات متماسكة البنیان عبر إثارة الشائعات التي تدمر سمعة المرأة ومصداقيتها في مكان العمل أو العائلة²، كما يدخل في نطاقه التصرفات التي تمنع المرأة من ممارسة أعمال ترغب القيام بها كمواصلة التعليم والزواج والعمل³.

كما تم تعريف العنف النفسي في توصية مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بخصوص تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية من أجل التصدي للعنف ضد المرأة على أنه " كل سلوك أو نزعة لأجل السيطرة أو الإكراه أو تهديد أو أي تصرف متعمد لأجل الإضرار الجسيم بالسلامة النفسية عن طريق الإكراه أو التهديد"⁴، وللتهديد علاقة وطيدة بالإكراه، فهذا الأخير يكون معنويا حين يكون الوعيد والتهديد منتظر الوقوع⁵.

لذلك يتصور العنف النفسي بين الزوجين في كل أعمال التحكم المهين ومنع الخروج مطلقا من المنزل وزيارة الأقارب، مثلما يكون باستخدام وسائل التهديد كالتطرد من المنزل أو الحرمان من بعض الحقوق أو المنع من العلاج النفسي، باستغلال الزوج للسلطة الممنوحة له أو الأفضلية المالية أو التهديد بالتشهير بها

¹ مريفان مصطفى رشيد، جريمة العنف المعنوي ضد المرأة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2016، ص 72.

² مقتبس عن: أمل سالم العواودة، مرجع سابق، ص 42.

³ فتحي نياي سبيتان، قضايا عالمية معاصرة، الجنادرية للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2012، ص 80.

⁴ United Nations Office on Drugs and Crime Strengthening, Crime Prevention and Criminal Justice Responses to Violence against Women, Publishing production: English, Publishing and Library Section, United Nations Office at Vienna, United Nations New York, 2014, p 39

⁵ سعاد إبراهيم صالح، مرجع سابق، ص 59.

أو نشر صورها/صوره بما يضر بسمعتها وسمعة أهلها لاسيما من الزوج السابق، أو إكراهها على أفعال غير أخلاقية أو مهينة بها.

ولعله من المسلم به، أن مسألة العنف النفسي وبعض معاييرها قد تختلف من مجتمع إلى آخر بحيث أن بعض الأعمال والسلوكيات تكون نسبية بين المجتمعات ومتعلقة بالحقوق الزوجية، فمنع الزوج زوجته من السفر وحدها هو أمر مشروع في مجتمعنا الإسلامي مثله مثل منعها من مزاوله وظيفة في مكان مشبوه أو يكثر فيه الاختلاط، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره فعل مضر بالصحة النفسية للمرأة أو الاحتجاج بالمعايير الدولية كحق المرأة في حرية التنقل مثل ما هو منصوص عليه في المادة 12 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة التي تلغي كل سلطة زوجية وأبوية تقيد حرية المرأة في السفر والتنقل وهو الأمر الذي يعد ضرباً للأسرة والعلاقة بين أفرادها.

ونشير هنا إلى أنه رغم كون كل هذه المفاهيم تحصر السلوكيات والتصرفات التي من شأنها أن تؤثر على الصحة النفسية للضحية، إلا أن الأمر سيصطدم بعائق الإثبات؛ فيصعب كثيراً إثبات وقوع العنف النفسي ويصعب أكثر إثبات أن الزوجة المُعنفَة قد تضررت فعلاً من أي فعل يصنف على أنه قد يضر بالصحة النفسية وتتحرك على أساسه الدعوى الجنائية، هذه الصعوبات كانت باعتراف هيئة الأمم المتحدة للمرأة وهو ما يظهر في دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة حين أوصت من خلاله بضرورة الاستفادة من الخبرة الفنية للمختصين النفسانيين والمستشارون والمحامون ومقدمو الخدمات من أجل الشكاوى وكذا الناجيات من العنف، وحتى الأوساط الأكاديمية لأجل تحديد ما إذا كان السلوك المعني يشكل عنفاً¹.

ثالثاً: العنف الاقتصادي

تسعى المواثيق والأعمال الدولية التي تم نكرها سابقاً إلى حظر العنف الاقتصادي ضد النساء والزوجات على أساس أن فكرة تحقيق الاستقلال المالي للمرأة سيقوي من مركزها داخل الأسرة والمجتمع وهو ما لا يتحقق إلا برفع التمييز عنها في المجال الاقتصادي والمالي وضمان الوصول إلى مركز مساوٍ للرجل في هذه المجالات، الأمر الذي سيحقق المساواة ويكسر بعض من الأنماط والأدوار الاجتماعية بين الرجل والمرأة، كما أنه سيقبل إلى حد بعيد من العنف ضد المرأة الناتج عن تبعيتها للرجل لاسيما من خلال الأدوار النمطية المحددة سلفاً في بعض الثقافات.

¹ هيئة الأمم المتحدة للمرأة: هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين، دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة، حقوق الطبع محفوظة للهيئة، نيويورك، 2002، ص 22.

فوفقا للبند 23 للتوصية العامة 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة فإن العنف الاقتصادي هو شكل من أشكال التمييز ضد المرأة، وضمان تكافؤ الفرص بين المرأة والرجل في الحصول على الدخل المالي والوصول إلى الموارد المالية خطوة هامة نحو إعمال حقوق المرأة بموجب الاتفاقية، وخلاف ذلك قد يرغم الكثير من النساء على البقاء في علاقات تحمل عنفا ضدها، وهو ما سيعزز أيضا من تنميتها، واحترام ذاتها كما اعتبرت التوصية "أن تحلل الرجال من مسؤولياتهم الأسرية يمكن أن يعتبر شكلا من أشكال العنف والإكراه وهذه الأشكال من العنف تعرض صحة المرأة للخطر وتضعف قدرتها على المشاركة في حياة الأسرة والحياة العامة على أساس من المساواة".

ويرتبط العنف الاقتصادي بوجه خاص بقوانين الأسرة والميراث والذمة المالية، فضلا عن القوانين المتعلقة بالنشاط الاقتصادي للمرأة كالقوانين المتعلقة بالأهلية التجارية، مثلما أنه مرتبط بحق من حقوق الإنسان الأساسية وهي الحقوق الاقتصادية كالحق في الملكية والحق في العمل¹.

ويتمثل العنف الاقتصادي في إطار الزواج بحرمان المرأة من ممتلكاتها كالاستلاء على ميراثها أو أرباح من تجارة لها أو حتى راتبها تعسفا ودون وجه حق، أو حتى توقيف تجارتها لإذلالها والسيطرة عليها، كما يُتصور العنف الاقتصادي بعدم احترام مبدأ استقلال الذمة المالية وهو مبدأ كفه الإسلام للمرأة، لذا فإن كل اعتداء على مال الزوجة دون رضاها أو بواسطة التهديد أو الإكراه يندرج ضمن العنف الاقتصادي المحرم دوليا، والأهم أن اغتصاب مالها محرم شرعا.

ويشب الواقع أن العنف الاقتصادي يرتبط ارتباطا وثيقا ببقاء الزوجة مع أزواج مسيئين ومنحرفين خلافا لرغبتهم، وذلك بمنعهم من الحصول والوصول لأي موارد مالية لأجل اخضاعها وبقائها دون أن تلجأ للتطليق رغم توفر أسبابه شرعا وهو ما يعرضهن لضرر نفسي ومادي نتيجة لذلك.

¹ فايز محمد حسين محمد، العنف الاقتصادي ضد المرأة بين النظام القانوني المصري والشريعة الإسلامية والمعايير الدولية لحقوق المرأة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية (حقوق المرأة في مصر والدول العربية)، ديسمبر 2010، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2011/2010، ص 1811.

وربطت بعض الدراسات هيمنة الرجل في المجال الاقتصادي بتقييد دور المرأة الثانوي داخل الأسرة¹، كما بينت تقاطع العوامل المالية/الاقتصادية وعنف الزوج (أو الشريك) بأربع طرق على الأقل وهي²:

أ- أن النساء الفقيرات معرضات للإيذاء أكثر من الغنيات، فعلى الرغم من أن العنف المنزلي يشمل جميع الطبقات الاجتماعية والاقتصادية، فإن الأدلة المتزايدة تشير إلى أن النساء الفقيرات قد يتعرضن بشكل خاص للعنف المنزلي.

ب- كثيراً ما تُمنع المرأة من ترك شريك مسيء بسبب التبعية الاقتصادية.

ج- يرتبط الوضع الاقتصادي للمرأة وقدرتها على الحصول على عمل أو الحفاظ عليه ارتباطاً كبيراً بالعنف ضد المرأة ويتأثر به.

د- يستخدم الأزواج والشركاء مجموعة متنوعة من التقنيات المتعمدة التي تؤثر سلباً على الرفاه الاقتصادي للمرأة.

كما ربط تقرير لمنظمة اليونيسيف؛ تبعا لدراسة استقصائية مركزة على الدول النامية، بين تعزيز المساواة بين الجنسين ورفع التمييز عن المرأة في المجال الاقتصادي وتعزيز استقلالها المالي الذي يساهم في استقرار الأسرة ويؤثر إيجاباً على الطفل ونمائه، لأن المرأة هي التي تقدم الرعاية الرئيسية للأطفال، ولأن استقلال المرأة الذي يعرف بأنه القدرة على التحكم في حياتها والمشاركة في اتخاذ القرارات التي تؤثر عليها وعلى أسرته يرتبط بتحسين تغذية الأطفال، وهو ما يعوقه التمييز ضد المرأة كمحاباة التقاليد الثقافية للرجل وتفضيله للسيطرة على الأراضي والثروات ودخل الأسرة والزوجة³، ونشير هنا إلى أن التقرير قد منح الجوائز بخصوص عدم التمييز والمساواة بين الجنسين في التمتع بالحقوق الاقتصادية والفرص المتساوية الرقم 2.8 بحيث يمثل الرقم 1 أدنى درجة والرقم 5 أعلى درجة، أما الحصول على الدرجة 3 فهو يشير إلى التزام منقوص بمعايير الحقوق المقبولة عالمياً⁴.

¹ Jody Raphael, Saving Bernice: Battered women, welfare, and poverty, Northeastern University Press, Boston MA, 2000. cited in: Cynthia K Sanders, Economic abuse in the lives of women abused by an intimate partner: A qualitative study, Violence against women, 2015, vol. 21, no 1, p 5.

² Cynthia K Sanders, op. cit., p 5

³ أنظر: منظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونيسيف، تقرير وضع الأطفال في العالم 2007: طبعة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، يناير/كانون الثاني 2007، ص 3-4-12-19

⁴ أنظر: منظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونيسيف، تقرير وضع الأطفال في العالم 2007، ص 13.

رابعاً: العنف الجنسي

يعد محاربة المجموعة الدولية للعنف الجنسي والاعتصاب الذي يصنف ضمن جرائم العنف والاكراه التي تؤثر على حياة المرأة وصحتها الجسدية والنفسية وحتى عائلتها لاتصالها بالعرض والشرف؛ مبرراً لقبح وفضاعة تلك الجرائم.

وتحارب الأعمال والاتفاقيات الدولية جميع ضروب العنف الجنسي بداية من التحرش بأي ألفاظ أو تصرفات تخدش الحياء وخصوصية جسد المرأة، سواء تم ذلك باللمس أو الايماء أو أي طريقة أخرى أو الاعتصاب الذي يعد أشد أنواع العنف الجسدي وأكثرها ضرراً، إلا أن الفارق والإشكال يكمن في تصور العنف الجنسي بين الزوجين، فهل أن واقعة الرجل لزوجته بناءً على حقه الشرعي الذي استحلّه بموجب عقد الزواج دون أن تكون راضية يوصف بأنه جريمة اغتصاب في حقها؟

هذه النقطة غير المبررة التي سبق وأن أشرنا إليها حين تطرقنا لمسألة المساواة بين الزوجين في مباشرة الفعل الحميمي؛ فقد تبنت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والنصوص الاتفاقية المعنية بالقضاء على العنف ضد المرأة المرجعية النسوية الراديكالية في تجريم واقعة الزوج لزوجته والزج به في السجن لمجرد أنها غير راضية في يوم من الأيام، ونتيجة لذلك ظهر مصطلح "الاعتصاب الزوجي" بوصفه انتهاكاً لحقوق الإنسان الأساسية للمرأة.

وبالرجوع الى التوصية 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة نجد أنها قد أشارت إليه بطريقة مبهمّة تحت عبارات "الاعتصاب في إطار العلاقات الأسرية" والاعتصاب كنمط من أنماط العنف الأسري¹، غير أنه جاء في ملاحظاتها الختامية وتوصياتها للدول؛ الدعوة إلى سن تشريعات تجرم الاعتصاب الزوجي²، وبخصوص الجزائر أعربت اللجنة عن قلقها من خلو قانون العقوبات الجزائري من تعريف للاغتصاب يشمل الاعتصاب الزوجي، لذا انتهت في ملاحظاتها إلى توصية للجزائر بأن "تضمّن في قانون العقوبات

¹ أنظر البند 23 و23-ب من التوصية.

² تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة عن دورتها الثالثة والثلاثون، الجزء الأول، مارس 2005، أنظر على سبيل المثال البند 109 بشأن جمهورية لاو، والبند 103 بشأن جمهورية كوريا، وثيقة A/60/38(SUPP).

تعريفًا للاغتصاب يشمل الاغتصاب الزوجي وغيره من الجرائم الجنسية التي ينبغي أن تحدد على أنها جرائم جنسية ترتكب دون موافقة الشخص المعني¹.

ونشير هنا إلى أن هذه الملاحظات بشأن قانون العقوبات الجزائري ليست هي الأولى من نوعها، ففي إطار ما يعرف بولاية "المقرر الخاص المعني بأسباب العنف ضد المرأة وعواقبه" الصادر عن مجلس حقوق الإنسان بالقرار رقم 1994/45 المعتمد بتاريخ 13 مارس 1994²؛ أشار تقرير صادر عن مجلس حقوق الإنسان سنة 2008 تبعا لبعثة إلى الجزائر سنة 2007 إلى أن انتشار الاغتصاب الزوجي وغيره من أشكال الاعتداء الجنسي بين الأزواج هو نتيجة للاعتقاد السائد بأن الرجل له الأحقية المطلقة في إقامة علاقة جنسية مع زوجته بصرف النظر عن رضاها أو موافقتها³.

كما يذكر التقرير أن مسحا أجري سنة 2006 بطلب من وزيرة التضامن وقضايا المرأة أثبت وجود الاغتصاب الزوجي في المجتمع، ويضم إليه الاغتصاب مع شركاء في ظل علاقات خارج إطار الزواج، وقالت المبعوثة المكلفة أن القضاة والموظفون القضائيون الذين التقت بهم، ذكروا بأنهم في ظل غياب اجتهاد قضائي لا يمكنهم الحكم على أن الاغتصاب الزوجي يشكل جريمة أو لا، وتذكر المبعوثة أنه حسب معلومات كتابية قدمتها الحكومة، أن المحكمة ترى أي إيلاج جنسي مصحوب بعنف معنوي أو مادي تتعرض له المرأة يشكل عناصر لجريمة اغتصاب وأن هذا التعريف القضائي لا يستثني الاغتصاب الزوجي⁴.

مثلما ركز تقرير لاحق سنة 2011 على قانون العقوبات وصعوبات تفسيره فيما إذا كان يجرم صراحة الاغتصاب الزوجي والعنف الجنسي الزوجي، طالما أن المادة 336 الخاصة بتجريم الاغتصاب لا تضم

¹ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون 13 شباط/فبراير - 2 آذار/مارس، 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/DZA/CO/3-4، ص 9-10.

² Question of integrating the rights of women into the human rights mechanisms of the United Nations and the elimination of violence against women, 45/1995 available at:

<https://web.archive.org/web/20051202082743/http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/401503e99f333b03802567360041e65c?Opendocument>

- معلومات حوله باللغة العربية على الرابط:

<https://www.ohchr.org/ar/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx>

³ مجلس حقوق الإنسان، الدورة السابعة، البند 3 من جدول الأعمال، تقرير المقررة الخاصة المعني بمسألة العنف ضد المرأة: أسبابه وعواقبه، السيدة "ياكين إيرتورك"، بعثة إلى الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/7/6/Add.2، 13 فيفري 2008، ص 14-15.

⁴ مجلس حقوق الإنسان، الدورة السابعة، البند 3 من جدول الأعمال، تقرير المقررة الخاصة المعني بمسألة العنف ضد المرأة: أسبابه وعواقبه، مرجع سابق، ص 15.

في طياتها حكما صريحا يخص الاغتصاب الزوجي ولا لتعريف الاغتصاب عموماً¹، وتمت نتيجة لذلك التوصية بصفة خاصة على مناقشة المسألة في إصلاح قانون العقوبات²، كما تم تعريف الاعتداء الجنسي في توصية من خلال دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة ليشمل الاغتصاب الزوجي³.

لقد أصبحت العلاقة الجنسية بين الزوجين مقيدة في القوانين الغربية بحدود لا يجوز تجاوزها وتكمن هذه القيود في الرضا الكامل، بحيث يجب أن تكون الزوجة راضية في معاشرتها زوجها، نتيجة تأثر هذه القوانين بمبادئ الحرية الفردية والجنسية للمرأة طالما أنها تُشرع للعلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج وتعترف بها وبالبنوة الناتجة عنها مثلها مثل الزواج.

والاغتصاب الزوجي حسب الأعمال الدولية والقوانين في هذا المجال مثله مثل اغتصاب الشريك الحميم، كما أنه باستقصاء تقارير المنظمات الدولية بما فيها منظمة الصحة العالمية والأبحاث الغربية⁴؛ نجد بأن أكثر ما تعاني منه المرأة وما تتعرض له من اغتصاب وإكراه وإهانة جنسية كان في العلاقات الجنسية المحرمة التي تقع مع شريك خارج الزواج، لذا فالحل هو محاربة هذه الأنماط من العلاقات طالما أنها السبيل الأكبر لتعرض المرأة للاغتصاب والعنف الجنسي وليس الزواج الذي نظم تلك العلاقات على أسس متينة ومنظمة.

لذا فإن التسوية بين العلاقة الجنسية التي تتم دون رضا المرأة من طرف شريكها خارج نطاق الزواج مع نفس العلاقة التي تحدث في إطار الزواج، هو اعتراف صريح بهدم نظام الزواج والنظام الأخلاقي للمجتمع، واعتراف بعدم وجود اختلاف بين العلاقتين سوى من جهة بعض الالتزامات القانونية التي يفرضها الزواج، وتصير الزوجة والعشيقة في نفس المركز، لذلك فالأمر ليس سوى تبني صريح للحرية الجنسية وإباحة للزنا مثلما يحدث في الدول الغربية بالتسوية بين العلاقتين.

¹ مجلس حقوق الإنسان، الدورة السابعة عشر، البند 3 من جدول الأعمال، تقرير المقررة الخاصة المعني بمسألة العنف ضد المرأة، أسبابه وعواقبه - بعثة إلى الجزائر، السيدة مانجو، تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة، (A/HRC/17/26/Add.3)، 19 ماي 2011، ص 21.

² المرجع نفسه، ص 25-26.

³ هيئة الأمم المتحدة للمرأة: هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين، دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة، مرجع سابق، ص 24.

⁴ Melanie Randall And Vasanthi Venkatesh, The right to no: The crime of marital rape, women's human rights, and international law Brook. J. Int'l L., 2015, vol. 41, issue 1, p 162.

كما أن مقصد إحصان الزوج كان هو الأساس في معارضة قيام أي مسؤولية جنائية ضد الزوج عند جمهور الفقه الإيطالي والفرنسي قبل صدور قوانين تجرم هذه المسألة، والذي عُبر عنه بمقصد إشباع الشهوة، فإذا واقع الرجل زوجته برضاها أو رغما عنها فهو يمارس حقا تقرر بمقتضى عقد الزواج وهذا الحق سبب مبيح يرفع عن الفعل صفة اللامشروعية مادام أنه قد تم في ظل زواج صحيح لا يشوبه انفصال، وفي ظل ظروف طبيعية لا تشكل خطرًا على الزوجة وحملها¹، واعترض جانب آخر من الفقه الإيطالي على عدم التجريم، تأسيسا على الحرية الجنسية التي ينبغي ألا تُهدر ولو تعارض الفعل مع طبيعة ومقاصد الزواج فلا ينبغي لأحدهما إكراه الآخر على الوطء ولا على تحمله².

كما أن عددا كبيرا من الحالات التي توصف على أنها اغتصاب زوجي في الدول الغربية، ليست من بينها ممارسة العلاقة الجنسية بغير رضا الزوجة، بل تتعداه لأعمال وحشية وغير أخلاقية كإدخال أشياء في المهبل، والإجبار على ممارسة الشذوذ الجنسي والاجبار على ذلك أثناء النفاس، الذي أدى إلى اصابتهم بأمراض وآلام جسدية ونفسية تصل إلى حد العقم، وكذا ممارسة العلاقة الجنسية تحت التهديد بالسلاح أو سكين أو أشياء أخرى تستخدم كأسلحة³، وغيرها من الأعمال التي هي في الأصل محرمة شرعا ويعاقب عليها الزوج ويؤدب بالتعزير فضلا عن كونها جريمة جنائية يعاقب عليها القانون.

فإذا ما رجعنا إلى نظام الزواج في الشريعة الإسلامية نجد أنه مبني على الرضا والمودة والرحمة، فإذا كرهت الزوجة زوجها بما يؤدي بالضرورة إلى عدم رضاها في معاشرته جنسيا؛ فقد شرع الإسلام طرقا أخرى عن طريق التلطيق والخلع، فضلا على أن العلاقة الجنسية محددة بضوابط شرعية فتكون محرمة إذا تم الأمر في غير موضعه الطبيعي، مثلما أنه لا يجوز وطئها في حالة الحيض والنفاس وهو بلا شك يحمي حالتها الصحية والنفسية مثلما يحمي حالة زوجها.

فالإسلام لما أباح لكل واحد من الزوجين أن يستمتع بالآخر، فقد أباحه على النحو المقصود شرعا حتى يتحقق العفاف والتحصين لكليهما، إضافة إلى ابتغاء الحصول على الولد، إلا أنه لم يجعله مطلقا وإنما مقيد بقيود معينة يقسمها الفقهاء إلى قيود متعلقة بمحل الاستمتاع فلا يكون إلا في محل الحرث وهو الفرج، وقيود تتعلق بزمان الاستمتاع فلا يجوز للزوج أن يأتي زوجته في جميع الأوقات فهو مقيد بعدم

¹ ذكر هذا الرأي: عوض محمد عوض، الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة: دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، كلية القانون، ع 3، 1973، ص 154-155.

² المرجع نفسه، ص 156.

³ See: Jacquelyn Campbell and Peggy Alford, The Dark Consequences of Marital Rape, The American Journal of Nursing, vol. 89, no. 7, 1989, p 947-948.

إتيانها وهي صائمة في نهار رمضان ولا أثناء الاحرام والاعتكاف في المسجد، مثلما أنه مقيد بظروف معينة فلا يجوز الجماع إذا كان الزوج مصاب بمرض معدي كالإيدز ولا أثناء الحيض والنفاس، ولا أثناء الظهر إلا بعد التكفير أو حين تكون الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع¹.

وذهب جمع كبير من الفقهاء إلى وجوب تعزيز القاضي للزوج إذا أتى زوجته من دبرها باللوم والتأديب وبالضرب والحبس، ولها حق طلب الطلاق إذا أجبرت على ذلك²، لذلك يكاد يجمع الفقه الجنائي على أن إتيان المرأة من دبرها بغير رضاها يقوم به جريمة هتك العرض على أساس أنه ليس مباحا شرعا ولا يقتضيه الغرض الشرعي للجماع³، كما أنه لا مانع من أن يعزر الرجل إذا أتى امرأته وهي حائض قياسا على الضرر اللاحق بالمرأة والرجل، ولكون الفعل معصية لم ينص الشارع على عقوبة محددة لها⁴.

وعلى ذلك، يمكن القول بأن معاقبة الزوج جنائيا تكون على أساس إتيان الأفعال المحرمة شرعا، أي لتجاوز الحدود الشرعية لحق الاستمتاع، وتكييف العقوبة وفقا لجسامة تلك الأفعال والضرر اللاحق بالزوجة، أو أن يصاحب الفعل أفعالا شاذة ومحرمة، كأن يصاحب الفعل الأذى والجرح ويعاقب الزوج على أساس وصف آخر كأن يتابع جنائيا على أساس جريمة الاعتداء الجسدي وليس على أساس الاغتصاب الزوجي.

المطلب الثاني

المعالجة الجنائية للعنف الزوجي في القانون الجزائري

مع تزايد اعتراف المجتمع الدولي بالعنف ضد المرأة والإجماع على أنه مشكلة تتعلق أساسا بحقوق الإنسان، وتكثيف المطالبات الدولية باتخاذ تدابير قانونية فعالة على مستوى القانون الجنائي، فضلا عن انعكاسات التعديلات الدستورية ذات الصلة بالمساواة بين الجنسين، وإدراك الحكومة الجزائرية -تحت تكثيف مطالب الجمعيات النسوية- للعنف الممارس ضد المرأة لا سيما العنف الزوجي الذي ترجم بإصدار القانون رقم 15-19 المتضمن تعديل قانون العقوبات، والذي تضمن مواد خاصة تحارب العنف ضد المرأة في

¹ أنظر في ذلك: عبد الحليم محمد منور علي، الأحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة الأزهر، مصر، 1423هـ/2002م، ص 39.

² أنظر: المرجع نفسه، ص 90.

³ المرجع نفسه، ص 73.

⁴ المرجع نفسه، ص 367-368.

النطاق العام وفي نطاق الأسرة على وجه الخصوص، الأمر الذي تم التأكيد عليه مؤخرًا-أي حماية المرأة من العنف- عن طريق دسرتة ضمن المادة 40 من التعديل الدستوري لسنة 2020¹.

لقد واصل المشرع الجزائري تعديلاته القانونية لأجل تمكين المرأة وترسيخ أكثر لمبدأ المساواة بين الجنسين على المستوى الوطني، هذه المرة عن طريق تجريم العنف ضد المرأة؛ ومعتمدا في إدراجه لهذه الأحكام تلك المبادئ والمعايير الأساسية المعتمدة في القانون الدولي للتصدي لظاهرة العنف المبني على أساس الجنس، بحيث تضمن التعديل تجريم جل أشكال العنف ضد المرأة في الأماكن العمومية والتحرش الجنسي في مكان العمل، وكذا مختلف أشكال العنف الزوجي بما فيها العنف الجسدي والنفسي والاقتصادي. وسنركز في نطاق بحثنا على المعالجة التشريعية للعنف القائم بين الأزواج وإن كان المقصد منه توفير حماية فعلية للزوجة من أشكال العنف النفسي والجسدي والاقتصادي المحدد بالمواد 266 مكرر و266 مكرر 1.

الفرع الأول

نطاق تجريم العنف الزوجي الواقع على السلامة الجسدية

تجرم المادة 266 مكرر من ق.ع المستحدثة كليا العنف الجسدي الواقع بين الزوجين، بحيث نصت المادة على أنه يعاقب بالحبس " كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه"، وما يمكن ملاحظته هنا أنه على الرغم من كون المادة 266 مكرر جاءت لتنبذ العنف الواقع على الزوجة وتجسد حماية جنائية بنصوص صريحة، إلا أن صفة الضحية في المادة 266 مكرر جاءت لتشمل كلا الزوجين، ولكي نعطي فكرة واضحة عن هذه الجريمة، سنبحث في صفة الجاني (أولا) قبل البحث في عناصرها وإجراءات المتابعة الخاصة بها (ثانيا).

أولا: صفة الجاني

لا يخفى عن المشرع الجزائري حقيقة أن المرأة هي الضحية الغالبة للعنف داخل الجدران المنزلية لذلك جاء تعديل قانون العقوبات بغية الحد من أنماط العنف الزوجي الذي طالما هدد الأسرة والحياة الاجتماعية، ومع ذلك جاء نص المادة 266 مكرر ليشمل كلا الزوجين دون أن يستثنى أحدهما من نطاق

¹ حيث نصت المادة 40 على أن الدولة تحمي المرأة "من كل أشكال العنف في كل الأماكن والظروف، وفي الفضاء العمومي والمجالين المهني والخاص، ويضمن القانون استعادة الضحايا من هياكل الاستقبال ومن أنظمة التكفل، ومن مساعدة قضائية".

التجريم، فكل زوج يحدث عمدا ضربا أو جرحا بشريكه يكون مهددا بالمتابعة الجنائية ولو قامت به الزوجة ضد زوجها.

فضلا عن كون العنف البدني بين الزوجين هو أول سبب لعدم استقرار الأسر وانهارها، نجد أن السبب الأول في عدم التمييز بين الزوجين في تجريم هذه الاعتداءات هو حماية حق الإنسان في سلامته الجسدية. هذا الحق الذي يعتبر من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بعد حقه في الحياة¹، فهو ثابت لكل إنسان حي وحماية هذا الحق من صلب مهام القانون الجنائي الذي يضطلع بحماية حياة الإنسان من بدايتها إلى غاية انتهائها، وذلك بتجريم كل مساس بحقه في الحياة وفي سلامته البدنية²، وهو نتيجة طبيعية للمحافظة على حياته والتمتع بها سليما معافا، والذي لا يتم إلا بتكامله العضوي الظاهري أو الشكلي وسلامة وظائفه الطبيعية التي تضطلع بها أعضاء جسمه الداخلية بلا استثناء³.

وبناءً على ذلك، جرم المشرع الجنائي كل أفعال الضرب والجرح تماشيا مع النصوص العقابية؛ لذا فلا أساس للتمييز بين الزوجين في ذلك، إذ يستوي أن يكون الجاني هنا الزوج أو الزوجة فكلاهما له الحق في سلامته الجسدية وعدم التعرض لما ينتهكها.

وبما أن شرط قيام الجريمة هو وقوعها بين الزوجين، لذا فالرابطة الزوجية يجب أن تكون صحيحة طبقا لقانون الأسرة، ولا يشترط أن تكون إقامة الزوجين تحت سقف واحد بل يكفي أن تكون صفة الفاعل زوج أو زوجة، ولو كان كل واحد منهما يعيش منفصلا عن الآخر كأن تكون الزوجة مقيمة في بيت أهلها طبقا للفقرة 4 من المادة 266 مكرر.

وما يثير الانتباه أن المشرع وضع حكما يتناسب تماما مع ما هو حاصل في الواقع؛ فمن بين ما أتت به الفقرة الرابعة من المادة 266 مكرر، قيام الجريمة في حق للزوج السابق طالما أن تلك الأعمال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة، فقد يعتدي الزوج على زوجته السابقة انتقاما منها بسبب خلعه له أو لأي

¹ امحمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، القانون الجنائي الخاص - المعمق في شروح، مكتبة الرشاد، ط1، 2020، المغرب، ص 133.

² فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 132-133 / مجدي محمد جمعة، ص 213.

³ عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، طبعة خاصة بالتعليم المفتوح، 2009-2010، ص 78.

سبب يعد من مخلفات الحياة الزوجية السابقة، حيث ثبت من خلال العمل القضائي أن الطلاق لم يعد يضع حدا للعنف الزوجي وتحديدًا عنف الرجل ضد طليقته أو زوجته السابقة بأعمال انتقامية ضدها.

وفي ذلك أكد حقوقيون أن نسبة الاعتداء على المطلقات على مستوى المحاكم في ارتفاع كبير في الآونة الأخيرة، مؤكداً على أن ما يزيد عن 30 من المئة من العنف الممارس ضد النساء يتعلق بالمطلقات اللواتي يعتدى عليهن من قبل أزواجهن السابقين، ويعزى ذلك إلى "تزايد قضايا الخلع في الجزائر التي كانت وراء الكثير من الاعتداءات والجرائم المرتكبة ضد المطلقات، فبعض الزوجات يخلعن أزواجهن، وهم يحبونهن أو صرفوا عليهن أموالاً طائلة، الأمر الذي يترك حالة من الحقد والنزعة الانتقامية عند أزواج نجحت نساؤهم في خلعهم أمام القضاء، فيعتدون عليهن بالضرب أو حتى القتل"¹.

ثانياً: أركان جريمة العنف الجسدي بين الزوجين

يشترط لقيام الجريمة في حق الزوج تعمد إتيانه لأعمال تشكل تهديداً أو ضرراً يقع على سلامة زوجه الجسدية، لذلك فالجريمة تكتمل بإتيان تلك الأفعال المادية مع توفر عنصر العمد لدى الزوج الجاني.

1- الركن المادي

نصت المادة 266 مكرر على السلوكيات التي تقع على المحل المادي²، وهو جسم الزوج؛ السلوكيات التي من شأنها أن تشكل عنفاً بدنياً يضر بزوجه وينتهك حقه في السلامة في صورتين هما الضرب والجرح، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن موقف المشرع من الضرب الخفيف الذي يدخل في حق الزوج في ظل وجود أحكام المادة 266 مكرر.

وفضلاً عن السلوكيات والأفعال التي تمثل الركن المادي؛ فهذا الأخير لا يكتمل إلا بتوفر النتيجة المترتبة عن هذه الأعمال، والعلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة.

أ- الأعمال المادية لجريمة العنف الجسدي بين الزوجين

¹ وهيبة سليمان، حقوقيون يحذرون من تفاقم الظاهرة التي تجاوزت 30 بالمائة من العنف ضد المرأة: قتل المطلقات يتصدر الجرائم ضد النساء في الجزائر، منشور على موقع جريدة الشروق بتاريخ 2019/10/21 على الرابط التالي:

<https://www.echoroukonline.com/قتل-المطلقات-يتصدر-الجرائم-ضد-النساء-ف/>

² محمد أبو العلاء عقيدة، شرح قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ج1، دون ناشر، ط2، 2005، ص 91.

يتخذ الفعل أو العمل المادي لهذه الجريمة في الصور المبينة في المادة 266 مكرر وهي الضرب أو الجرح.

- الضرب

يتحدد السلوك أو النشاط الاجرامي في هذه الجريمة في صورته الأولى وهي توجيه الضرب من الزوج الى زوجه الآخر، والضرب هو كل مساس بسلامة الجسم على نحو لا يؤدي إلى تمزيق أنسجته أو إحداث قطع فيه، إذ يستوي في نظر القانون كل وسائل الضغط الخارجي على الجسم، وقد يحدث ذلك باستعمال الأيدي مجردة وبغير استعمال أداة معينة، ولا يشترط العقاب على الضرب عموماً أن يترتب عنه أثر ظاهر على الجسم، فهو عكس الجرح، إذ يفترض فيه عدم تحطيم التماسك الذي يجمع وحدة الأنسجة أو يكون على درجة من الجسامة¹، وتحقق الألم فعلاً ليس لازماً لقيام السلوك الاجرامي باعتباره الحكمة من وراء التجريم، فالضرب يتحقق ولو صادف جزءاً مشلولاً لا يشعر من خلاله الضحية أو كان مغمى عليه²، لذا فالضرب فهو كل فعل مادي يقع على جسم الإنسان بقصد الإيذاء³.

- الضرب الخفيف وحق التأديب

لم ينص المشرع الجزائري حتى قبل تعديل كل من قانون الأسرة وقانون العقوبات بالقانون 15-19 صراحة على الضرب الخفيف الذي يدخل ضمن حق الزوج في تقويم الزوجة الناشز وحملها على ترك المعاصي وأداء واجباتها تجاه زوجها وأولادها إذا تعنتت عن القيام بها، وسلك الطريق السليم الذي تتطلبه مسؤوليات الحياة الزوجية، ورغم سلوك الزوج لطرق الوعظ والإرشاد والهجر؛ وإذا ما رجعنا إلى قانون الأسرة بعد تعديله فقد علمنا أن المشرع قد ألغى واجب الطاعة بإلغائه المادة 39؛ وفي ظل هذه الظروف يمكن الرجوع والاستناد إلى المادة 222 من قانون الاسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية لعدم وجود نص يبيح أو يمنع المسألة بصفة صريحة.

وبالنسبة لقانون العقوبات فقد كانت مسألة الضرب عموماً تخضع للمادة 1/442 التي تجرم كل ضرب أو جرح بين الزوجين المفضي إلى مرض أو عجز كلي عن العمل مدة لا تتجاوز 15 يوم، غير

¹ محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 93، إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، مرجع سابق، ص 69-70

² محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات: القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط 5، 2005، ص 533.

³ فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مرجع سابق، ص 135.

أنه باستحداث المادة 266 مكرر من قانون العقوبات التي تنص على قيام جريمة العنف الجسدي ولو كان الضرب خفيفا ولا يترك أي أثر على الجسم أو مرض حيث جاء النص فيها على أن " كل من أحدث جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب...بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات إذا لم ينشأ الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر يوما"، فإن حق الزوج في التأديب قد خرج بصفة قطعية من أسباب الإباحة في قانون العقوبات ولا يصح قانونا للزوج الاحتجاج بحق التأديب، إذ صار الضرب الخفيف كاف في أن يشكل الركن المادي لجريمة الاعتداء الجسدي بين الزوجين.

إن هذا الحكم يرتب حتما آثارا خطيرة على المجتمع والأسرة المهددة بالانهيار بسبب سوء أخلاق بعض الزوجات، فضلا عن النتائج الشرعية لإنكار هذا الحق باعتباره مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية وإرضاء للنسوية الراديكالية والاتفاقيات والمؤتمرات الدولية على حساب النظام الشرعي الحاكم للأسرة في المجتمع الجزائري، على الرغم من استبعاد تطبيق ذلك في المجتمع على نطاق واسع.

كما أن سوء بعض أخلاق الرجال الذين يتجاوزون حدود وشروط التأديب الشرعي الذي يجهل الكثير من الرجال شروطه وأحكامه الشرعية بما يؤدي إلى التعسف فيه؛ فيمكن تقويمه بطرق أخرى إذا لم ينتج عنه آثار تظهر على الجسم أو مرض أو عجز، كاستدعائه أمام القضاء لتتبيهه وزجره إذا كان يضرب زوجته دون سبب ولو كان ضربا خفيفا لعدم جواز ذلك من الناحية الشرعية، أما تدخل القانون الجنائي لمعاقبة الزوج والزج به في السجن دون الوقوف على أسباب تلك الأفعال ودوافعها هو صك قانوني للزوجة لهدم أسرتها.

- الجرح

يراد بالجرح لغة؛ الشق في البدن، ودرج الفقه على تعريفه بأنه كل قطع في الجسم أو تمزيق أنسجته¹، والجرح في القانون الجنائي عموما هو تمزق أي من أنسجة الجسم نتيجة للعنف وهو بذلك الوصف يشمل الكدمات والسحجات²، والحروق والرضوض وكسور العظام، لذا فالجرح يشكل كل مساس مادي بجسم المجنى عليه من شأنه أن يؤدي إلى تغيرات ملموسة في أنسجته، وقد يتمثل هذا في تمزق تلك الأنسجة أو

¹ محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 93.

² السحجات هي التسلخات التي تحدث من احتكاك جلد المصاب بجسم خشن / أحمد جلال شريف الطباخ، موسوعة الطب الشرعي: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال: الجزء الأول، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2013-2014، ص 97-98.

حدوث انسكابات دموية يتسبب عنها أورام¹، وقد يكون انتشار الدم داخل الجسم، وتقوم جريمة الجرح مهما كانت سطحية الجرح أو عمقه²، وإن لم تظهر أية أعراض خارجية تدل عليه.

وبناءً على ذلك يكون الجرح متحققاً سواء كانت تلك التمزقات خارجية أو داخلية، لذلك يتميز عن الضرب في أن الجرح يترك بصورة قطعية أثراً يدل عليه، لذا فهو لا يتحقق إلا بإحداث التمزيق وهو ما لا يكون في الضرب³، ولا يُستثنى هنا الجروح والكسور الداخلية فهي إن خفت يمكن الكشف عنها بالأشعة. كما يدخل ضمن أعمال العنف الجسدي كل الأفعال التي تضر بالسلامة الجسدية، طالما أنها تحدث نفس الضرر والألم وحتى التلف الذي يحدثه الجرح أو الضرب، وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 264 المعدلة بموجب القانون 06-23 سنة 2006 "بأي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي"، هذه الإضافة من المشرع كانت نتيجة حتمية لتطور التشريع في جرمي الضرب والجرح وإدخال كل أفعال الأذى الجسماني والماسة بالصحة وترجع إلى سبب خارجي⁴، لتشمل أعمال الإيذاء التي يكشف عنها التقدم العلمي كتسليط أشعة تضر بوظائف الجسم أو تسليط تيار كهربائي لا يترك أثر جروح أو كدمات على الجسد⁵.

ونشير هنا إلى أن قانون العقوبات الجزائري يشدد صراحة على جريمة إعطاء المواد الضارة المنصوص عليها في المادة 275 إذا كانت بين الزوجين وفي كل الأحوال تبعا لجسامة النتيجة المترتبة عليها حسب ما هو موضح في المادة 276.

ب- النتيجة الإجرامية

النتيجة كعنصر في الركن المادي هي التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك⁶، وتتمثل النتيجة الاجرامية هنا في الأذى الذي يصيب جسد الزوج والتي تؤثر درجته بدورها في شدة العقوبة، فالنتيجة الاجرامية هنا شرط لازم ليصير الزوج مسؤولاً جنائياً عنها مثلما هو موضح في المادة 266 مكرر، والمتمثلة

¹ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 211.

² محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات: القسم الخاص، مرجع سابق، ص 532.

³ ماهر عبد شويش درة، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، دون تاريخ نشر، ص 186.

⁴ جندي عبد الملك، مرجع سابق، ج 5، ص 777.

⁵ فريجة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري: جرائم الاعتداء على الأشخاص - جرائم الاعتداء على الأموال، ديوان

المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2015، ص 143.

⁶ علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات: القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المال والإنسان، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص 60.

في المرض والعجز الكلي عن العمل أو العاهة المستديمة أو الوفاة دون قصد إحداثها، إلا أنه يثار التساؤل في النتيجة الاجرامية في الضرب الخفيف الذي لا ينتج عنه أي من الحالات السابقة سوى ألم خفيف يصعب إثباته.

ج- الرابطة السببية

يكون الزوج مسؤولاً جنائياً عن كل النتائج التي تسبب بها سلوكه. ومادام أن السببية في القانون الجنائي مسألة موضوعية بحتة لقاضي الموضوع تقديرها بما يقوم لديه من دلائل¹؛ فإن عناصر الركن المادي تكتمل بثبوت الرابطة السببية بين النتيجة وسلوك العنف الصادر من الزوج التي يقدرها القاضي وفقاً لما أتيج له من ظروف، ووفق وما وصلت إليه وسائل الإثبات ونتائج الطب الشرعي، لاسيما من حيث إثبات الرابطة بين فعل الأذى الصادر عن الزوج وجسامة النتيجة، فالنتيجة ليست بالضرورة واحدة فخطورتها تتفاوت تبعاً لوسيلة العنف المستخدمة، صحة الضحية، وحالته البدنية، فقد تكون الزوجة حامل أو الزوج مريض من ذوي الاحتياجات الخاصة وهو ما يؤثر بدوره في شدة العقاب وفي حق الصفح من عدمه.

2- الركن المعنوي

يتخذ الركن المعنوي في جريمة الاعتداء الجسدي العمدي على الزوج -كمثلها في النطاق العام- صورة القصد الجنائي، والقصد الجنائي المتطلب هو القصد الجنائي العام²، ولا يشترط توافر قصد جنائي خاص، فطالما أن إرادة الزوج الحرة كانت متجهة نحو الاعتداء على زوجه بالضرب أو الجرح، فإن الركن المعنوي للجريمة يكتمل دون البحث في القصد الجنائي الخاص إذا نتج عن فعل الاعتداء عاهة أو مرض أو بتر لأحد الأعضاء.

ويقوم القصد الجنائي العام على العلم بأركان الجريمة، وإرادة فعل الاعتداء بانصراف إرادة الزوج إلى ارتكاب فعل الضرب أو الجرح وتعمد إحداثه³، وإيقاع الأذى ولو أفضى إلى نتيجة أكثر جسامة مما كان يتوقعها الجاني أو يسعى إلى تحقيقها⁴.

¹ جندي عبد الملك، مرجع سابق، ج 5، ص 790.

² محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 143/ إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، مرجع سابق، ص 76.

³ محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، 143-144.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور، مرجع السابق، ص 77.

كذلك يكون المتهم هنا مسؤولاً عن "النية غير المحدودة"¹، كأن يتشاجر الزوج مع زوجته وأهلها أو أولادها فيلقي بأشياء نحوهم تصيب الزوجة وتسبب لها ألماً أو جرحاً، وينتفي القصد الجنائي إذا كان الزوج مخطئاً كأن يقذف بشيء ظاناً عدم وجود الضحية أو يحدث الزوج ضرراً بزوجه دون قصد كأن تسقط من بين يديه أو تصاب أثناء مساعدته له.

الفرع الثاني

نطاق تجريم العنف الزوجي الواقع على السلامة النفسية

لم يقتصر تجريم المشرع على الاعتداءات البدنية بل امتد ذلك إلى كل سلوك يسفر عن أذى نفسي يلحق بالقرين، ليشمل الاعتداءات اللفظية مثل السب والشتم والقذف والتهديد والإكراه وغيرها، لذلك كان من بين ما يثير الانتباه أن المشرع قد أدرج ضمن تعديل قانون العقوبات تلك الأحكام التي تجرم العنف النفسي وبكل صورته بعد أن كان من الصعب الاعتراف به على مستوى القضاء والمتابعة عليه بالمقارنة مع أشكال العنف الجسدي؛ وفي ذلك نصت المادة 266 مكرر 1 أنه "يعاقب بالحبس... كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية".

ويظهر بوضوح بعد استقراء النص السابق؛ المساواة التي كفلها المشرع بين الزوجين في تجريم العنف النفسي، ولم يحابي الزوجة بتحسينها من المسؤولية الجنائية في حال ارتكابها العنف النفسي ضد زوجها، وإن كانت نسب حصوله في الواقع ضئيلة مقارنة بنسب العنف اللفظي والنفسي الواقع من الزوج، هذا ما يعفينا من الخوض في صفة الجاني في هذه الجريمة لسبق الحديث عن ذلك في جريمة العنف الجسدي، وسنركز هنا على صور هذه الجريمة بالنظر إلى قانون العقوبات والشروط الأركان المكونة لها.

أولاً: شروط وصور جريمة العنف النفسي حسب المادة 266 مكرر 1

1- شرط التكرار

بعد أن نصت المادة 266 مكرر على الشرط الأول لقيام جريمة العنف النفسي بين الزوجين وهو صفة الجاني المنحصرة في الزوج أو الزوج السابق مادامت تلك الأفعال ذلت صلة بالعلاقة الزوجية السابقة؛ نصت نفس المادة على شرط تكرار العنف اللفظي والنفسي، فعلى سبيل المخالفة لا تقوم الجريمة في حق

¹ جندي عبد الملك، مرجع سابق، ج 5، ص 786.

الزوج أو الزوجة مالم تكن هذه الأفعال قد تكرر اثباتها ولو كانت من زوج سابق، وهو شرط مبرر لحماية العلاقة الزوجية من الانهيار لمجرد شعور عابر أو حالة من الغضب أو سوء تفاهم يقع فيه الزوج، إلا أن هذا الشرط غير مبرر مطلقا من ناحية الزوج السابق، فقد يحمل العنف اللفظي على سبيل المثال قذفا لزوجته السابقة أمام المأ كأن يقذفها بالزنا بسبب خلعه له أو تقذفه بسبب تطلقه لها، أو يكشف أحدهما عن أسرار خاصة لا يمكن الاطلاع عليها إلا من الأزواج أو أفراد العائلة المقربين.

كما تقوم الجريمة سواء كان الزوجان يقيمان معا أو بصفة مستقلة، لذا فالجريمة تقوم لا محالة في حالة هجر مقر الأسرة من طرف الزوج وإن كانت جريمة يعاقب عليها القانون إذا اكتملت شروطها بصفة مستقلة طبقا للمادة 330، أو كان الترك من الزوجة في حالة وجود الأولاد، وبذلك لا يكون الإهمال والهجر مسوغا للزوجين لإطلاق العنان للأذية النفسية واللفظية تجاه الزوج الآخر، كأن يتم ذلك في المحكمة على سبيل التكرار، فالزوجة أو الزوج سيكون مسؤولا جنائيا ولو كان الطرف المجني عليه في جرائم الإهمال الأسري.

2- صور جريمة العنف النفسي

أما عن صور هذه جريمة فقد شملتها المادة 266 مكرر 1 بكل أفعال التعدي التي تشكل إلام نفسي بما في ذلك العنف اللفظي، ويمكن تصورها في العديد من الصور المجرمة مسبقا في قانون العقوبات الجزائري إذا وقعت بين الأفراد، نذكر منها:

أ- في العنف اللفظي

- القذف والسب

أورد قانون العقوبات الجزائري تعريفا للسب ضمن مادته 297؛ حيث "يعد سبا كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قذحا لا ينطوي على إسناد أي واقعة"، أما القذف فقد عرفته المادة 296 على أنه "يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص... لو تم ذلك على وجه التشكيك"، وبتحليل هذا التعريف نصل إلى مدلول السب المعاقب عليه الذي يتسع مفهومه عن القذف الذي لا يتحقق

إلا بإسناد واقعة معينة، أما السب فيدخل في نطاقه كل عبارة فيها خدش للشرف والاعتبار، وكلاهما أوردهما المشرع في القسم الخامس تحت عنوان الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص¹، لاتحاد علة التجريم.

لذا فإن السب بين الزوجين يكون في كل عبارات بها كلام بذيء، والمقياس في تحديده يكون مرجعه إلى الشريعة الإسلامية والعرف، كما أن السب يشمل كل عبارات الإهانة والتحقير، أما إذا انطوى العنف اللفظي على إسناد أمر للزوج ويكون مستقبلاً ويمس بشرفه واعتباره من طرف زوجته الآخر، فهو يدخل في نطاق القذف الذي يهدف المشرع من تجريمه إلى حماية شرف المرأة واعتبارها، علاوة على سلامتها النفسية وهو القذف الذي عبر عنه المشرع الجزائري عموماً في المادة 296 من ق.ع السابق ذكرها.

- الذم والقذح والتحقير

على الرغم من اختلاف مدلول المصطلحات السابقة إلا أنها تتفق في كونها من الجرائم التي تمس العرض والأخلاق، لذلك أفردت لها القوانين العقابية عقوبة خاصة لاعتبار كل منها فعلاً إجرامياً²، مستقلاً بذاته عن الآخر، إلا أنها مع ذلك تدخل جميعها في جريمة العنف اللفظي بين الزوجين المنصوص عليه في المادة 266 مكرر 1.

فبخصوص الذم فهو يأخذ مفهوم القذف، الذي نص عليه قانون العقوبات الجزائري في المادة 296، وهو نسبة واقعة محددة أو أمر إلى شخص ينال من شرفه أو كرامته ويعرف بأنه الاعتداء على كرامة الغير أو شرفه أو اعتباره، ويستوي أن يكون كل الصاق لعيب أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه أو يخدش سمعته لدى غيره³، وتهبط بمكانته الاجتماعية في المجتمع⁴، وعرفته بعض التشريعات المقارنة بأنه "إسناد مادة معينة إلى شخص - ولو في معرض الشك والاستفهام - من شأنها أن تنال من شرفه وكرامته أو تعرضه إلى بغض الناس ولو كانت تلك المادة جريمة تستلزم العقاب أو لا"⁵، ودرج القضاء في مصر

¹ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 2000، ص 104.

² عبد الصبور عبد القوي مصري، الجرائم الواقعة على العرض والأخلاق: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 1437هـ/2016م، ص 136.

³ المرجع نفسه، ص 131.

⁴ جلال ثروت، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2000، ص 25.

⁵ المادة 188 من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، والمادة 385 من قانون العقوبات اللبناني، حيث أوردت تعريفاً مشابهاً للمادة 188 من قانون العقوبات الأردني إلى غاية عبارة "أن تنال من شرفه وكرامته" حيث جاء فيه بأن: "الذم هو نسبة أمر إلى شخص ولو في معرض الشك أو الاستفهام ينال من شرفه أو كرامته".

على اعتبار القذف الذي يستوجب العقاب بموجب المادة 302 من ق.ع هو القذف الذي يتضمن إسناد فعل يعد من الجرائم المعاقب عليها قانوناً أو يوجب احتقاراً للمسند إليه عند أهله¹، ولو لم تكن جريمة في نظر القانون²، كأن يقذف الزوج زوجته بأنه كان يعاشرها قبل الزواج³.

أما القذف فهو كل تعبير يخدش الشرف والاعتبار أو كل إصاق لتعبير أو عيب يحط من قدر الشخص⁴، ويختلف عن الذم من حيث أنه لا ينطوي على نسبة أمر ما، وقد ذكر المشرع اللبناني ذلك صراحة في المادة 385 بوصف أن " كل لفظه ازدراء أو سباب وكل تعبير أو رسم يشفان عن التحقير يعد قذحا إذا لم ينطو على نسبة أمر ما"، ويكون القذف هو نفسه السب.

أما التحقير في القوانين الجنائية فهو يضم كذلك كل الأوصاف التي لا تنطوي على نسبة أمر معين، ويكون في شكل ألفاظ ازدراء وإهانة؛ حيث عرفه قانون العقوبات الأردني في المادة 190 بأنه " كل تحقير أو سباب - غير الذم والقذف - يوجه إلى المعتدى عليه وجها لوجه بالكلام أو الحركات أو بكتابة أو رسم لم يجعلاً علنيين أو بمخابرة برقية أو هاتفية أو بمعاملة غليظة".

وبصرف النظر عن العقوبات المشددة التي انتهجها المشرع الجزائري في بعض الحالات -مثلاً سنراه لاحقاً- إلا أن القذف والسب بين الزوجين يجد له تجريماً في الشريعة الإسلامية، مما يجعل هذا التجريم من حيث المبدأ لا يتعارض مع الشريعة ومنه الخصوصية الثقافية للمجتمع.

فإذا قذف الزوجة زوجها وربما بالزنا أو العكس، فيعاقب بحد القذف وهو ثمانين جلدة مالم يأت بالبينة وهي أربعة شهود يشهدون على الزنا، أو يألعن زوجته إذا لم يأت بالشهود وبذلك يفرق بينهما وتحرم عليه تحريماً أبدياً⁵.

¹ أنظر في ذلك: مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2003، ص 145-147.

² فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مرجع سابق، ص 277.

³ نقض 05 فبراير 1978، مجموعة النقض، السنة 29، رقم 24، ص 132. ذكره: فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مرجع سابق، هامش الصفحة 279.

⁴ عبد الصبور عبد القوي مصري، المرجع السابق، ص 132.

⁵ محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج 25، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3،

1438هـ/2017م، ص 302 / عبد العزيز بن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، ج 22، رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء، الرياض، 1425هـ/2004م، ص 403.

ويدخل السب أيضا في عموم سباب المسلم ولعنه أو والديه والاستطالة في عرضه، ويعتبره الكثير من الفقهاء من الكبائر¹.

كما أن للقاضي أن يؤدب الزوج على سب زوجته ولعنها أو سب أهلها، وذكر المالكية مثل هذا الحكم وللزوجة طلب التطليق للضرر، لأن سب الزوجة لا يجوز شرعا، وشبهوه بالهجر دون موجب شرعي، ويضاف إلى سبها ضربها وسب أبيها، نحو: "يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعا ع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق، كما هو ظاهر، كوطنها في دبرها"².

ب- في العنف النفسي

ذكرت الفقرة الأولى من المادة 266 مكرر 1 العنف النفسي بصورة مستقلة، إلا أننا نرى بأن العنف النفسي له علاقة بعبارة "أشكال التعدي" المدرجة في الفقرة من المادة 266 مكرر 1، لاشتراك الشكلين في نفس علة التجريم وهي جعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها النفسية أو البدنية التي أوردتها المشرع في نهاية الفقرة.

وقد سبق وأن ذكرنا أنماط العنف النفسي التي تضر بسلامة الضحية النفسية وكرامتها عند حديثنا عن الإطار المفاهيمي للعنف النفسي ضد المرأة والأزواج، بحيث يتمحور هذا العنف في كل سلوك أو نزعة لأجل السيطرة أو الإكراه أو التهديد أو أي تصرف متعمد لأجل الإضرار الجسيم بالسلامة النفسية عن طريق الإكراه أو التهديد أو التحكم المهين ومنع الخروج مطلقا من المنزل وزيارة الأقارب، مثلما يكون باستخدام وسائل التهديد كالطرد من المنزل أو الحرمان من بعض الحقوق أو التشهير...

غير أن التساؤل ينصب هنا حول "عبارة أشكال التعدي" ومقصد المشرع منها، ويتمن العبارة والسياق التي جاءت فيها علاوة على علة التجريم المشتركة التي أوردتها المشرع "وهي جعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها النفسية أو البدنية"، يجعل الأمر يشمل معايشة الزوجة وهي غير راضية بها، أي الاغتصاب الزوجي في نظر القانون الدولي والقوانين الغربية، ويمكن أن يُستغل ذلك بالاحتجاج بالضرر النفسي الذي لحق الزوجة من تكرار الفعل من قبل الزوج ويثبت بالشهادات الطبية، وهو أمر خطير إذا فسر القاضي عبارة التعدي لتشمل كل فعل يشكل ضررا نفسيا يلحق الزوجة.

¹ أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج2، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1414هـ/ 1994م، ص 123.

² محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص 345.

ثانياً: أركان جريمة العنف النفسي

1- الركن المادي

يتحقق الركن المادي باكتمال عناصره المتمثلة في السلوك الاجرامي الصادر عن الزوج الذي يسبب أضرار نفسية أو بدنية بالضحية.

أ- السلوك الاجرامي

تتحقق جريمة العنف النفسي واللفظي في النشاط الاجرامي الذي يصدر عن الزوج سواء كان لفظياً بالسب والقذف أو كان نفسياً بإتيان سلوكيات تضر بالسلامة النفسية للزوج الآخر.

فبالنسبة للسب والشتم فيكون في كل الألفاظ التي تخدش الشرف والكرامة وتسبب إيلاماً نفسياً وضرراً معنوياً بالزوج أو الزوج السابق دون إسناد أي واقعة معينة، فيكفي أن تكون تلك الألفاظ ماسة بقيمة الإنسان عند نفسه أو كرامته عند غيره، ويدخل فيها التمني الدائم للشر والهلاك والخراب¹، أو التهديد، خلافاً للقذف الذي يشترط فيه إسناد واقعة معينة وبأي وسيلة من وسائل التعبير كإسناد واقعة الزنا أو السرقة، أو إلحاق عيب أو أمور خلقية أو خُلُقِيَّة، مثلما أشرنا سابقاً. لاسيما إذا وقع في أذهان الناس ظناً واحتمالاً بصحة تلك الأمور².

وتكون العبرة في التفرقة بينهما بتعيين الوقائع حسب ظروف الأحوال، فإذا تضمن الإسناد عيباً غير معين كان الفعل سباً بلا شبهة، كأن يقول لزوجته أنها أسوأ امرأة أونه لا يرجى منها أي فائدة أو نفع³، أو يصفها بأنها حيوان أمام الناس بالصراخ والعيول.

وخلافاً لجريمتي السب والقذف الواقع على الأشخاص؛ لا تشترط المادة 266 مكرر 1 أن يكون السب أو القذف علنياً بما يؤدي بالتشهير بالزوج أو تشويه سمعته، فيستوي أن يكون علنياً أمام الناس أو العائلة وقد يكون عبر وسائل الاتصال الحديثة والرسائل النصية مادامت تلك الألفاظ تضر بالسلامة النفسية أو البدنية.

¹ محمد محمد مصباح القاضي، قانون العقوبات: القسم الخاص في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة والاعتداء على الأشخاص، دون ناشر، 2000، ص 502.

² فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مرجع سابق، ص 314.

³ محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 503.

كما يتمثل السلوك الإجرامي في إتيان أي فعل يدخل في نطاق العنف النفسي كالحبس في المنزل مدة طويلة أو منع الزوجة من الخروج لأداء عملها أو للخروج لأداء امتحاناتها بما يسبب أضرار معنوية ومادية، وقد تمتد لصحتها البدنية.

ب- النتيجة الاجرامية

المقصود بالنتيجة الاجرامية في جريمة العنف النفسي هو الآثار التي يتركها هذا النمط من العنف في نفس أو بدن الضحية أو عقله، فيجب أن تكون أشكال العنف اللفظي والتعدي النفسي قد ضرت بالزوج الموجهة إليه وأن تمس كرامته وسمعته لدى أهله ومجمعه، أو أدت بتدهور حالته النفسية أو البدنية كأن يصاب بالكآبة أو الوسواس أو الانفصام، فلا يكفي مجرد التعبير عن تلك الألفاظ كأن تكون بعض الشتائم متداولة في المجتمع ووقعت بين الزوجين سرا ولا تمس بالضرورة بالكرامة، أما إذا كان السلوك يشكل قذفا علنيا فإن ذلك كاف في قيام النتيجة الاجرامية، مثلما يشترط في الاعتداءات النفسية أن تضر بالسلامة النفسية أو البدنية أو تسبب ضرار عقليا.

ولصعوبة حصر هذه الآثار؛ لم يحددها المشرع مثلما فعل في جريمة العنف الجسدي لأن المظاهر التي تدخل في هذا الجانب متعددة، بحيث قد تتعرض الضحية إلى إحداها أو بعض منها حسب درجة العنف الممارس ضدها والذي غالبا ما تقع ضحيته المرأة، منها ما هو نفسي ومنها ما هو بدني، من بينها¹:

- فقدان الثقة بالنفس وكذا احترام الضحية لنفسها.

- الكآبة والإحباط.

- الإحساس بالإذلال والمهانة.

- هدم الشعور بالاطمئنان والسلام النفسي والعقلي.

فكل هذه الآثار تُفضي إلى اضطرابات في الصحة النفسية والبدنية كفقدان الشهية، اضطراب الدورة

الدموية، اضطرابات المعدة والبنكرياس، آلام وصداع في الرأس...

¹ رجاء مكي وسامي عجم، إشكالية العنف: العنف المشرع والعنف المدان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1429هـ/2008م ص 46-47.

2- الركن المعنوي

لا تتطلب جريمة العنف اللفظي والنفسي قصدا جنائيا خاصا، فهي جريمة عمدية تتطلب قصدا جنائيا عاما قائما على عنصري العلم والإرادة، فما دامت الإرادة متجهة إلى التلطف بتلك الألفاظ أو كتابتها وينصرف العلم إلى معرفة معناها، أو الإتيان بأي عنف نفسي ما لم يكن الزوج مكره أو في حالة جنون؛ يكون القصد الجنائي تاما لقيام الركن المعنوي في الجريمة.

كما لا يسأل الزوج عن البواعث التي أدت بالسلوك الاجرامي، فهي ليست من عناصر القصد الجنائي العام، وترتبط على ذلك لا يكون استفزاز الزوج أو الزوجة لزوجها نافيا للمسؤولية الجنائية في العنف اللفظي¹، ولا نافيا لها في أشكال العنف النفسي الأخرى.

الفرع الثالث

نطاق تجريم العنف الاقتصادي الزوجي

ميز المشرع في المادة 330 مكرر الزوجة في جريمة العنف الاقتصادي أو المالي، بحيث لا تقوم الجريمة إلا في حق الزوج إذا مارس سلطته ليتصرف في أموالها عن طريق الإكراه أو التهديد، وفي ذلك نصت المادة على أنه "يعاقب بالحبس... كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية".

أولا: طبيعة الجريمة

يرتبط العنف الاقتصادي بمبدأ استقلال الذمة المالية المنصوص عليه في قانون الأسرة، لذا يمكن القول بأن هذه الجريمة تقع على حق المرأة في الاستقلال المالي، كما أنها ترتبط بالتمييز الواقع في نطاق الأسرة بسبب ضعف مركز الزوجة مقارنة بالزوج الذي يستغل هذا الضعف لأجل التعدي على ممتلكاتها ومواردها المالية، أو اعتبارها مجرد مطية يركبها للاغتناء على حسابها والاعتداء على إرادتها.

¹ جلال ثروت، مرجع سابق، ص 50 / محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص 507 / محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 105.

وعليه، فإن هذه الجريمة تتحقق عن طريق سلوكيات معنوية كالتهديد الذي يجرد إرادتها من الحرية دون أن يمس سلامتها البدنية¹، أو عن طريق الإكراه المعنوي لحملها على أداء عمل معين كتسليم الراتب أو حملها على التوقيع على نقل ممتلكاتها إليه أو للتصرف المطلق فيها، أو الإكراه المادي لإجبارها على تسليم أموالها، وهذا ما يجعل الجريمة تختلف عن جريمة السرقة بين الزوجين.

فبمقارنة الوسائل المستعملة في هذه الجريمة وجريمة السرقة بين الزوجين، نجد أن جريمة السرقة تتم بواسطة سلوك مادي، أما العنف الاقتصادي فيكون بواسطة سلوكيات ذات طابع مزدوج فقد يكون السلوك معنوي وقد يكون مادي، فضلاً على أن جريمة العنف الاقتصادي تتميز أحياناً بالاستمرارية أي أنها جريمة مستمرة خلافاً للسرقة.

ونشير هنا إلى أن المشرع ساوى بين الزوجين في قيام السرقة بين الزوجين والعقوبة عليها وأخرجها من أسباب الإباحة بعد أن كان يعفي كل من الزوجين من العقاب إذا ارتكب أحد الزوجين السرقة إضراراً بالزوج الآخر طبقاً لأحكام المادة 368 من ق.ع التي لا تخول سوى الحق بالتعويض، والتي عدلت بالقانون رقم 15-19 وصارت تنص على أنه "لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيينين فيما بعد ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني 1- الأصول إضراراً بأولادهم أو غيرهم من الفروع، 2- الفروع إضراراً بأصولهم."

ولمقصد حماية الرابطة الزوجية؛ أدرجت شكوى الزوج المضرور كشرط إجرائي لمباشرة إجراءات المتابعة الجنائية في حق الزوج المرتكب للسرقة، فضلاً عن حق التنازل عنها وفقاً للمادة 369 المعدلة بنفس القانون، تماشياً مع سحب عدم المعاقبة عليها في المادة 368.

ثانياً: أركان الجريمة

سنتكلم بداية عن الركن المادي في الجريمة مع مناقشة النتيجة الاجرامية التي يكتنفها شيء من الغموض، قبل الحديث عن القصد الجنائي فيها.

1- الركن المادي

كغيرها من الجرائم؛ يشترط لقيام جريمة العنف الاقتصادي إتيان الزوج لأي سلوك يحمل طابع الإكراه أو التخويف، ويجعل الزوجة تستسلم لرغبات زوجها في الاستلاء أو التصرف في ممتلكاتها المالية أو

¹ محمد نجيب حسني جرائم الاعتداء على الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3 جديدة معدلة ومنقحة، دون تاريخ نشر، ص 272.

مواردها دون إرادتها، هذا العنصر الأخير الذي يشكل النتيجة الاجرامية، مثلما تقوم الجريمة في حق الزوج حتى وإن لم تجد تلك الوسائل نفعا طالما أن الإكراه أو التخويف قد وقع على الزوجة الضحية فعلا، فقد يحدث ما يحول بين رغبة الزوج في الاستلاء على أموال زوجته رغم إتيانه تلك الأعمال غير المشروعة في نظر المادة 330 مكرر من قانون العقوبات.

فإذا فسرنا المادة 330 مكرر من خلال المصطلحات التي استخدمها المشرع والسياق الذي صدرت فيه، وذلك لأجل التوصل إلى نية المشرع؛ نجد بأن المقصد من استحداث المادة 330 مكرر يكمن في محاربة العنف الاقتصادي والمالي الواقع على الزوجة وحمايتها وحماية أموالها، ولا يوجد دليل صريح في نص المادة يدل على شرط تحقق الاستلاء على الأموال بصفة قطعية.

كما يتصور حدوث السلوك الإجرامي بمخالفة نظام الاشتراك المالي بين الزوجين المنصوص عليه في المادة 2/37 من ق.أ والتعدي على النسب المحددة التي تؤول إلى كل واحد منهما، دون أن يطغى طرف على آخر، أو استخدام أساليب الإكراه والتهديد لأجل إرغام الزوج لزوجته الغنية على الدخول في نظام الاشتراك المالي، فقط لأجل الاستلاء والتصرف في أموالها والفوائد التي تدرها ممتلكاتها.

2- الركن المعنوي

تتطلب هذه الجريمة على خلاف جرائم العنف الزوجي السابقة قصدا جنائي خاصا لقيام ركنها المعنوي، فنية الزوج المٌكْرَه أو المههد للزوجته ينبغي أن تكون لأجل الاستلاء أو التصرف في ممتلكاتها أو موارد المال، فإذا كان سلوك التهديد أو التخويف لأجل تحقيق أغراض أخرى أو كان سلوكا عرضيا متكررا فلا تقوم جريمة العنف الاقتصادي في هذه الحالة مع إمكانية تكييف تلك الأفعال لتشكيل عنفا نفسي إذا اكتملت شروطه.

ويستوي أن يكون الإقدام على تلك الأفعال لأجل تحقيق أغراض مشروعة أو غير مشروعة، كأن يستولي الزوج على مالها لأجل السكر أو شراء المخدرات، أو يكون لأجل سداد ديونه أو لشراء منزل للأسرة أو توسيعه، مادام الحصول على تلك الأموال تم عن طريق الاعتداء على إرادة الزوجة.

كما لا تقوم الجريمة إذا مكنت الزوجة زوجها من ممتلكاتها أو موارد المال طواعية، خوفا من أن يطلقها أو يتزوج عليها أو لأي سبب آخر طالما أنه لم يصدر منه أي سلوك يشكل الركن المعنوي للجريمة.

الفرع الرابع

الإجراءات الجنائية الخاصة بجرائم العنف الزوجي والعقوبات المقرر لها

تتمثل الإجراءات الجنائية الخاصة بجريمة العنف الزوجي في مناهج وسائل إثبات كل جرائم العنف الزوجي والإجراءات التي ارتضاها المشرع في القانون 15-19 للمتابعة عنها، إضافة إلى مختلف العقوبات المقررة لها.

أولاً: إجراءات المتابعة

لم يعلق القانون 15-19 أي جريمة من جرائم العنف الزوجي على شرط الشكوى خلافا لبعض صور الجرائم التي تدخل في نطاق الأسرة، ويتناسب بذلك منهج مشرعنا مع فلسفته الجديدة القائمة على نبذ العنف ضد المرأة في الأسرة والمجتمع عموماً، والحزم تجاه كل من يتسبب في هذه الجرائم، علاوة على الحد من استغلال ضعف الضحية والضغط عليها من الناحية المادية والمعنوية للحيلولة دون تقديمها الشكوى، فالنيابة العامة لها مطلق الحرية في تحريك الدعوى العمومية ومباشرة إجراءات التحري مهما كانت درجة تلك الأفعال، فلا وجود لحكم يجسد هذا القيد في جل المواد المتعلقة بالعنف الزوجي سواء كان عنفاً جسدياً أو نفسي أو اقتصادياً.

وبناءً على ذلك، فالنيابة العامة مباشرة الدعوى بمجرد وصول خبر إليها بوقوع جرائم عنف زوجي، كأن يتم التبليغ من طرف الجيران أو أفراد الأسرة كالوالدين، أو تبين وقوع تلك السلوكيات المجرمة من قبل الزوج أو الزوج السابق وحتى الزوجة في أغلب الحالات، في معرض التحقيق في جريمة أخرى.

وعلى الرغم من هذه التعديلات التي جاءت من حيث المقصد لحماية المرأة، إلا أن التقارير الدولية لا تزال ناقمة على الأحكام التي جاء بها القانون 15-19 بخصوص هذه المسألة، وذلك من حيث افتقار القانون إلى التوجيهات اللازمة للشرطة حول كيفية التعامل مع قضايا العنف الأسري، حيث ترى منظمة "هيومن رايتس ووتش" في إحدى تقاريرها أن تقديم النساء للشكوى ضد أزواجهن يعوقه سلوك الشرطة غير المشجع لهن لأجل إيداع شكاوى ضد أزواجهن وأفراد الأسرة عموماً، حيث حاولت تثيين بشتى الطرق عن تقديم تلك الشكاوى¹.

¹ أنظر تقرير المنظمة بعنوان مصيرك البقاء معه: تعامل الدولة مع العنف الأسري في الجزائر، طبع في الولايات المتحدة، 2007، ص 3. منشور على الرباط:

https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/algeria0417ar_web.pdf

ولتدراك هدم الأسرة لأبسط الأسباب¹، ومراعاة لسمعتها ونفسية الأولاد؛ أدرج المشرع بعض الاستثناء المتمثلة في حق الصفح لصالح الضحية ولو كانت المتابعة ضد الزوج السابق في بعض أنماط العنف الزوجي التي ارتأى المشرع أنها لا تشكل خطراً كبيراً بالضحية من جهة، ومصالحة المجتمع من جهة أخرى، بحيث يضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية في جريمة العنف الجسدي في الحالتين الأولى والثانية المعاقب عليهما في المادة 266 مكرر، إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر يوماً، أو إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوماً.

وعلاوة على الحالتين السابقتين يضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية في كل من جريمة العنف اللفظي والنفسي المنصوص عليها في المادة 266 مكرر 1 مهما كانت نتائجها، وكذا في جريمة العنف الاقتصادي المنصوص عليها في المادة 330 مكرر².

موضوع الصفح الذي كان محل نقاش في المجلس الشعبي الوطني، حيث طالب بعض النواب بإلغائه تماماً على أساس تناقضه مع مسعى القانون نفسه بدعوى أنه يلغي الإجراءات التي جاء بها مشروع القانون، ولتقادي أي ضغط قد تتعرض له المرأة³، وهو ما يتقف مع موقف المنظمات الدولية لا سيما هيئة حماية المرأة بالأمم المتحدة من حيث معارضة التنصيص على إمكانية الصفح أو الوساطة لوضع حد للمتابعة الجزائية في جرائم العنف الأسري والعنف ضد المرأة⁴.

¹ حيث جاء في مشروع القانون 15-19 أنه "حفاظاً على استمرار الحياة الزوجية، تم التنصيص على إمكانية الصفح لوضع حد للمتابعة الجزائية إذا تعلق الأمر بأفعال ذات وصف جنحي مع التنصيص على عذر مخفف إذا تعلق الأمر بجناية وحدث فيها صفح من الضحية"

- نسخة يونيو/حزيران 2015 من مشروع القانون رقم 15-19، بتاريخ 30 كانون الأول/ديسمبر 2015، مقتبس عن تقرير هيومن رايتس ووتش، مصيرك البقاء معه: تعامل الدولة مع العنف الأسري في الجزائر، مرجع سابق ص 32.

² الفقرتان الأخيرتان من المادة 266 مكرر 1 و330 مكرر من القانون 15-19 المعدل لقانون العقوبات.

³ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية السابعة، الدورة العادية السادسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الخميس 05 مارس 2015، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الثالثة رقم 164، الأحد 16 جمادى الثانية عام 1436 هـ الموافق 5 أبريل 2015، ص 05.

⁴ هيئة الأمم المتحدة للمرأة: هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين، دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة، مرجع سابق، ص 37.

ثانيا: إثبات جرائم العنف الزوجي

لم يدرج المشرع الجزائري وسائل خاصة لإثبات جريمة العنف الزوجي عموما، وتركها للقواعد العامة في الإثبات حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 266 مكرر 1 على أن اثبات العنف الزوجي يتم بكافة الوسائل والطرق القانونية. لذا فللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الشخصي، المبني على الأدلة المعروضة أمامه¹، وإذا كان المبدأ العام هو حرية القاضي في الإثبات الجنائي واختيار أدلة الإثبات، إلا أن تقديم وإدارة وسائل الإثبات يخضع إلى قواعد قانونية معينة ولا يسود الأمر على إطلاقه، لذلك فإن حرية اللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات التي تبدو مناسبة لإظهار الحقيقة للقاضي، يرد عليه بعض القيود²، لأجل ضمان مصداقيتها في إظهار الحقيقة واحترام حقوق الشخص وقرينة البراءة التي تظل مكفولة للمتهم إلى أن تصدر في حقه إدانة من جهة قضائية مختصة³، حيث تكمن هذه القيود عموما في:

- أن يتم جمع وتقديم أدلة الإثبات الجنائي طبقا للقانون وإلا فإن كل دليل يكون باطلا لافتقاده للشرعية.

- استبعاد كل وسائل الإثبات المحصل عليها بطرق غير نزيهة وغير شرعية.

- الشرعية في اختيار وسائل الإثبات، إذ ينبغي عدم استعمال وسائل الاكراه والعنف والتخدير أثناء جمع الأدلة.

- ألا يبني القاضي قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها أمامه فعلا أثناء الجلسة⁴.

- احترام القاضي لرابطة السببية وسلامة التقدير والاستدلال، فلا يمكنه الاعتماد إلا على الأدلة التي تؤدي بشكل طبيعي ويقبله العقل، إلى النتيجة التي وصل إليها⁵.

¹ المادة 212 من قانون العقوبات الجزائري.

² محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1999، ص 328.

³ محمد مروان، مرجع سابق، ص 405-418.

⁴ المادة 2/212 من قانون الإجراءات الجزائية

⁵ المعاينة عمر منصور، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2007، ص

ثالثا: العقوبات المقررة لجرائم العنف الزوجي

تعددت العقوبات المقررة للعنف الزوجي تبعا لتعدد أوصافه والنتيجة الاجرامية التي تنتج عن سلوك الزوج خاصة في العقوبات المقررة لجرائم العنف الجسدي بين الأزواج، التي جاءت مشددة عن مثيلاتها إذا وقعت بين الأفراد.

1- العقوبات المقررة لجريمة العنف الجسدي

سلك المشرع نهجا تشريعا مستحدثا في تجريمه للضرب والجرح الواقع بين الأزواج -أو الزوج السابق مادامت تلك الجريمة لها علاقة بالرابطة الزوجية السابقة-؛ إذ اعتبر المشرع الرابطة الزوجية ظرفا مشددا للعقاب مقارنة بنفس الجريمة إذا وقعت بين الأفراد.

أ- العقوبة المقررة لجرحي الضرب والجرح

نصت الفقرتين الأولى والثانية من المادة 266 مكرر على العقوبات المقررة لهذه الصور من الجرح، بداية من الإيذاء البدني الخفيف المتمثل في الضرب والجرح الذي لا ينشأ عنه أي مرض أو عجز كلي عن العمل مدة توفيق 15 يوما، بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

ولقد كان أحرى بالمشرع في هذه الحالة اعتماد نظام يقوم على الاصلاح والعقوبات البديلة، وليس على العقوبات السالبة للحرية مادام الإيذاء هنا لا يشكل أي خطر على جسم وصحة الزوجة/أو الزوج، فهذا الحكم ما هو إلا محاكاة للأحكام الدولية بشأن العنف ضد المرأة والقوانين الغربية التي لم تعد تحترم قدسية الزواج وضرورة استمراره والمحافظة عليه، بسبب أنها صارت تساويه بالعلاقات المثلية فضلا عن العلاقات غير الشرعية الواقعة بين الرجل والمرأة.

فبمقارنة نفس الجرم المقرر في المادة 1/442 من قانون العقوبات، نجد أن المشرع قد أخذ في الحسبان صفة مرتكب الجريمة دون النظر إلى جسامة النتيجة، وأصبح العقاب أشد منه إذا ما وقع بين الأفراد المقرر في المادة 1/442 بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين وغرامة مالية تتراوح قيمتها بين حدي الـ 8.000 إلى 16.000 دج، والمقصد من ذلك واضح ألا وهو حماية الزوجة بالدرجة الأولى عن طريق زج زوجها وأب أولادها في السجن لمجرد شجار بسيط، وهو مقصد لا يتناسب مع مهمة التشريع الجنائي في التدخل لحماية الأسرة والتشريع عموما في تأطير العلاقات الزوجية بأحكام قانونية تحفظ كيانها.

كما أن هذا الحكم قد يجرنا إلى نتائج غريبة وغير منطقية على الأقل عند تطبيقه في ظل كيان الأسرة إذا كان الضرب متبادلا بين الزوجين، فهل سنحبس كلا الزوجين في هذه الحالة؟ أم سيضطر كل من الزوجين الصّح عن الآخر لإمكانية ذلك في مثل هذه الحالة؟ أوليس هذا صلح بطريقة غير مباشرة كان يمكن إقراره من البداية والتخلي عن فكرة الحبس؟

أما إذا نشأ عن الضرب والجرح عجز كلي عن العمل مدة تفوق الخمسة عشر يوما فترتفع العقوبة لتصل مدة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، مقارنة بالمدة المقررة في المادة 1/264 المتمثلة في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج إذا نشأ عن الضرب والجرح الواقع بين الأفراد نفس العجز المقرر، وهي عقوبة عالية جدا لا تتناسب كذلك مع خصوصية الأسرة مادام هذا الضرب أو الجرح لم ينشأ عنه أي عاهة أو مرض دائم.

ب-العقوبة المقررة لجناية الضرب والجرح

من المستقر عليه أن كل فعل في نظر القانون الجنائي يمكن أن يكون مصطحبا بظروف من شأنها تشديد الفعل في ذاته، أو في صفة مرتكبه بما يجعل الجريمة من نوع خاص؛ هذه الظروف تؤثر على العقوبة ويجب على القاضي المكلف بتطبيقها مراعاتها برفع مقدار العقوبة إلى حدها الأقصى أو خفضها إلى حدها الأدنى المنصوص عليه قانونا¹.

فعلاوة على النتيجة المترتبة عن جناية الضرب والجرح بين الأزواج وجسامتها؛ اعتبر المشرع صفة الجاني طرفا مشددا للعقوبة المقررة عليها، ويكون الزوج مسؤولا عن كل النتائج المترتبة عن عنفه الجسدي تجاه شريكه وإن لم يقصد إحداثها.

فقد رفع المشرع من خلال الفقرة 3 و4 من المادة 266 مكرر من عقوبة جناية الضرب والجرح العمدي لمدة حبس قد تصل إلى عشرين سنة أو السجن المؤبد، فإذا نشأ عن هذه الجريمة عاهة مستديمة، كأن ينشأ عنها فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد للسمع أو البصر بصفة كلية أو

¹ جندي عبد الملك، ج 4، مرجع سابق، ص 688.

جزئية، فالعقوبة المقررة هي الحبس المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة¹، وتنزل العقوبة في حالة صفح الضحية إلى السجن من خمس إلى عشر سنوات².

وفي حالة ما إذا أدت جناية الضرب أو الجرح إلى الوفاة بدون قصد إحداثها، فيعاقب الجاني هنا بعقوبة السجن المؤبد³؛ مقارنة بعقوبة الحبس المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أدى الضرب أو الجرح إلى الوفاة دون قصد إحداثها إذا كان بين الأفراد وعقوبة الحبس من خمس إلى عشر سنوات في حالة حدوث عاهة مستديمة وفقا للفقرتين 3 و4 من المادة 264.

2- العقوبة المقررة لجرائم العنف المعنوي

نقصد بجرائم العنف المعنوي جرمي العنف اللفظي والنفسي وجريمة العنف الاقتصادي طالما أن كلا الجريمتين يشتركان في السلوك المادي الذي لا يرتقي إلى مصاف العنف البدني، فهو ينصب على سلامة المرأة النفسية وكرامتها وإرادتها الحرة.

وقررت المادة 266 مكرر 1 عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات على كل من ارتكب ضد زوجه سواء كان الزوج أو الزوجة أي شكل من أشكال التعدي النفسي أو اللفظي.

في حين لا يعاقب القانون من خلال المادة 330 مكرر سوى الزوج الذي يمارس أشكال العنف المعنوي والنفسي كالإكراه والتهديد تجاه زوجته قصد التصرف أو الاستلاء على أموالها وممتلكاتها أو مواردها المالية بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين دون أن تمتد يد المشرع لعقاب الزوجة إذا أكرهت زوجها على الاستلاء على ممتلكاته أو أمواله كأن يكون مريضا أو من ذوي الاحتياجات الخاصة فتهدده بتركه أو عن طريق ابتزازه بفضح أسراره، فعلى الرغم من الهوة بين نسبة حدوث ذلك ضد الرجل الزوج في المجتمع ونسبة حصوله ضد الزوجة، إلا أن قلته لا تمنع حصوله في الواقع، كما أن العقاب عليه تقتضيه العدالة والمساواة الجنائية بصفة عامة.

¹ الفقرة 3 من المادة 266 مكرر ن قانون العقوبات.

² الفقرة الأخيرة من المادة 266 مكرر.

³ الفقرة 4 من المادة 266 مكرر.

3- حالات استبعاد الظروف المخففة

يقصد بأسباب تخفيف العقوبة عموماً تلك الأسباب التي تتعلق بظروف الجريمة ذاتها أو مرتكبها ودون أن تدخل في تكوين الجريمة، ويترتب على توافرها استبدال القاضي الجنائي العقوبة المقررة قانوناً للجريمة بعقوبة أخف منها نوعاً أو مقداراً وهي نوعان؛ أسباب قدرها المشرع بنفسه وجعلها وجوبية على القاضي وحددها مقدماً على سبيل الحصر في صلب القانون، وتدعى بالأعذار المخففة، وأخرى تركها للسلطة التقديرية للقاضي على سبيل الجواز وهي الظروف القضائية المخففة¹.

فالظروف المخففة هي أسباب متروكة للقاضي من شأنها تخفيف العقوبة المقررة للجريمة إن رأى القاضي ذلك في الحدود التي رسمها القانون، وتطبيقها يظل لمطلق تقدير القاضي مثلما هو مقرر له أصلاً في اختيار العقوبة المناسبة بين الحدين الأقصى والأدنى².

وتتقسم الظروف المخففة بدورها إلى نوعان، ظروف عينية تتعلق بالركن المادي في الجريمة كارتكاب الجريمة بوسيلة معينة، وأخرى شخصية تتعلق بالركن المعنوي أو بشخص الفاعل كصفة الجاني والبواعث وراء ارتكاب الجريمة، وارتكابها مع سبق التردد³، ودرجت القوانين الجنائية على ربط الظروف المخففة بمقتضيات أحوال الجريمة التي تقتضي الرأفة بالمتهم، لذلك ذهبت العديد من أحكام محاكم النقض إلى أن أحوال الجريمة التي تقتضي رأفة القضاة متعلقة بكل ما له علاقة بمادية السلوك الإجرامي وما تعلق بشخص الجاني والمجني عليه، وما أحاط بذلك السلوك ومرتكبه من الملابس والظروف التي تضعف من جسامة

¹ فتوح عبد الله الشاذلي، المسؤولية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006، ص 342، 344 / رأفت عبد الفتاح حلاوة، قانون العقوبات القسم العام، الجزء الأول: الجريمة، دون ناشر، دمنهور، 2005، ص 293 / محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1993، ص 560 / سامح السيد أحمد جاد، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، دون تاريخ نشر، ص 492-498.

² جندي عبد الملك، ج4، مرجع سابق، ص 664 / محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 563 / عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 1995، ص 389.

³ جلال ثروت محمد ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات، القاهرة، طبعة منقحة، 1999، ص 142-143 / جندي عبد الملك، ج4، مرجع سابق، ص 664-669.

العمل الاجرامي بلا استثناء، لذلك اصطلح على تسميتها بالظروف المادية والشخصية التي لا يمكن حصرها¹.

ولقد نص قانون العقوبات الجزائري على الظروف المخففة في المادة 53 منه، وأضاف تعديل 2006 بموجب القانون رقم 06-23 ثمانية مواد ابتداءً من المادة 53 مكرر إلى المادة 53 مكرر 8، ووسعت من نطاق تطبيق الظروف المخففة ورسمت للقاضي حدود أعمال سلطته التقديرية والحدود التي يمكن النزول إليها في العقاب بحيث تختلف آثارها بحسب الحدود العقابية المقررة، فالقاضي مقيد بالنص القانوني في النزول بالعقاب احتراماً لمبدأ الشرعية التي هي من الاختصاص الحصري للمشرع، والنص المُجيز للظرف المخفف يُضفي الشرعية للهامش التقديري الذي يقوم بإعماله القاضي.

ولقد استبعدت الفقرة 5 من المادة 266 مكرر من القانون رقم 15-19 تطبيق الظروف المخففة في جرائم العنف الزوجي لسببين، الأول متعلق بحالة الضحية والثاني بظروف ارتكاب الجريمة، كما أن هذا الاستبعاد ليس بابتداع جديد، فقد سبق وأن نص المشرع على استبعاد بعض الجرام من نطاق الاستفادة من الظروف المخففة².

أ- الحالات المتعلقة بحالة الضحية (إذا كانت الضحية حاملاً أو معاقة)

أخذ المشرع في الحساب حالة الضحية لاستبعاد استفادة الزوج الجاني أو الزوج السابق من الاستفادة من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية أو حاملاً أو معاقة، ولاشك أن إقدام الزوج على أعمال العنف ضد زوجته وهي في تلك الحالة الصحية يعكس مدى عدم استحقاقه للرفقة، فمن المسلم به من خلال الشواهد أن تأثر الحامل أشد من غيرها سواء من الناحية البدنية أو النفسية وهو ما يزيد حدة عند الشخص المصاب بإعاقة، فالمشرع يقصد هنا ذوي الاحتياجات الخاصة وهو المصطلح الأنسب الذي كان يجدر بالمشرع استخدامه في نص المادة، وبصرف النظر عن ذلك، فإن مثل هذا الشخص قد تُدخله أعمال العنف اللفظي الموجهة ضده في حالات نفسية وأمراض جد معقدة إذا كانت من أقرب الناس إليه أي زوجته، فضلاً عن

¹ محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 562-563/ جندي عبد المالك، ج4، المرجع السابق، ص 669-675/ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 389-393 / رأفت عبد الفتاح حلاوة، مرجع سابق، ص 298-299.

² كالمادة 26 من قانون العقوبات.

أعمال العنف الأخرى، لذا فمن لا يراف بهذه الفئة لا يستحق الرأفة التي بني عليها نظام الظروف المخففة للعقوبة.

وإذا كان مصطلح الحامل لا يثير أية إشكال من حيث المقصود به "أي الزوجة"، إلا أن التساؤل يثور حول مصطلح "معاقة" فهل أن هذا المصطلح يشمل كلا الزوجين إذا كانا ضحية العنف الزوجي لاستعمال المشرع لمصطلح الضحية التي يستوي أن يشمل الزوج أو الزوجة، أم أن المصطلح يشمل الزوجة المعاقة دون الزوج المعاق لسبق ذكر مصطلح الحامل واقتترانه به؟ فإذا سلمنا إلى أن المشرع يقصد الزوجة المعاقة دون سواها فإن ذلك يدخل في إقرار المشرع للضعف الشديد وسهولة التأثر والاستغلال لدى المرأة، علاوة على نهج التمييز الايجابي الذي تسلكه الجزائر بداية من التمييز في الحقوق السياسية وفقا للمادة 31 من الدستور، ومثلما هو منصوص عليه في المادة 1 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

غير أن استعمال المشرع لمصطلح الضحية بدلا من الزوجة أو الزوجة السابقة، يجعلنا نرجح شمول ذلك الزوج والزوجة على حد سواء، إذا ما فسرنا النصوص بالنصوص.

ب- الحالات المتعلقة بظروف ارتكاب الجريمة

لا يستفيد الجاني كذلك من الظروف المخففة إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح، ويرجع هذا الحكم لاعتبارات يتمحور أهمها في تأثير العنف على الأطفال والخطر المعنوي المحقق بهم بسبب سلوك الوالدين. وأثر الأسرة ودورها في وضع الاتجاهات الأساسية لشخصية الأبناء القصر، فهي تشكل الوسط الاجتماعي الذي تتكون فيه شخصية الفرد والتي ينهل منه الثقافة الضرورية التي تؤهله للنضوج الاجتماعي، فالفرد يكون سويا إذا كانت أسرته سوية وغالبا ما يكون العكس¹، وقد ينتقل سلوك العدوان لديهم بنفس الطريقة التي يتعلمون منها أنماط السوك الأخرى من خلال التقليد والمحاكاة²، كما يرجع ذلك إلى الانطباع السيء الذي تتركه أفعال العنف على الأطفال والأبناء القصر عن والديهم

¹ صلاح أحمد العززي، دور التنشئة الاجتماعية في الحد من السلوك الإجرامي، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1431هـ/2011م، ص 88.

² نرمين حسن السطالي، سيكولوجية العنف وأثره على التنشئة الاجتماعية للأبناء، السعيد للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2018، ص 72-74.

وقدوتهم، فضلا عن تأثر شخصيتهم وبنائهم السيكولوجي، كما يُلاحظ أن هذا الحكم جاء فضفاضاً من حيث المقصود بالأبناء القصر فيستوي أن يكون ابناً لأحدهما دون أن يكون كذلك للآخر.

كما أن ارتكاب الجريمة تحت تهديد السلاح ضد الزوج يعكس خطورة هذا الشريك وصفته الاجرامية فهو يجعل العنف أكثر خطورة. وينصرف مدلول السلاح إلى "كل أداة تستعمل للزيادة من المقدرة على الإيذاء البدني"، سواء كان السلاح بطبيعته أي معد خصيصاً لأغراض الإيذاء البدني، أو بتخصيصه كالأدوات المعدة لغرض آخر كسكاكين المطبخ، لذا فهو أداة تضيف القدرة البدنية لدى الجاني على إيذاء المجني عليه في بدنه قدرة جديدة¹، وتضعف المقاومة لدى المجني عليه مما يجعله أكثر رهبة واستسلام.

كما أن توجيه السلاح نحو الزوج أو الزوج السابق يكشف عن مدى الاستهانة بالروابط الأسرية وتجرده من المودة والرحمة التي هي قوام رباط الزواج والعلاقات الأسرية، حيث أن توجيه السلاح نحو الشخص يعد من أقبح الأعمال لذلك نجد أن النبي عليه الصلاة والسلام يقول: (لا يشير أحدكم على أخيه بالسلاح، فإنه لا يدري لعل الشيطان ينزع في يده فيقع في حفرة من النار)²، وهو أشد في حق الزوج والأهل، لوجوب حسن العشرة والمعاملة بين الزوجين، لقوله عليه والسلام (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي)³، وزيد في رواية (ما أكرم النساء إلا كريم، ولا أهانهن إلا لئيم)⁴

¹ محمد نجيب حسني، مرجع سابق، ص 203-206.

² محمد بن إسماعيل البخاري، ج4، مرجع سابق، كتاب الفتن، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من حمل علينا السلاح فليس منا، حديث رقم 7072، ص 359.

³ محمد الحافظ الترمذي، الجامع الكبير، ج6، مرجع سابق، باب في فضل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 3795، ص 188-189.

⁴ أنظر: محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 6، 1439هـ/2018م، ص 608.

الخلاصة

تناولت الدراسة الأحكام القانونية المنظمة للمراكز القانونية للزوجين والعلاقات بينها في النظام القانوني الجزائري والنظام القانوني الدولي؛ حتى ثبت لنا اختلاف مصادر التشريع وعدم اعتراف المواثيق الدولية والقانون الدولي لحقوق الإنسان عموماً بالتنظيم الخاص لنظام الأسرة في الجزائر وفي الدول الإسلامية عموماً، والذي أثّرت حوله العديد من الشبهات وصور التهجم، تأسيساً على مخالفة مبادئ المساواة وعدم التمييز ضد المرأة، والتركيز على المسائل التي تبرز تفوق الرجل على المرأة في العلاقات بين الزوجين بين مختلف القوانين، لذلك عملت المنظومة القانونية الدولية على الدعوة إلى إلغاء كل شكل من أشكال الاختلاف في المعاملة بين الرجل والمرأة في نطاق العلاقات الأسرية وتكثيف جهودها لأجل التأثير على القوانين الوطنية لاستبدال الأحكام الدينية من قانون الأسرة، وسائر القوانين ذات الصلة بمبادئ حقوق الإنسان العالمية للمرأة القائمة على المساواة الكاملة والمطلقة ولو على حساب الخصوصية الثقافية السائدة في المجتمع وهويته وقيمه وأخلاقه التي تميزه والتي تجد صلبها في الجزائر في الإسلام ومنه أحكام الشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذي شكل تعارضاً في العديد من المسائل بين الحق في الخصوصية الثقافية وحق المرأة في المساواة المطلقة بالرجل في العلاقات الأسرية.

وختامنا لدراستنا التي لن تكون ملخصاً لما تم تناوله في هذه الأطروحة، بحيث سنجع من خلالها النتائج التي قادنا إليها بحثنا، والتي ستكون سبباً مؤسساً للتوصيات والمقترحات، التي تعد ثمرة دراستنا إلى جانب النتائج المتوصل إليها:

أولاً: النتائج

1- اختلاف المركز القانوني للزوجين وعدم تماثله

على الرغم من كون كلا الزوجين طرفاً الرابطة الزوجية وأساس قيام الأسرة، إلا أن المركز القانوني للزوج والزوجة مختلفان لا تماثلان، وذلك لأن المسؤوليات والحقوق التي ترتبها عملية الدخول في الزواج تفرض هذا التمايز، فلكل طرف في الزواج ما يميز مركزه من حيث حقوقه وواجباته تُجاه الآخر وتُجاه الأبناء، بما لا ينتهك مبدأ المساواة لأن العدالة بين الزوجين سببٌ منطقي يبرر الاختلاف في المعاملة، واختلاف المراكز ألزم الاختلاف في سن القواعد القانونية التي تحكم كل مركز. مما يجعل التمييز بين الزوجين في بعض المسائل مبني على أسس موضوعية لا على أساس دونية المرأة مثلما تصوره أحكام القانون الدولي.

كما أن هذا التمايز يجد إعماله بصفة أكبر في قانون الأسرة، أي الأحكام المنظمة للزواج وانحلاله وكل الآثار المترتبة عنهما، تبعا لتنظيمها في الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري، بما يجعله جزءًا لا يتجزأ من الثقافة الوطنية الخاصة.

2- النظرة التماثلية لمركز الجنسين في المجتمع السبب الرئيسي وراء ظهور مفهوم "الجندر"

فمنظراً لرفض التمايز الفطري بين الرجل والمرأة من طرف شريحة غالبية لأنصار حقوق المرأة والمساواة بين الجنسين، وعدم الاعتراف باختلاف أدوار الجنسين داخل المجتمع والأسرة؛ ظهر مصطلح "الجندر" وهو المصطلح الحديث الذي يستعمل في وصف الخصائص والأدوار المتعلقة بالرجل والمرأة التي ترجع إلى التقسيم الاجتماعي فقط لا على أساس التركيب البيولوجي، مثل النظر إلى الأمومة والعناية بالأولاد والمنزل على أنها مجرد موروث اجتماعي وضع هذه القوالب النمطية، الأمر الذي ينعكس في أحكام المواثيق الدولية لا سيما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، وهو ما يزيد من اثبات حقيقة استناد الأحكام الدولية إلى الخطاب والتوجه النسوي الراديكالي، والمفاهيم الغربية.

3- إنهاء المشرع الجزائري للقيود الواقعة على حرية المرأة في إبرام الزواج

نتيجة للتأثيرات الدولية وبعض التأثيرات الداخلية، عمد المشرع من خلال تعديل قانون الأسرة الجزائري إلى إلغاء كافة أشكال التفاضل بين الرجل والمرأة في الدخول في الزواج بحرية مطلقة، عن طريق إلغاء القيود الواقعة على حرية المرأة في إبرام الزواج، الذي صار يتوقف فقط على رضاها الكامل والحر، بعد أن كان تشترك في ذلك مع رضا وليها، الذي صار حضوره مجرد شرط شكلي لا يترتب عن تخلفه أي أثر يقع على صحة الزواج واستمراره قانوناً، باستثناء القيد الواقع على زواج المسلمة بغير المسلم.

4- إلغاء مفهوم رئاسة العائلة وتحقيق التعاون المشترك

حقق المشرع الجزائري أيضاً المساواة بين الزوجين في المسؤوليات عن طريق إلغاء مبدأ القوامة وواجب الطاعة المحمول على الزوجة تجاه زوجها، واستبداله بواجب مشترك بينهما يقوم على التكافؤ في تسيير شؤون العائلة.

5- تحقيق المساواة بين الزوجين في حل رباط الزواج

على الرغم من بقاء الزوجة غير قادرة على حل رباط الزواج بطريقة مباشرة، إلا أن إرادتها صارت حرة في إنها الزواج عن طريق القضاء الذي أصبح ملزمة للإذعان لرغبتها لأي ضرر يصاحب ارتباطها

بزوجها، أو لكرهه لها عن طريق إذعان القاضي لحل الزواج بطريق الخلع، أو عن طريق الاتفاق مع زوجها على إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادتهما المشتركة.

6- بناء تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 على أسس التمييز لصالح المرأة

على الرغم من أن التمييز بين الجنسين محصور في القانون الدولي، إلا أن اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة تدعو صراحة الدول إلى تبني أحكام تمييزية لصالح المرأة تأسيسا على ضعف مركزها القانوني داخل الأسرة والمجتمع، ليخدم هذا التمييز مبدأ المساواة المترابط مع مبدأ عدم التمييز، وهو ما ظهر في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، لا سيما من حيث الحقوق ذات الطابع المالي، مع الإبقاء على الأحكام السابقة لصالح المرأة بحيث تجد أساسها في الشريعة الإسلامية كواجب الاتفاق الذي يتحمله الزوج وحده.

7- تطبيق المساواة الكاملة بين الجنسين يقتضي تجاوز الانقسام التقليدي لحقوق وواجبات الزوجين

تقتضي مفاهيم المساواة وعدم التمييز التي طرحتها المواثيق الدولية وتوصيات وملاحظات لجانها، تجاوز التقسيم التقليدي لأدوار الزوجين تجاه بعضهما وتجاه أولادهما، لذلك يشيع في خطابها ضرورة إلغاء قوانين الأسرة الدينية والأعراف التي تركز هذا الانقسام، كي تتعدّل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك وأدوار الرجل والمرأة داخل الأسرة والمجتمع.

8- تطبيق المساواة الكاملة بين الزوجين يتعارض مع الحق في الخصوصية الثقافية

إن دعوة المواثيق الدولية إلى تطبيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة على مختلف الأصعدة والقوانين يؤدي قطعا إلى تعارض صارخ مع مقومات المجتمع الجزائري، التي تدخل في نطاق أعمال الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، فالأمر يتطلب إلغاء أحكام ثابتة في الشريعة الإسلامية كأحكام الميراث والزواج والطلاق....

9- الإدراك الدولي لضرورة إضفاء الطابع الثقافي على حقوق المرأة والإنسان عموما

ثبت لنا أن الهيئات الدولية أصبحت تدرك أهمية إضفاء الطابع الثقافي على القانون الدولي لحقوق الإنسان عموما من بينها حق المرأة في المساواة في العلاقات الأسرية، للتكيف مع احتياجات الشعوب واستقرار العلاقات بين الثقافات المكونة للمجتمع الدولي، وهو ما يمكن الاستدلال عليه من مختلف المواثيق الدولية وبعض التوصيات العامة المفسرة للأحكام التي تكفل التمتع بالحقوق الثقافية.

10- إقرار المساواة الكاملة بين الزوجين يؤدي إلى تغيير التركيبة الاجتماعية

نظرا لخصوصية العلاقات بين الزوجين؛ فإن تبني المساواة الكاملة مثلما تنص عليه المواثيق الدولية، سيؤدي إلى تغيير التركيبة الاجتماعية للمجتمع الجزائري، ويكون بذلك القانون مخالفا للنظام القيمي السائد، الأمر الذي سيؤدي حتما إلى إحداث شرح كبير بين القواعد القانونية التي يسنها المشرع والتركيبة الاجتماعية التي لا يمكن أن تتغير بهذه السهولة، خاصة من حيث التفريط في أحكام الشريعة الإسلامية، وتصير القاعدة القانونية غير واجبة الاحترام، الأمر الذي يعتبر إفقارا لها من أهم خاصية تتسم بها القاعدة القانونية.

11- حق المرأة في المساواة بالرجل ليس حقا مطلقا

يظهر الداعمون لمبدأ عالمية حقوق الإنسان أن حق المرأة في المساواة بالرجل ينبغي تطبيقه في القوانين الوطنية تحت أي ظرف ولو تطلب الأمر إلغاء كل الأحكام الدينية والعرفية إذا ما تعارضت مع هذه الرؤية، وهو ما ثبت لنا عدم صحته من جهة القانون الدولي لحقوق الإنسان نفسه، طالما أن المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان لا تعترف بأي تدرج في حقوق الإنسان أو تسلسل هرمي باستثناء الحقوق القليلة التي تدخل ضمن القواعد الأمرة التي لا يجوز الانتقاص منها والخروج عنها كالحق في الحياة والقضاء على الرق وعدم التعذيب؛ حتى يصنف حق المرأة في المساواة في أعلى هرم تلك الحقوق أو ضمن القواعد الأمرة التي لا يجوز الانتقاص منها، مثلما تصوره اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، كما أن حق المرأة في المساواة غير محصن ضد التقييد أو التضييق من نطاقه فهو مع غيره من الحقوق الأخرى- باستثناء الحقوق غير القابلة للانتقاص- يخضع للتقييد وفقا لقواعد القانون الدولي بشروطه.

12- قيام منهج المشرع الجزائري على التحفظ التفسيري في معالجة التعارض بين حق المرأة في

المساواة بالرجل في العلاقات الأسرية والحق في الخصوصية الثقافية

لم يتبنى المشرع الجزائري للعديد من الأحكام التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد المكون الرئيسي للخصوصية الثقافية للمجتمع الجزائري، والذي تم التعبير عنه باستعمال حق الدولة في أعمال التحفظ، وتطبيق تلك الأحكام بما لا يخالف أحكام قانون الأسرة الجزائري وتفسيرها في نطاق أحكامه. وهو ما يثبت أن تحفظات الجزائر ليست قائمة على النسبية الثقافية، بل قائمة على أعمال الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية، فالمشرع على سبيل المثال لا يتبنى أي عرف لا يجد مصدره في التشريع الإسلامي.

13- دخول التمايز بين الزوجين في العلاقات الأسرية ضمن أعمال الحق في الخصوصية الثقافية

ثبت لنا بأن المشرع الجزائري قد أبقى على العديد من الأحكام التي تنظم العلاقات بين الزوجين في قانون الأسرة لمخالفة المساواة فيها للشريعة الإسلامية، التي تعد المكون الجوهرى للخصوصية الثقافية المحمية في القانون الدولي.

14- الهامش التقديري؛ المنهج الأنسب لتبرير التمايز بين الزوجين في قانون الأسرة وعلاج التعارض

بين حق المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية

تبيننا من خلال دراستنا لمنهج المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الفصل في الحقوق المتعارضة وتحقيق التوازن بينها، وطبقنا من خلالها مبدأ الهامش التقديري إلى جانب اختبار التناسب، لتبرير المعاملة المختلفة بين الرجل والمرأة في مسائل عديدة كتنقيح زواج المسلمة بغير المسلم، وإباحة تعدد الزوجات واختلاف أنصبة الزوجين في الميراث ونظام الميراث عموماً... وتوصلنا إلى نتيجة أن مبدأ الهامش التقديري الذي يكفل للسلطات الوطنية هامشاً تقديرياً من حيث كيفية تطبيق أحكام المساواة، هو المنهج القانوني الأنسب في علاج التعارض الحاصل بين حق المرأة في المساواة ونظام الأسرة في الجزائر والدول الإسلامية عموماً.

كما أثبت تطبيق المبدأ إلى أن أعمال الحق في الخصوصية الثقافية للمجتمع أولى بالترجيح من أعمال حق المرأة في المساواة.

15- التمايز بين الزوجين في القانون الجزائري متوافق مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان

ترتبط هذه النتيجة مباشرة بالنتيجة التي سبقتها، من حيث أن تطبيق مبدأ الهامش التقديري يثبت أن الاختلاف في المعاملة بين الرجل والمرأة يستند إلى حاجات اجتماعية ملحة تفوق الحاجة إلى أعمال حق المرأة في المساواة، ومن جهة أخرى، خلصت دراستنا إلى أن تطبيق المنهج يعكس أن المعاملة المختلفة في مسائل الزواج والطلاق وما يتصل بها، لا ينتهك حق المرأة في المساواة لأن هذه المعاملة المختلفة مبنية على العدالة ومبررات تعكس الاختلاف في المراكز الفعلية للرجل والمرأة داخل الأسرة.

16- وضع المشرع لإطار قانوني لمحاربة العنف بين الزوجين بتبني التجريم على أساس الجنس في قانون العقوبات

تماشياً مع ما هو مقرر في المواثيق الدولية، أدرج المشرع من خلال تعديل قانون العقوبات مقتضيات تعكس تبني المشرع لتجريم العنف المبني على أساس الجنس، لا سيما من حيث إقرار نصوص خاصة تجرم العنف بين الزوجين الذي كان المقصد الرئيسي منه هو تحقيق حماية للمرأة من العنف الزوجي والعنف في النطاق العام، وهو ما يتماشى مع منظور المساواة المدرجة في تعديلات قانون الأسرة ومكملاً لها.

17- التوسع في إقرار تجريم مختلف أنماط العنف الزوجي لتحقيق أهداف المساواة الفعلية

أدرج المشرع من خلال تعديل قانون العقوبات مفاهيم واسعة بشأن العنف بين الزوجين؛ ليشمل مختلف أنماط العنف الواقع على المرأة مثلما هو مقرر في المواثيق الدولية، ليصل الأمر إلى تجريم أغلب أشكال التعدي والعنف بين الزوجين وكل أشكال التعدي ضد الزوجة، من العنف البدني واللفظي والنفسي المتكرر، علاوة على العنف الاقتصادي الذي فضل فيه المشرع الزوجة، ولعل استبعاد الزوجة من نطاق تجريمه راجع إلى واجب الإنفاق المحمول على الزوج وحده.

18- غياب التناسب في العقاب على بعض أنماط العنف الزوجي

غالى المشرع من خلال تعديله لقانون العقوبات في العقاب على الضرب الخفيف الذي لا يؤدي لأي عجز، الأمر الكفيل بتسهيل هدم الأسرة، فضلاً على أن هذه المغالاة لا تراعي خصوصية الحياة الزوجية، علاوة على أن غياب تعليق هذا العنف على المبرر الموضوعي فيه نوع من المخالفة للشريعة الإسلامية، فقد يلجأ الزوج إلى الضرب الخفيف لمعالجة حالات الزوجة الناشزة والتي ترتكب المعاصي وغيرها من الأعمال المستقبحة، ليجد نفسه أمام سوء سلوك زوجته؛ وقوف القانون لدعم سلوكها السيء غير الشرعي بمتابعته جزائياً بناءً على شكواها، الأمر الذي يخالف تناسب العقاب مع خطورة الفعل.

وكان المشرع أصبح يحاكي النظم الثقافية الغربية التي صارت تساوي بين مؤسسة الزواج والعلاقات غير الشرعية.

19- الاستناد في تعديل قانون العقوبات على معالجة السقوط الأخلاقي للأفراد

وضع التشريع الإسلامي قواعد تكفل العدالة والإنصاف لكل من المرأة والرجل في جميع الأوقات والحالات، فلو التزم الأفراد بهذه الأحكام ونفذوها بشكل صحيح، فلن تكون هناك حاجة لتعديل أو سن قوانين لتوفير حماية أكبر للمرأة، إلا أن السقوط الأخلاقي ومخالفة أحكام الشريعة نفسها أدى بتعرض فئة كبيرة من الزوجات لمختلف أشكال الإهانة وأنماط العنف، دون أن ننكر في مقابل ذلك السقوط الأخلاقي عند بعض الزوجات، وهو الأمر الذي يعد في نظرنا سببا رئيسيا في تدخل المشرع وسنه للأحكام الجديدة التي تجرم مختلف أشكال العنف الواقع بين الزوجين والتشديد في العقاب عليها.

20- إقرار حماية دستورية للمرأة من العنف في كل المجالات

وذلك عن طريق تضمين ذلك صراحة في المادة 40 من التعديل الدستوري لسنة 2020، زيادة على ضمان استفادة ضحايا العنف من أنظمة الاستقبال والتكفل والمساعدة القضائية.

21- دخول التمييز في الجنسية ضمن النسبية الثقافية لا الخصوصية الثقافية الإسلامية

أثبتت دراستنا أن أوجه اللامساواة في الجنسية بين الرجل والمرأة من حيث اكتسابها والاحتفاظ بها ونقلها إلى الأبناء، تدخل ضمن النسبية الثقافية المتشددة، وهذه النتيجة تجد تأسيها في أن الشريعة الإسلامية لا تقر مثل هذا التمييز في مسألة الرعية.

كما أن التمييز في الجنسية وتفضيل الرجل المواطن على المرأة المواطنة، يؤدي أحيانا إلى مخالفة الشريعة الإسلامية كدخول الزوجة غير المسلمة التي لا تحترم الإسلام في الجنسية الجزائرية، أو حرمان أبناء المرأة الجزائرية المتزوجة من أجنبي مسلم من الجنسية الجزائرية لا سيما الأبناء المولودين بها، الذين كانوا يحرمون من حقوق المواطنة في ظل قانون الجنسية الجزائري قبل تعديله سنة 2005؛ في حين أن القانون يمنح لأبناء الجزائري المتزوج بأجنبية غير مسلمة والمولودين بالخارج تلقائيا الجنسية الجزائرية، وهو تمييز يخالف قواعد العدالة والإنصاف، فضلا على أنه يرجع بالأساس إلى أعراف قائمة على تصور دونية مركز المرأة في المجتمع وهو ما ياباه الإسلام.

كما أن هذه المساواة تتناسب أيضا مع أحكام المواثيق الدولية التي تلزم الدول الأطراف بمنح المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها، وتكفل بوجه خاص بالألا يؤدي الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج إلى تغيير جنسية الزوجة تلقائيا، أو جعلها عديمة الجنسية، أو فرض جنسية الزوج عليها، ومنح المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

22- تأجيل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة للصراع بين الحقوق المتعارضة مع حق المرأة في المساواة الكاملة، وزيادة الهوة بينها

تبرز لهجة اللجنة في التهجم على الأحكام الدينية ومنه الحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية وحق ممارستها من خلال توصياتها وتقاريرها، في حال معارضتها للمساواة التي تطمح إليها، وهو ما يجعلها تضع أرضية لعدم الوصول إلى أي تسوية بين هذا التعارض؛ كما أن هذا التشكيك والتهجم غير مقبول البتة، مما يفرض على الدول الإسلامية اتخاذ مواقف لمواجهة مثل هذا التهجم، فنحن دول ذات سيادة تعتر بدينها وقيمها. والسكوت عن ذلك هو ضعف أمام لجنة تحركها مبادئ النسوية الراديكالية من قبل حفنة من الأشخاص لا تحكمهم لا قيم ولا أخلاق ولا مبادئ.

ثانياً: التوصيات

- نوصي وبشدة بعدم رفع التحفظات على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة ومواجهة سهام الاتهام الموجهة للشريعة الإسلامية، لأن أحكام التفاضل بين الرجل والمرأة في العلاقات الأسرية لا تشكل أي انتهاك لحقوق المرأة علاوة على ما ثبت من خلال أطروحتنا من تناسب أحكام التمايز في الزواج والطلاق... مع العدالة والقانون الدولي لحقوق الإنسان نفسه، من خلال أكثر من شاهد، لأن هذه الأحكام لا تشكل أي إهانة للمرأة ومن جهة أخرى يجد هذا التمايز تبريره في تغليب الحاجات الاجتماعية والحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية؛ لذا من الواجب على السلطات الوطنية الأخذ في عين الاعتبار كل هذه المسائل والثبات على موقفها الذي بدأت تحيد عنه، لأن التقريط في هذه الحاجات والثوابت يعد رضوخاً لتغليب الثقافة الغربية والنسوية على المبادئ والثوابت الوطنية، والتي لن تُحفظ إلا بإبقاء التحفظات على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.

والتوقف أيضاً عن المحاكاة التدريجية للأحكام المتعلقة بمركز المرأة في الأسرة، المنصوص عليها في اتفاقية المرأة وتوصيات لجننتها، وهو أمر يدق ناقوس الخطر حول الثوابت الاجتماعية.

- التحسين من تقارير الجزائر المقدمة للجان المواثيق الدولية لا سيما لجنة المرأة من حيث الوقوف بحزم أمام سهام الانتقاد الموجهة إلى النظام القانوني الجزائري لأنه يغلب الشريعة الإسلامية في الأحكام المتعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية وما تقاطع معها، وذلك بعدم الرضوخ لأي تفسيرات ترضي اللجان الدولية،

طالما أن الجزائر انضمت للمواثيق الدولية لحقوق الإنسان بإرادتها الحرة، مثلما ينبغي إبراز استناد النظام القانوني الجزائري للحق في الخصوصية الثقافية الإسلامية في نظام التقارير، والعمل على التأكيد على احترامها واحترام كرامة المجتمع الجزائري، ومقابلة إعراضها في عدم قبول تلك الخصوصية بالرد الواضح على عدم قبول الجزائر وحتى الدول الإسلامية لذلك التعنت الذي تغلب عليه عالمية حقوق الإنسان الراديكالية وعدم احترام التنوع الثقافي الذي لا يجد له سند حتى في القانون الدولي نفسه.

كما أن نظام التقارير يحتاج من زاوية أخرى إلى إصلاح أكبر، وذلك بعدم تقديم حقائق غير صحيحة عن المجتمع الجزائري لإرضاء اللجان الدولية؛ وهو ما يفرض تدقيقا في التقارير التي ترفع إلى مختلف اللجان والهيئات التابعة للأمم المتحدة، مثلما يفرض الأمر توليه من مختصين يتسمون بالرصانة القانونية والشرعية الكافية لتولي صياغة تلك التقارير.

- العمل على الاعتراف بالهامش التقديري للسلطات الوطنية في تطبيق أحكام المواثيق الدولية في النظام الوطني، من خلال المحافل والمؤتمرات الدولية والتقارير الوطنية، وعدم الظهور بمظهر الخائف من مخالفة تلك التوجهات الغربية.

- اتساقا مع ما ذكر أعلاه؛ صارت المطالبة بتمثيل أكبر للدول الإسلامية في هيئات ولجان حقوق الإنسان مطلبا ضروريا وملحا ينبغي العمل عليه جنبا إلى جنب مع جميع هذه الدول.

- وأخيرا، يحسن بحكومتنا ومشرعنا العمل على تحقيق العدالة بين المراكز القانونية للجنسين في نطاق الأسرة والمجتمع، لا تحقيق المساواة المطلقة التي تفتقر في العديد من الأوجه للعدالة نفسها، الأمر الذي يتطلب تعديلات تحقق العدالة والتوازن بين مركزي الزوجين وحماية أكبر للأسرة ودون مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، عن طريق مقترحات متمثلة في:

- إسقاط شرط موافقة الزوجة السابقة على تعدد الزوجات المنصوص عليه في المادة 8 من قانون الأسرة، واستبداله بشرط علمها مع علم الزوجة اللاحقة تحت إشراف القضاء، الأمر الذي سيضمن توفر رضا الزوجة اللاحقة وتقادي وقوعها في التدليس، علاوة على علم الزوجة السابقة لإبداء اعتراضها في إطار الحياة الخاصة للأسرة.

علاوة على ما سيحققه الأمر من تقادي اللجوء إلى التعدد عن طريق الزواج العرفي غير الموثق، الذي لا يخلو من الخطر المحدق بحقوق المرأة ونسب الأبناء في حال إنكاره.

- النص صراحة على تبني نظرية الظروف الطارئة لإمكانية مراجعة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، لعدم استبعاد إمكانية وقوع أحد الزوجين تحت طائلة الشرط المرهق بعد فترة زمنية من الالتزام بأحد الشروط.
- إرجاع مكانة الولي في انعقاد زواج المرأة الراشدة، الأمر الذي لن يتم سوى بحذف عبارة "أو أي شخص آخر تختاره" الواردة في المادة 11 من قانون الأسرة، حماية للمرأة من أي تدليس أو غش من جانب الرجل أو هوى عابر يضعها في رابطة زوجية مع من لا كفاءة له.
- الإلزام التشريعي بذكر أسباب طلب الخلع ضمن دعوى الخلع، مع منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم به بعد التحري من جدية تلك الأسباب كأن يكون الخلع لأسباب واهية أو يكون دافعه خيانة الزوج، تقاديا للتساهل والتوسيع من حالات وقوعه، الأمر الأخير الذي سيساهم في تفكك الأسر تحت نظر المشرع والقضاء.
- إضفاء بعد اجتماعي أكبر لمسألة سكنى الحاضنة، والتخلي عن البعد الحقوقي أو التمييزي لصالح المرأة عن طريق التفصيل أكثر في مسألة مسكن ممارسة الحضانة أو أجرته، وتضمن حالات تراعي الحال المالي للأب مقارنة بحال الأم الحاضنة إذا كانت تملك مسكنا للممارسة الحضانة مع عدم قدرة الأب على ذلك بعد إثباته أمام القضاء.
- إصلاح حالة عدم التناسب بين العقاب وخطورة الفعل في حالة العنف بين الأزواج الذي لا يسبب أي عجز أو خطورة على جسم وصحة الطرف المعتدى عليه -والذي غالبا ما يكون المرأة- بإسقاط العقاب عليه والمتمثل في العقوبة السالبة للحرية، واعتماد أنظمة إصلاح بين الزوجين في حالات العنف البسيط، أو عقوبات بديلة تهدف لكبح سلوك العنف غير المبرر، ليتناسب الحكم كذلك مع أهمية عقد الزواج وضرورة استمراره تقاديا لتفكك الأسر.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات

- كتب الحديث

- 1- أحمد أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ - 1986م،
- 2- أحمد أبو عبد الرحمن النسائي، كتاب السنن الكبرى، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م
- 3- أحمد البيهقي، السنن الكبرى، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003.
- 4- سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، ج2، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م
- 5- محمد الحافظ الترمذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996.
- 6- محمد الحافظ الترمذي، صحيح سنن الترمذي، ج1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1420هـ/2000م.
- 7- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط8، 1438هـ - 2017م،
- 8- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط6، 1439هـ/2018م.

- معاجم اللغة

- محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج6، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.

- الكتب والمؤلفات العامة

أ- باللغة العربية

- 1- إبراهيم أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ج3، دار ابن عفان، السعودية-الخبر، ط1، 1417هـ/1997م.
- 2- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج5، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.
- 3- إجلال إسماعيل حلمي، العنف الأسري، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1999.
- 4- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، دار هومة، الجزائر، ط17، 2014
- 5- أحمد ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ/1987م.
- 6- أحمد ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج 29، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، دون طبعة، 1425هـ/2004م.
- 7- أحمد أبو الوفاء، الحماية الدولية لحقوق الانسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2000.
- 8- أحمد أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، ج 13، دار الوفاء، القاهرة، ط1، 1411هـ/ 1991م.
- 9- أحمد أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، عالم الكتب، ط1، 1414هـ/ 1994م، ج 3.
- 10- أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، القنطرة، ط2، 1405هـ/1986.

- 11- أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية الى مدونة الأسرة، الجزء الأول-الزواج-، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1436هـ/2015م.
- 12- أحمد الريسوني، محاضرات في مقاصد الشريعة دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط3، 1435هـ/2014.
- 13- أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005.
- 14- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1412هـ/1992م.
- 15- أحمد بن علي الحافظ بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المجلد 9، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1438هـ/2017م، كتاب النكاح.
- 16- أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ط1، 1418هـ/1997م.
- 17- أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج2، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1414هـ/1994م.
- 18- أحمد جلال شريف الطباخ، موسوعة الطب الشرعي: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال: الجزء الأول، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2013-2014.
- 19- أحمد حافظ نور، جريمة الزنى في القانون المصري والمقارن، مطبعة نهضة مصر، 1958.
- 20- أحمد حسين فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، 1986.
- 21- أحمد حمد أحمد، فقه الجنسيات، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، الدار الجامعية، طنطا، ط2، 1406-1407هـ/1986م.
- 22- أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2003.
- 23- أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1414هـ/1993م.
- 24- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط10، 2016.
- 25- أحمد محمد الشافعي، الشريعة الإسلامية والقانون المصري إزاء جريمة الزنا، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 1978.
- 26- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج28، شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، ط1، 1365هـ/1946م.
- 27- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.
- 28- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، ط1، 2012.

- 29- إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1988.
- 30- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2001.
- 31- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دار الحامد، عمان، ط1، 1429هـ/2009م.
- 32- محمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، القانون الجنائي الخاص - المعمق في شروح، مكتبة الرشاد، ط1، 2020، المغرب.
- 33- أمل سالم العواودة، العنف ضد المرأة العاملة في القطاع الصحي، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008.
- 34- أمير فرج حسين، موسوعة حقوق الانسان طبقا لأحدث الاتفاقيات والمواثيق والاعلانات والبروتوكولات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2008.
- 35- أمير فرج يوسف، التعليق على قانون العقوبات (أسباب البراءة والدفاع والدفع وصيغ الدعاوى والطعون الجنائية في قانون العقوبات)، ج1، دون ناشر، مصر، طبعة 2005.
- 36- أنور عمرو سي وأحمد العمروسي وأشرف أحمد عبد الوهاب، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، دار العدالة، القاهرة، ط5 مزيده ومنقحة، 2012/2013.
- 37- إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلد الرابع، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2011-2012.
- 38- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2007، ط1.
- 39- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ط2، 1961.
- 40- برهان الدين أبو إسحاق بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1418هـ/1997م
- 41- بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية الأسرة- دراسة مقارنة، دار الحامد، ط1، 2009.
- 42- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي - الجنسية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2003.
- 43- التفسير الميسر، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ط 2، 1430هـ/2009م.
- 44- تقي الدين ابن دقيق العيد، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ج2، دار جيل، بيروت، ط2، 1415هـ، 1995م.
- 45- جاك دونللي، حقوق الانسان العالية بين النظرية والتطبيق، ترجمة مبارك علي عمان، المكتبة الاكاديمية، القاهرة، الطبعة العربية الأولى، 1998.

- 46- جانم جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، 2008، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.
- 47- جلال الدين السيوطي، الدرر المنثور في التفسير المأثور، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 4، 1436هـ، 2015م.
- 48- جلال ثروت محمد ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار الهدى للمطبوعات، القاهرة، طبعة منقحة، 1999.
- 49- جلال ثروت، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2000.
- 50- جمال الدين الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- 51- جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2011.
- 52- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج 4، دار العلم للجميع، بيروت، ط2، دون تاريخ نشر.
- 53- جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية العصرية، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1431هـ/2010م.
- 54- حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مجدلاوي للنشر، عمان، ط2، 2001.
- 55- حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً وقضاءً طبقاً لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2001.
- 56- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أخيرة، 1982.
- 57- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1987.
- 58- حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1979.
- 59- الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.
- 60- حسين محمد يوسف، آداب العقد والزفاف في الإسلام، دار الاعتصام، دون تاريخ النشر والطبعة.
- 61- حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 62- حميد مسرار، نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2013.
- 63- خالد عبد الفتاح محمد، المطول في شرح قوانين الاحوال الشخصية، الجزء الأول-الزواج، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2010.
- 64- خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

- 65- خلود سامي آل معجون، إثبات جريمة الزنا بين الشريعة والقانون، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1412هـ/1992م.
- 66- خليل الميس، دراسات وأبحاث المفتي الشيخ خليل الميس، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1437هـ/2016م.
- 67- الدليل العربي حول حقوق الإنسان والتنمية، تحرير محسن عوض، المنظمة العربية لحقوق الإنسان بالتعاون مع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي في إطار المشروع الإقليمي لحقوق الإنسان البشرية والتنمية البشرية في العالم العربي، ط1، 2005.
- 68- رأفت عبد الفتاح حلاوة، قانون العقوبات القسم العام، الجزء الأول: الجريمة، دون ناشر، دمنهور، 2005.
- 69- رجاء أحمد مصطفى المبلغ، نداء المؤمنين في القرآن الكريم، ج1، المكتبة الأكاديمية، الدقي، ط1، 1423هـ/2003م.
- 70- رجاء مكي وسامي عجم، إشكالية العنف: العنف المشرع والعنف المدان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1429هـ/2008م.
- 71- رحيل غرابية، الجنسية في الشريعة الإسلامية، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط1، 2001.
- 72- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ط1، 1421هـ/2001م.
- 73- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1419هـ/1999م.
- 74- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م.
- 75- رفعت محمد مرسي لطاحون، حقائق الإسلام وأباطيل خصومه حول قضية تعدد الزوجات وتعدد زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم، ثقافة بلا حدود للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2015.
- 76- زكريا بن محمد الأنصاري، تحفة الباري بشرح صحيح البخاري، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1433هـ/2012م.
- 77- زكي علي السيد أبو غضة، المرأة قي اليهودية والمسيحية والإسلام، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1424هـ/2003م.
- 78- زكية حميدو تشوار، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2008.
- 79- زيغريد هونكه، شمس العرب تسطع على الغرب، نقله عن الألمانية: فراوق بيبسون وكمال دسوقي، دار الجيل ودار الأفاق الجديدة، بيروت، ط3، 1413هـ/1993م.
- 80- زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع حاشية منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دون تاريخ نشر.
- 81- زينب وحيد دهام، العنف العائلي في القانون الجزائري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2012.
- 82- سامح السيد أحمد جاد، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، دون تاريخ نشر.

- 83- سامي جميل الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005.
- 84- سعاد إبراهيم صالح، قضايا المرأة المعاصرة: رؤية شرعية ونظرة واقعية، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط 1، 1423هـ/2003م.
- 85- سعاد محمد الصباح، حقوق الانسان في العالم المعاصر، دار سعاد الصباح للنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 1996.
- 86- سعيد بن علي القحطاني، الهدى النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة، مطبعة سفير، الرياض ط1، 1432هـ، 2011.
- 87- سعيد بن منصور أبو عثمان بن شعبة الخراساني، سنن سعيد بن منصور، ج1، القسم الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991.
- 88- سلوى محمد نصره، الفلسفة النسوية في فكر الإمام محمد عبده، دار المعارف القاهرة، ط1، 2014.
- 89- سليمان أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/1999م.
- 90- سليمان أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس، ج3، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2.
- 91- سليمان بن محمد البجيرمي، البجيرمي على الخطيب للشربيني، ج 4، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1417هـ، 1996م.
- 92- سهيلة محمود بنات، العنف ضد المرأة: أسبابه، آثاره وكيفية علاجه، دار المعتر للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008.
- 93- السيد سابق، فقه السنة، ج2، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، دون طبعة وتاريخ نشر.
- 94- السيد محمد الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي - دراسة مقارنة، دار الكتاب الجامعي، الرياض، ط1، 1438هـ/2017م.
- 95- شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.
- 96- شمس الدين ابن القيم، أحكام اهل الذمة، ج1، رمادي للنشر، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ/1997م.
- 97- شمس الدين ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج5، دار ابن الجوزي، بيروت، ط1، رجب 1423هـ.
- 98- شمس الدين ابن القيم، بدائع التفسير (الجامع لما فسره الإمام ابن قيم الجوزية)، ج3، دار ابن الجوزي، بيروت، ط1، طبعة جديدة منقحة، رمضان 1427هـ.
- 99- شمس الدين ابن القيم، جامع الفقه، موسوعة الاعمال الكاملة لابن قيم الجوزية، جمعه يسري السيد محمد، ج6، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، ط1، 1421هـ، 2000م.
- 100- شمس الدين ابن القيم، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج5، ط3، 1418هـ/1998م.

- 101- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1414هـ - 1993م.
- 102- شهاب الدين أحمد أبو العباس القرافي، الفروق- أنوار البروق في أنواع الفروق، ج1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1421هـ، 2001م.
- 103- شهاب الدين أحمد القرافي، الفروق: أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، ج3، دون طبعة وتاريخ نشر.
- 104- صلاح أحمد العزي، دور التنشئة الاجتماعية في الحد من السلوك الإجرامي، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1431هـ/2011م.
- 105- صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدول الإسلامية- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 106- صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدول الإسلامية- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 107- الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية- دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.
- 108- ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، ج6، ط3، 1415هـ.
- 109- عبادة الكافي، المجلة الجزائرية معلق عليها، مطابع سبانكت، تونس، ط2، 2016.
- 110- عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2013.
- 111- عبد الحفيظ بن عبيدة، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007.
- 112- عبد الرحمن أبو الفرج ابن الجوزي، الحقائق في علم الحديث والزهديات، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ/1988م.
- 113- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت - ط2، 1424هـ/2003م.
- 114- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة، ج1، دار الفكر، بيروت، ط2، 1968.
- 115- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، ط4، 2003.
- 116- عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ/2000م.
- 117- عبد الصبور عبد القوي مصري، الجرائم الواقعة على العرض والأخلاق: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 1437هـ/2016م.
- 118- عبد العزيز بن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، ج22، رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء، الرياض، 1425هـ/2004م.

- 119- عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2018.
- 120- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002.
- 121- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996.
- 122- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، ط3 معدلة، دار هومة، الجزائر، 2018.
- 123- عبد العزيز محمد عزام، المقاصد الشرعية في تشريع الزواج، دون ناشر، القاهرة، ط1، 1991.
- 124- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1989.
- 125- عبد الغني محمود، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط1، 1986.
- 126- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائر، 1999-2000
- 127- عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج، قيامه، آثاره، انقضاؤه في القانون الفرنسي، دار نهضة مصر، القاهرة، 1965.
- 128- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، ط1، 1418، 1998.
- 129- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1 2007
- 130- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، 2005.
- 131- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، طبعة 2010.
- 132- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، طبعة 2010
- 133- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج2، دار الكاتب العربي، بيروت، ط1، 1968،
- 134- عبد القادر مدقر، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الكتاب الأول، المطبعة العربية، غرداية، 1993.
- 135- عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة القدس، بغداد، ط2، 1402هـ/1982م.
- 136- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، دون طبعة وتاريخ نشر.

- 137- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج6، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1413هـ/1993م.
- 138- عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسر المغربية-دراسة تأصيلية للمادة 400، منشورات دار الأمان، الرباط، طبعة 2011.
- 139- عبد الله أحمد النعيم، الإسلام وعلمانية الدولة، دار ميريت، القاهرة، ط1، 2010.
- 140- عبد الله أوهابيبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر طبعة 2004.
- 141- عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته: دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الكتاب الأول: الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2005.
- 142- عبد الله خليل، القوانين المقيدة للحقوق المدنية والسياسية في التشريع المصري، دون ناشر، طبعة 2016.
- 143- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 1995.
- 144- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، القاهرة ط1، 2002/2001.
- 145- عبد الملك منصور، جريمة الزنا وأحكامها في الشريعة الإسلامية، دار النور والأمل، القاهرة، ط1، 1985.
- 146- عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات (جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- 147- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، 1972.
- 148- عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، القاهرة، دون طبعة، 1976.
- 149- عبد الواحد بن إسماعيل الروياني أبو المحاسن، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج9، ط1، 2009.
- 150- عبيد الله ابن الجلاب، التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1428هـ/2007م.
- 151- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 152- العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

- 153- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول- الزواج والطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2004.
- 154- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول-أحكام الزواج-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010.
- 155- عزت مصطفى الدسوقي، قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1997
- 156- عصمت عبد المجيد بكر، أصالة الفقه الإسلامي (دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة وأصالة المبادئ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2010.
- 157- عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج1، مكتبة وهبة، القاهرة، ط2، 1427هـ/2006م.
- 158- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ/1986
- 159- علاء زكي، نظم القسم الخاص في قانون العقوبات جرائم الاعتداء على العرض: الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2013.
- 160- علال الفاسي، النقد الذاتي، المطبعة العالمية، القاهرة، ط1، 1952.
- 161- علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، سنن الدارقطني، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ /2004 م.
- 162- علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م.
- 163- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات: القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المال والإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
- 164- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008.
- 165- علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1994، ص64.
- 166- علي يوسف شكري، حقوق الانسان في ظل العولمة، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1431هـ/2010م.
- 167- عماد الدين اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، دار طيبة، الرياض، ط2، 1420هـ/1999م.
- 168- عماد الدين إسماعيل ابن كثير، مسند الفاروق، ج1، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1411هـ/1991م.
- 169- عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص الأموال، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، طبعة خاصة بالتعليم المفتوح.
- 170- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، ط1، 1997.

- 171- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، ج1، المدينة المنورة، ط1، 1423هـ/2002م.
- 172- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الثاني في الجنسية-دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط4، 2005.
- 173- فاطمة الزهراء بن محمود والحسين سالمى، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2006.
- 174- فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة، التعليق على مجلة الاحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط1، 2005.
- 175- فاطمة المرنيسي، السلوك الجنسي في مجتمع اسلامي رأسمالي تبعي، دار الحدائث، بيروت، 1982.
- 176- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ج 14، دار المؤيد، دون طبعة وتاريخ نشر.
- 177- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط2، 1408هـ/1988م.
- 178- فتحي ذياب سبيتان، قضايا عالمية معاصرة، الجنادرية للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2012.
- 179- فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 180- فتوح عبد الله الشاذلي، المسؤولية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006.
- 181- فريجة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري: جرائم الاعتداء على الأشخاص - جرائم الاعتداء على الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2015.
- 182- فؤاد عبد المنعم رياض وهشام علي صادق، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون المصري المقارن، دون ناشر، مصر، ط1، 2004.
- 183- فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 1995.
- 184- فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون الدولي والتشريع المصري، مركز جامعة القاهرة، القاهرة، دون طبعة، 1420هـ/1999م.
- 185- فؤاد عبد المنعم رياض، الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 43، 1987.
- 186- فؤاد عبد المنعم رياض، هموم إنسان مصري، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2010.
- 187- كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2002.
- 188- كريمة محروق، الحماية الجنائية للأسرة على ضوء أحدث التعديلات في التشريع العقابي الجزائري والمقارن، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2020.
- 189- كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، ألفا للوثائق، قسنطينة، ط1، 2019.

- 190- كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد: دراسة تحليلية مقارنة، ألفا للوثائق، قسنطينة، ط1، 2019.
- 191- كمال الدين محمد بن عبد ابن همام، فتح القدير، ج3، دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ النشر
- 192- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.
- 193- لورا فيشيا فاغليري، دفاع عن الإسلام، ترجمة منير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1976.
- 194- مالك بن أنس، المدونة الكبرى ويليهما مقدمات ابن رشد، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م.
- 195- مالك بن أنس، الموطأ، المجلد 4، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبوظبي، ط1، 1425هـ/2004م.
- 196- ماهر عبد شويش درة، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، دون تاريخ نشر.
- 197- مجيد خضر أحمد السباعوي، نظرية السببية في القانون الجنائي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية وأجنبية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2004.
- 198- محمد ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط 2، 1403م/1983م.
- 199- محمد ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ج9، ط1، 2003م، 1425هـ.
- 200- محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط6 جديدة كاملة في مجلد واحد، 1438- /2017م.
- 201- محمد ابن عابدين، رد المحتار على در المحتار، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1412/1992م.
- 202- محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ج1، دون ناشر، ط2، 2005.
- 203- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ط3.
- 204- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1976.
- 205- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، دون سنة نشر.
- 206- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة: الزواج - انحلال ميثاق الزوجية وأثاره - الولادة ونتائجها، دار النشر المغربية، الدار البيضاء ط7، 2015.
- 207- محمد البشير الشافعي، قانون حقوق الانسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 2004.
- 208- محمد البغوي، معالم التنزيل، ج2، دار طيبة، الرياض، ط1، 1409هـ/1989م.
- 209- محمد الدسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي، دار الثقافة، الدوحة، ط1، 1995.
- 210- محمد الرازي، تفسير الفخر الرازي، ج 10، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1401هـ/1981م.

- 211- محمد السيد محمد الزعبلوي، الأمومة في القرآن الكريم والسنة النبوية، دار ابن حزم، بيروت، ط 6، 1419هـ/1998م،
- 212- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة 3، 2004.
- 213- محمد الشماع، المفيد في أحكام الزاج والطلاق والميراث، دار القم، دمشق، دار الشامية، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.
- 214- محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج2، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984
- 215- محمد العمراني الكدي، فقه الاسرة المسلمة في المهجر، ج2، أصل الكتاب أطروحة دكتوراه من كلية الآداب والعلوم الانسانية، جامعة محمد الأول دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001.
- 216- محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الجزء الأول- الزواج- ط 3، 2015.
- 217- محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، ط1، 1997.
- 218- محمد بن أحمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، ج2، دون طبعة وتاريخ نشر.
- 219- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 4، 1435هـ/2014م.
- 220- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، 1425هـ / 2004 م.
- 221- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، دار المعرفة، القاهرة، 1410هـ/1990م، دون طبعة.
- 222- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ/2009م.
- 223- محمد بن الحسن الشيباني، شرح كتاب السير الكبير، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- 224- محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري: المسمى جامع البيان في تفسير القرآن، دار الكتب العلمية بيروت، ط6، 1435هـ/2014م.
- 225- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد 13، دار ابن الجوزي، الرياض، ط 1، 1428 هـ.
- 226- محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج5، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2002م.
- 227- محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الاحوذى شرح الترمذي، ج4، بيروت، دار الفكر، ط 1995 م.

- 228- محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/2003م.
- 229- محمد بن عبد الله الخرخشي، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية العدوي على الخرخشي، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.
- 230- محمد بن عبد الله الخرخشي، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية العدوي على الخرخشي، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.
- 231- محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، ج6، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ/1993م.
- 232- محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- 233- محمد بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج3، دار الفكر، بيروت، 1440هـ/2018م.
- 234- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م
- 235- محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/1994م.
- 236- محمد تقية، الوجيز في أصول الفقه، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
- 237- محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية: محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1، 1985.
- 238- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 1985.
- 239- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، 1993.
- 240- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات: القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط5، 2005.
- 241- محمد سالم أبو عاصي، فتاوي الشيخ بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقا، الجزء الأول، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1434هـ/2013م.
- 242- محمد سكمال المجاجي، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، الجزائر، ط1، 1431هـ/2010م.
- 243- محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود على شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، 1426هـ/2005م.
- 244- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 2000
- 245- محمد عبد الرحمن الفقي المغواربي، التقريقر القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان - أصل الكتاب بحث مقدم لندوة فرق الزواج الدائرة بين الطلاق والفسخ، رؤية نقدية لقانون الأحوال الشخصية العماني المنعقدة في كلية الشريعة والقانون بمسقط بتاريخ 01-03 مايو 2005، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2011.

- 246- محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 6، 1439هـ/2018م
- 247- محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2009.
- 248- محمد عبده، الأعمال الكاملة، تحقيق وتقديم: محمد عمارة، ج2، جار الشروق، القاهرة، ط1، 1414هـ/1994م.
- 249- محمد عبده، الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، مصر، 1981.
- 250- محمد عزمي البكري، الحبس في دين النفقة وجريمة هجر العائلة، دار محمود، القاهرة، ط1، 2016/2015.
- 251- محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحضانة، دار محمود للنشر، القاهرة، 2015-2016
- 252- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الأول، دار محمود، القاهرة، ط 21، 2018.
- 253- محمد علي صالح، سودانيون في أمريكا وكتبهم، مكتبة جزيرة الورد، القاهرة، ط 1، 2003.
- 254- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، ط2، شهاب، الجزائر، الجزء الأول، 1994.
- 255- محمد محمد مصباح القاضي، قانون العقوبات: القسم الخاص في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة والاعتداء على الأشخاص، دون ناشر، 2000.
- 256- محمد مروان، نظام الاثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1999.
- 257- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1403هـ/1983م.
- 258- محمد نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3 جديدة معدلة ومنقحة، دون تاريخ نشر.
- 259- محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 260- محمود أبو القاسم الزمخشري، الكشاف، دار الفكر، بيروت، ط1، 1397/1977، ج1.
- 261- محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2015.
- 262- محمود بن أحمد العيني، البناءة في شرح الهداية، ج5، دار الفكر، بيروت، ط2، 1411هـ/1990م.
- 263- محمود ربيع ومحمد عبد الحميد الألفي، قانون الأحوال الشخصية والمواريث وقوانين الأسرة، دار محمود، القاهرة، طبعة 2018.
- 264- محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج2، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989.
- 265- محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج 25، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1438هـ/2017م.

- 266- محيي الدين يحيى بن شرف النووي، شرح النووي على مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ.
- 267- مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية: دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004.
- 268- مريغان مصطفى رشيد، جريمة العنف المعنوي ضد المرأة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2016.
- 269- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط4، 1431هـ/2010م.
- 270- مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2003.
- 271- مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، ج4، دار ابن عفا، القاهرة، ط1، 1419هـ/1999م.
- 272- مصطفى مجدي هرجه، الدفوع الجنائية في جريمة القتل العمد، دار محمود، القاهرة، ط1، 2016/2015.
- 273- المعاينة عمر منصور، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2007.
- 274- معتز الفجيري، حقوق الانسان والشريعة الإسلامية في فكر عبد الله النعيم، رواق عربي: كتاب غير دوري يصدر عن مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد 57/56، 2010، القاهرة.
- 275- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض، الاسكندرية، دون طبعة، 1983.
- 276- مفلح بن سليمان بن فلاح الرشيد، التحقيق الجلي في حديث لا نكاح الا بولي، مؤسسة قرطبة، مدينة الاندلس، مصر.
- 277- منذر عبد الكريم أحمد القضاة، الواضح في شرح أحكام الأسرة- أحكام الزواج والطلاق، مكتبة الرشد- ناشرون، الرياض، ط1، 1436هـ/2015م.
- 278- منصور البهوتي، الروض المربع: شرح زاد المستقنع، ج9، دار الوطن للنشر، الرياض، ط1، 1429هـ/2008م.
- 279- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1402هـ/1982م.
- 280- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج29، مطابع دار الصفوة، الكويت، ط1، 1414هـ/1993م.
- 281- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمى بالشافعي على متن المقنع، ج7، دار الفكر، بيروت، 2018.

- 282- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقى ومعه الشرح الكبير على متن المقنع، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 2009.
- 283- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 9، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1418هـ/1997م.
- 284- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1405هـ/1985م
- 285- موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير معهما الانصاف للماوردي، ج 20، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1416هـ/1996م.
- 286- مونیکا ماكوفي، دليل إرشادي حول تطبيق المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، في: الأدين وحرية التعبير - إشكالية الحرية في مجتمعات مختلفة، تحرير رجب سعد طه، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، دون تاريخ نشر.
- 287- ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 6، المكتب الإسلامي، بيروت ط1، 1399هـ/1989م.
- 288- ناصر الدين الألباني، مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج1، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1405هـ/1985م.
- 289- نرمين حسن السطالي، سيكولوجية العنف وأثره على التنشئة الاجتماعية للأبناء، السعيد للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2018.
- 290- نور الدي الحافظ الهيثمي، بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، دار الفكر، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م.
- 291- نور الدين الحافظ الهيثمي، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، ج 4، دار الثقافة العربية، دمشق، ط1، 1412هـ/1991م.
- 292- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، دار فسيلة، الجزائر، ط2، 2009.
- 293- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص: الجنسية-تتازع القوانين - تتازع الاختصاص القضائي-، الكتاب الأول: الجنسية، 2004، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 294- هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب- دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 295- وهبة الزحيلي، تعدد الزوجات: المبدأ، والنظرية، والتطبيق، دار المكتبي، دمشق، ط2، 1431هـ/2010م
- 296- ياسر محمد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ط1، 2008.
- 297- يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني أبو حسين الشافعي اليمني، البيان في مذهب الشافعي ج9، دار المنهاج بيروت، ط1، 1421هـ/2001م.

- 298- يسري السيد محمد، جامع الفقه، ج6، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1421هـ/2001م.
 299- يوسف ابن عبد البر، الاستنكار، ج17، دار الوعي، القاهرة، ط1، محرم 1414هـ/ يوليو 1993.
 300- يوسف القرضاوي، مركز المرأة في الحياة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، 2010.
 301- يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003.

ب- باللغة الأجنبية

- 302- Abdullahi Ahmed An-Na'im, Abdullahi Ahmed An-Na'im, State responsibility under international human rights law to change religious and customary laws, in: Rebecca J. Cook Human rights of women: National and international perspectives, University of Pennsylvania Press, ed of 2012.
 303- Abdullahi Ahmed An-Na'im, Muslims and global justice, University of Pennsylvania Press, USA, 2011.
 304- Abdullahi Ahmed An-Na'im, Qur'an, Sharia and Human Rights: Foundations, Deficiencies and Prospects, in: Kung Hans, and Jurgen Moltmann, the ethics of world religions and human rights, Philadelphia: Trinity Press International, London: SCM Press, 1990.
 305- Alain Roy, Déjudiciarisation et divorce consensuel : Perspectives socio-juridiques, dans : Nicholas Kasirer et Pierre Noreau (dir.), Sources et instruments de justice en droit privé, Montréal, Édition Thémis, 2001.
 306- Alexandre Charles Kiss, ed. Droit International de L'environnement, Droit Humanitaire International, Droit International Privé. Vol. 7. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
 307- Alison Dundes Renteln, International human rights: universalism versus relativism, Quid Pro Books, New Orleans Louisiana, 2013.
 308- Alison Dundes Renteln, Reflections on the Theory and Practice of Cultural Rights, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol. 100, Cambridge University Press, 2006.
 309- Andrew Legg, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality, Oxford University Press, UK, 2012.
 310- Barbara Stark, International Family Law: An Introduction. Ashgate Publishing, Ltd., 2013.
 311- Bertrand-Mirkovic, Aude. Droit civil: personnes, famille. Vol. 401. Studyrama, 2004.
 312- Bonnie G Smith, The Oxford encyclopedia of women in world history, Vol. 1, Oxford University Press, NY, USA, 2008.
 313- Christian Tomuschat, Human rights: Between idealism and realism, Published in the United States by Oxford University Press Inc, New York, 1st ed, 2008.
 314- Cynthia K Sanders, Economic abuse in the lives of women abused by an intimate partner: A qualitative study, Violence against women, 2015, vol. 21, no 1.
 315- David John Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, and Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European convention on human rights, Oxford University Press, UK, 3rd Ed, Published in USA 2014.
 316- Dominic McGoldrick, Culture, cultures, and cultural rights, Economic. in Mashood Baderin and Robert McCorquodale, social and cultural rights in action, Oxford university press, UK, 2007.
 317- Eva Brems, Human rights: Universality and diversity, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden/ Boston, 2001.
 318- Eva Brems, the margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: accommodating diversity within Europe, In Human rights and diversity: area studies revisited, University of Nebraska Press, USA, 2003.

- 319- Federico Lenzerini, *The culturalization of human rights law*, Oxford University Press, UK, 2014.
- 320- Gaffney Rhys Ruth, *International Law and Child Marriage*, In: Niamh Reilly (eds), *International Human Rights of Women*, Springer, Singapore, 2019.
- 321- Gulsen Yildirim, *Régimes matrimoniaux*, Eds bréal, 2008.
- 322- Hansen, Randall. *Citizenship and immigration in postwar Britain*, Oxford University Press, UK, Printed in New York, USA, 2000.
- 323- Henry Dyson, *French property and inheritance law: principles and practice*. Oxford University Press, UK, 2003.
- 324- Howard C Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- 325- Jane K Cowan, Marie-Bénédicte Dembour, And Richard Wilson, (ed.), *Culture and rights: Anthropological perspectives*, Cambridge University Press, UK, 2001.
- 326- Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent* University of Pennsylvania Press, USA, 1999.
- 327- Jonas Christofferson, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2009.
- 328- José Luis de la Cuesta, *International Association of Penal Law, Resolutions of the congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, Édition érès, toulouse, 2009.
- 329- Julie Ringelheim, *Cultural Rights*, In: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, David Harris, *International human rights law*. Oxford University Press, UK, 1st ED, 2010.
- 330- Linda Guerry, *Le genre de l'immigration et de la naturalisation, L'exemple de Marseille (1918-1940)*, ENS Éditions, Lyon, 2013.
- 331- Marsha Freeman, Beate Rudolf, and Christine Chinkin, eds. *The UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women: A commentary*, Oxford University Press, 2012.
- 332- Mashood Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, UK, 2003.
- 333- Matthias Klatt And Moritz Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press on Demand, UK, 2012.
- 334- maulana wahiduddin khan, *Polygamy and Islam*, good words books, New Delhi, 1st ED, 2001.
- 335- Netherlands Adviesraad Internationale Vraagstukken, *Universality of Human Rights and Cultural Diversity*, Advisory Council on International Affairs, The Hague Netherlands, 1998.
- 336- Olive M. Stone, *Family Law*, The Macmillan Press Ltd., London, 1977.
- 337- Olivier De Schutter and Françoise Tulkens, *The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*. In: Eva Brems (ed.), *Conflicting between fundamental rights*, Intersentia, 2008
- 338- Radda Barnen, *Hitting People is Wrong: And Children are People Too A practical handbook for organizations and institutions challenging corporal punishment of children*, Save the Children- Sweden, 2002.
- 339- Sarah Joseph and Melissa Castan, *The international covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary*, Oxford University Press, UK, 2013.
- 340- Sarah Joseph, and Melissa Castan. *The international covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary*, Oxford University Press, UK, published in NY USA, 3rd Ed, 2013.

- 341- Stephen Marks, Defining Cultural Rights, in Morten Bergsmo (ed.), Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003.
- 342- Stephenson Chow, Cultural Rights in International Law and Discourse: Contemporary Challenges and Interdisciplinary Perspectives. Brill , Martinus Nijhoff publisher, Leiden/Boston, 2018.
- 343- William Schabas, ed. The Universal Declaration of Human Rights: The travaux préparatoires: Cambridge University Press, UK 2013.
- 344- Yupsanis, Athanasios. The Meaning of 'Culture' in Article 15 (1) (a) of the ICESCR - Positive Aspects of CESCR's General Comment No. 21 for the Safeguarding of Minority Cultures, German Yearbook of International Law, vol 55, 2002.
- 345- Yutaka Arai-Takahashi, Proportionality, in: The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Edited by Dinah Shelton, Oxford University Press, UK, 2013.
- 346- Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, 2002.
- 347- Yutaka Arai-Takahashi, The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry, in Føllesdal, Andreas Birgit Peters and Geir Ulfstein , Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context- Studies on Human Rights Conventions, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

- الكتب المتخصصة

أ- باللغة العربية

- 1- أحمد بخيت، الجنسية ودور الأم في جنسية أولادها، دار النهضة، القاهرة، ط1، 2001.
- 2- أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2014.
- 3- أحمد حسن طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، دار الحكمة، بيروت، ط1، 2002.
- 4- أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، دار الكتب القانونية، مصر، المحل الكبير، دون طبعة، 2008.
- 5- الحسين الملكي، من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية، الجزء الثاني، مكتبة دار السلام، الرباط، ط1، 2011.
- 6- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية- حق الطفل المولود من أم مصرية في اكتساب الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2002.
- 7- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 8- رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، ج2، دار الفاروق، القاهرة، ط1، 2007.
- 9- رشيد كهوس، المسؤوليات الأسرية في الرؤية الإسلامية ومدونة الأسرة المغربية، منشور في كتاب الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد العالي للفكر الإسلامي، هرنند-فرجينيا، ط1، 1436هـ/2015م.
- 10- رفعت محمد مرسي طاحون، حقائق الإسلام وأباطيل خصومه حول قضايا المرأة، ج4، حقائق الإسلام وأباطيل خصومه حول ميراث المرأة، دار غار حراء، دمشق، ط1، 2015.

- 11-رندة الفخري عون، التمييز ضد المرأة في أبرز المواثيق الدولية- دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، دون طبعة، 2013.
- 12- شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد، دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون والاجتماع، دار القلم، باريس، ط1، 2001.
- 13-صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر، مدينة السادس من أكتوبر، ط1، 1999.
- 14-عابد بن محمد السفياي، موقف الشريعة الإسلامية من الحريات، الكتاب الأول: حكم الزنا في القانون وعلاقته بمبادئ حقوق الانسان في الغرب، دار ابن مسعود لإحياء التراث، الإسكندرية، ط 1، 1424هـ/2004 م.
- 15-عائشة الحجامي، السجال الديني في النقاش حول إصلاح قانون الأسرة المغربي، منشور ضمن كتاب قانون الأسرة المسلمة ومعضلة المساواة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، الطبعة العربية الأولى، 1439هـ/2017م.
- 16-عبد الحميد محمود عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية لأبنائها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006.
- 17-عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين: جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، طبعة 2007.
- 18-عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
- 19-فتوح الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ط1، 1407هـ/1986م.
- 20-فريدة بناني وزينب المعادي، جنسية أبناء المرأة: بين منطلق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى المجموعة الدولية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، بيروت، 2003.
- 21-فوزية الغساصي وخالد براجاوي، المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في دول المغرب العربي: المغرب نموذجاً، منشور في كتاب: المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة -اليونسكو-، المغرب، 2010.
- 22-قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة 2016.
- 23-محمود أحمد صالح الدوسري، التمايز العادل بين الرجل والمرأة في الإسلام، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1432هـ.
- 24-محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2015.
- 25-المركز المصري لحقوق المرأة، حماية المرأة في قانون العقوبات، مراجعة إيهاب ناجي، المركز المصري لحقوق المرأة، القاهرة، ط2، 2006.
- 26-مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2001.

- 27- منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة: دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2010.
- 28- نهى عدنان القاطرجي، الغزو الناعم: دراسات حول أثر العولمة على المرأة والأسرة والمجتمع، دار "أي-كتب"، لندن، ط1، يناير 2018.
- 29- نهى عدنان القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة- رؤية إسلامية، دار "أي-كتب"، لندن، ط2، ديسمبر 2017.

ب- باللغة الأجنبية

- 30- Abdullahi Ahmed An-Na'im, Islamic family law in a changing world: A global resource book. Vol. 2, Zed Books Ed, London, 2002.
- 31- Aisha K Gill, Violence Against Women and the Need for International Law, in: Rashida Manjoo, Jackie Jones The Legal Protection of Women from Violence, 1 St Edition, London: Routledge, 2018.
- 32- Candice Lewis Bredbenner, A Nationality of Her Own: Women, Marriage and the Law of Citizenship University of California Press, Berkley, 1998.
- 33- Deborah Stienstra, Women's movements and international organizations, Palgrave Macmillan UK, UK 2016.
- 34- Ekaterina KrivenkoYahyaou, Women, Islam and international law: within the context of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Graduate Institute of International Studies, Geneva, Vol. 8, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009.
- 35- Hilka Pietilä and Beth Peoc'h, The unfinished story of women and the United Nations, UN, 2007.
- 36- Karen Knop Karen, Relational Nationality: On Gender and Nationality in International Law, In Aleinikoff T. Alexander and Klusmeyer Douglas, Citizenship Today: Global Perspectives and Practices, edited, Carnegie Endowment for International Peace, 2001.
- 37- Rashida Manjoo, Jackie Jones The Legal Protection of Women from Violence, 1 St Edition, London: Routledge, 2018.
- 38- Sally Engle Merry, changing rights, changing culture in Jane K Cowan, Marie-Bénédicte Dembour, and Richard A. Wilson, Culture and Rights: Anthropological Perspectives Cambridge University Press, UK, 2001.
- 39- Samuel Chapman, polygamy, Bigamy and Human Rights law, Xlibris Corporation, Canada, 2001.
- 40- Zainah Anwar, Musawah Framework for Action in: Wanted: equality and justice in the Muslim family, Musawah, Malaysia, 2009.

ثانياً: مقالات المجلات والبحوث العلمية وبحوث المؤتمرات

أ- باللغة العربية

- مقالات المجلات العلمية

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، مركز المرأة في قانون الجنسية والمجتمع في مصر، مركز دراسات المستقبل، جامعة أسيوط، يونيو، 1995.
- 2- أبو العلا علي أبو العلا، جنسية المولود لأم وطنية وأب أجنبي أو مجهول- دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق مج 39، ع2، يوليو 1997.

- 3- أحمد الغندور، التظليق للضرر: حكم المحكمة الكلية (الأحوال الشخصية) الصادر بتاريخ 16/1/1974 - في القضية رقم 2525 / 1973، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، مج 2، ع 1، 1978.
- 4- أحمد حسن إبراهيم، المؤتمر الدولي للسكان والتنمية - القاهرة: 5 - 13 سبتمبر 1994، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد 2، ع2، معهد التخطيط القومي، ديسمبر.
- 5- أحمد ضاعن السمدان، الجنسية الكويتية الأصلية- دراسة مقارنة حول مفهوم الجنسية الأصلية وحكمها في التشريع الكويتي وتطبيق الإرادة لها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد 20، ع 3، سبتمبر 1996.
- 6- أحمد عوض هندي، دعوى الخلع وسيلة لتحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة في إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية: جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ع 2، 2009.
- 7- أحمد كافي، مقاصد الولي في الزواج، مجلة الفرقان، ع 49، 2003.
- 8- أحمد محمد أمين الهواري، وضع المرأة في تشريعات الجنسية في الدول العربية، مجلة الحق، اتحاد المحامين العرب، لبنان، المجلد 20.
- 9- إدريس الفاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة، مجلة الحقوق، العدد 16-17، المغرب، 2014.
- 10- إدريس الفاخوري، حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية في التشريعات العربية بين واقع النص وإكراهات الواقع، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، ع6، 2014، المغرب.
- 11- إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف، ع4، سبتمبر 2004.
- 12- إدريس فاضلي، قانون الأسرة بين الثبات والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد 4، 1996.
- 13- أشرف عرفات أبو حجازة، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان مع التطبيق على التحفظات العربية والإسلامية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 67، 2011.
- 14- أشرف محمود محمد الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بأسيوط، ع 13، ج 1، 2001.
- 15- أعراب بلقاسم، أحكام الجنسية الجزائرية على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، أبو بكر بلقايد تلمسان، ع7، 2009.
- 16- أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 32، ع1، 1994.
- 17- إلهام العلمي، إسناد الجنسية الأصلية للأولاد بناء على رابطة الدم من جهة الأم، مجلة المناهج القانونية، المغرب.

- 18- أمين محمد عطية باشا، تعدد الزوجات: بين الحكم البنات والشبهات المفتريات، مجلة القراءة والمعرفة، ع 129، مصر، 2012.
- 19- أنور محمد صدقي المساعد وبشير سعد زغلول، الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ع 40، شوال 1430 / أكتوبر 2009.
- 20- توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، العدد 3، السنة 11، 1964.
- 21- جمال الخمار، الوضعية القانونية للمغاربة المقيمين في بلجيكا على ضوء القانون الدولي الخاص البلجيكي، مجلة الملف، ع 16، أبريل 2010.
- 22- جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع 12، 2011/.
- 23- جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد 1.
- 24- جيلالي تشوار، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2، 2007.
- 25- حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي: دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مج 38، ع 1، 1996.
- 26- حسن الهادوي، اكتساب الاجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، المجلد 1، ع 2، 1977.
- 27- الحسن خليفة بابكر، التطلاق للضرر: حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة للأحوال الشخصية، شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين في الشارقة، مج 12، ع 48، 1995.
- 28- حسني محمد السيد الجدع، تنازل المجني عليه عن شكواه، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر، ع 5، 1987.
- 29- حسنين السعيد حسنين، ميراث المرأة المسلمة بين الإنصاف والإجحاف، مجلة كلية التربية بالإسماعيلية، مصر، ع 6-7، أكتوبر 2006.
- 30- حسين أحمد عبد الغني سمرة، الولاية والشهادة في عقد النكاح، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مصر، السنة 13، العدد 50، 1422هـ.
- 31- حكمت شبر، أحكام الحضانة: دراسة مقارنة في التشريع العراقي والتشريعات العربية المعاصرة، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية ع 13، 1984.
- 32- حنان ابن شقرون، الثروة المكتسبة بين الزوجين في ضوء فتاوى علماء المذهب المالكي، مركز الجنوب للنماء الثقافي والإنساني، مجلة المذهب المالكي، ع 16، ربيع 2013.

- 33- ذياب عبد الكريم عقل وعبد الرحيم محمود دراغمة، جرائم الدفاع عن الشرف في حال التلبس بالزنا في الشريعة الإسلامية مقارنة بقانون العقوبات الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مج 5، ع 2، 2009.
- 34- رشيد خلف الله، موقع قوانين الأسرة العربية من المواثيق الدولية، مجلة الحق، اتحاد المحامين العرب، المجلد 26، ع 1-2.
- 35- زبيدة إقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 5، ع 1، 2012.
- 36- ساس بن حليلة، قانون العائلة بين التطور والجمود، مجلة دراسات قانونية، ع 8، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، 2011.
- 37- ساسي بن حليلة، زواج التونسية المسلمة بغير مسلم بطلان لا طلاق، الأحداث القانونية التونسية، ع 23، 2013.
- 38- سامي الصالح، حقوق الزوج على الزوجة، مجلة هدى الإسلام، وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية الأردنية، المجلد 51، ع 7، آب / شعبان 1428هـ / 2007م.
- 39- سعاد سطحي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار: جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين، المجلد 4، ع 8، 2004.
- 40- سليمان ولد خسال، قضايا الزواج المقترن بالشروط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، مج 5، ع 9، 2004.
- 41- سنية العش ملاك، منح جنسية الأم لطفلها: قراءة في تنقيح مجلة الجنسية التونسية المؤرخ في 1 ديسمبر 2010، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، ع 19، 2012.
- 42- السيد كومبالديو، التنازل عن الشكوى في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، ليبيا، المجلد 9، 1980.
- 43- شكري الدربالي، زواج التونسية المسلمة بغير المسلم: رؤية شرعية وقانونية، مجلة الفقه والقانون، ع 65، مارس 2018.
- 44- الشيخ جاد الحق علي جاد، حول اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، هدية مجلة الأزهر، الأزهر، القاهرة، صفر 1416هـ / يوليو 1995.
- 45- صالح بن عبد الرحمن الحصين، تعدد الزوجات وحقوق الإنسان، مجلة البحوث الإسلامية، ع 66، السعودية، سبتمبر 2002،
- 46- صلاح الدين سلطان، التوازن بين حقوق المرأة في الميراث والنفقة في الشريعة الإسلامية، مجلة كلية دار العلوم جامعة القاهرة - مصر، ع 19، 1996.
- 47- الطيب البكوش، نصوص مشروع إعلان الحقوق الثقافية، المجلة العربية لحقوق الإنسان - المعهد العربي لحقوق الإنسان، عدد 5، تونس، جانفي 1998.

- 48- الطيب اللومي، دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 9-11-1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، المجلة القانونية التونسية، جوان 1999.
- 49- العابد العمراني الميلودي، الوساطة الجنائية التشريع الفرنسي والتونسي نموذجاً، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم، ع 6، ديسمبر 2012.
- 50- عبد الحليم محمد منور علي، الاحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الاسلامي والقانون الجنائي المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة الأزهر، مصر، 1423هـ/2002م.
- 51- عبد السلام الزباني، تعدد الزوجات في الإسلام وموقف قوانين بعض الدول الإسلامية منه، مجلة الإحياء، تصدر عن الرابطة المحمدية للعلماء، ع13، يناير 1999.
- 52- عبد السميع أسامة السيد، ميراث المرأة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني (دراسة مقارنة)، سلسلة فكر المواجهة 12 حول الإسلام وحقوق المرأة، رابطة الجامعات الإسلامية، القاهرة، 2004.
- 53- عبد العلي عدنان، المساواة بين الزوجين في مباشرة الفعل الحميمي بين المرجعية الدينية والآفاق الحقوقية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، ع 122-123، ماي 2015.
- 54- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11 (تشريع الأسرة الجزائري)، الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، الجزء 41، ع2، 2003.
- 55- عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، العدد 13، جامعة وهران، ديسمبر 2007.
- 56- عبد القادر داودي، فلسفة التغيير والتعديل في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، ع13.
- 57- العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 3، ع1، جامعة محمد بن أحمد وهران 2.
- 58- عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي-3: تشريع الجنسية الكويتية، مجلة مصر المعاصرة: الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مج 66، ع 361، 1975.
- 59- عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، ع 29، 2019.
- 60- عطية باشا وأمين احمد، تعدد الزوجات: بين الحكم البيّنات والشبهات المفترقات، مجلة القراءة والمعرفة، ع 129، مصر، يوليو 2012.
- 61- علي حسين الدوسري، حق المساواة بين الرجل والمرأة ومدى مطابقته لقانون الجنسية الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد 42، ع 4، ديسمبر 2018.
- 62- عماد حميدة، أثر الفساد على حقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 5، ع 1، جوان 2020.

- 63- عماد محمد ربيع وغالب علي الداودي، حكمة المشرع في منح الإعفاء للزوج إذا قتل زوجته حال تلبسه بالزنا: دراسة مقارنة، مجلة الآداب، جامعة بغداد، كلية الآداب، ع48، 2000.
- 64- عنايت عبد الحميد ثابت، مدى قانونية عدم مقدرة الأم المصرية على الإدلاء بجنسيتها إلى أولادها عند ميلادهم بصفة أصلية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 58، 2002.
- 65- عوض محمد عوض، الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة: دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي، كلية القانون، ع 3، 1973.
- 66- غالب علي الداودي، تأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة في القانونين العراقي والتركي، الأعلام: وزارة الثقافة والإعلام، دار الشؤون الثقافية العامة، س2، ع12، 1966.
- 67- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وأثار الإخلال بها، مجلة القضاء المدني، السنة 3، ع 6، المغرب، خريف 2012.
- 68- فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة أبناء جنسية الأم المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 42، 1986.
- 69- فؤاد عبد المنعم رياض، نحو تعديل قانون الجنسية المصرية: دراسة نقدية لأحكام تشريع الجنسية المصرية رقم 26 لسنة 1975، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 50، 1994.
- 70- فوزي أوصديق، تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية، دراسات قانونية، ع4، الجزائر، أوت-أغسطس، 2009.
- 71- كارم الجوة، الطلاق بالاتفاق: الإشكاليات، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، ع 7، 2012، تونس.
- 72- كريم متقي، مسطرة التطلاق للشقاق في قانون الأسرة المغربي، منشورات مجلة دفاتر قانونية، سلسلة دفاتر أسرية، ع 3، 2018.
- 73- كمال آيت مصور، تكريس حقوق الأفراد وتدعيم وحدة الجنسية في الأسرة في الأمر رقم 01/05 المعدل والمتمم لقانون الجنسية الجزائرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 63، القاهرة، 2007.
- 74- كيتا وسي عمر وتكر الحاج موسى، مصطلحات الجندر، الصحة الإنجابية، الحقوق الإنجابية، حقوق الشركاء، والجنس الآمن: مفهومها وآثارها على مقصد حفظ النسل، مجلة مجمع: جامعة المدينة العالمية ع7، 2013.
- 75- محمد إبراهيم الشافعي، النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع 37، 2002.
- 76- محمد الشافعي، تعدد الزوجات في قوانين الأسرة لدول المغرب العربي، مجلة محاكمة، العدد الممتاز 7-8، المغرب، مارس 2010.
- 77- محمد الشافعي، نظام الاشتراك بين الزوجين في القانون التونسي (نموذج للقانون المغربي)، مجلة محاكمة، ع 5، يناير.

- 78- محمد بلحاج الفحصي، زواج القاصر من خلال مدونة الأسرة المغربية، منشورات مجلة دفاتر قانونية - سلسلة دفاتر أسرية المغرب، ع2، 2017.
- 79- محمد بن أحمد بن علي واصل، أحكام نفقة الزوجة العاملة، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مج8، ع4.
- 80- محمد بن شاكر الشريف، تقييد المباح أو الإلزام به، جريدة البيان، ع 253، سبتمبر - رمضان، 2008.
- 81- محمد جمعة براج، الولاية في عقد النكاح، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، مجلد 5، ع11، أغسطس - محرم.
- 82- محمد حبيب الشريف، حول طرق التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، ع 10، ديسمبر 2000.
- 83- محمد عبد العال، مركز المرأة في تشريع الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين في الشارقة، المجلد 12، ع 48، 1995.
- 84- محمد غزالي، الأثر الاجتماعي لقضايا الخلع والطلاق في بلاد المغرب الإسلامي من خلال كتاب المعيار للونشريسي، مجلة عصور الجديدة، جامعة أحمد بن بلة وهران 3، العدد 12-11، خريف - شتاء، فبراير، 1434-1435هـ/2013-2014م
- 85- محمد فهيم يوسف، حقوق الإنسان في ضوء التجليات السياسية للعولمة: عولم حقوق الإنسان أم عولمة الفهم الغربي لحقوق الإنسان؟، المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، مج 21، ع 235، سبتمبر 1998.
- 86- محمد هاني إسماعيل محمود، حول استقلال المطلقة والصغير بالمسكن، الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة 19، ع 222، أبريل - جمادى الآخرة، 1983.
- 87- محمد يوسف علوان، القانون الدولي لحقوق الإنسان: آفاق وتحديات، مجلة عالم الفكر، المجلد 31، ع 4، أبريل - يونيو 2003، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.
- 88- محمد يوسف علوان، بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 9، ع1، مارس 1985.
- 89- ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 27، ع 3، 2003.
- 90- موحى أسدي أعمار، قراءة في نظامي الانفصال والاشتراف في الأموال بين الزوجين، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، ع 6، ديسمبر 2016.
- 91- موسى مرمون، الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 - بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له، مجلة العلوم الإنسانية، ع 41، مجلد ب، جامعة قسنطينة 1، جوان 2014.
- 92- موسى مسعود حومة، جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج 24، ع 2، 2000.

- 93- مونية الغمري منير، المادة 49 في مدونة الأسرة: أية حماية لحق المرأة في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، ع 128، 2016.
- 94- ناصر بن عقيل الطريقي، تعدد الزوجات وأهميته للمجتمع المسلم، مجلة البحوث الإسلامية، ع 25، السعودية.
- 95- زكية حميدو تشوار، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، ع 41، 2003.
- 96- زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بالأمر 05-02 المعدل لقانون الاسرة، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، جامعة تلمسان عدد 12، 2011.
- 97- زكية حميدو تشوار، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ع 10.
- 98- نعمان بن مبارك جعيم، حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، ع 16، 1998.
- 99- نور الدين زمام وبن سعاد ققة، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، عدد 07 جانفي 2012، جامعة ورقلة.
- 100- هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، لمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع 1، 1994.
- 101- هشام البلاوي، التطلاق لسجن الزوج، التطلاق لسجن الزوج، مجلة القانون المغربي: دار السلام للطباعة والنشر، ع 11، ماي 2007.
- 102- يوسف شيخ راتب الدويك، مفهوم تعدد الزوجات ميزة تشريعية، وعلاج فعال، كما هو مفهوم حضاري، مجلة التربية، السنة 25، ع 117، قطر، يونيو 2016.

- بحوث المؤتمرات والندوات العلمية والبحوث المنشورة على صفحات الويب

- 1- أحمد أبو العينين، مدى تفاوت المعاملة الجنائية بين الرجل والمرأة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية (حقوق المرأة في مصر والدول العربية)، ديسمبر 2010، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2011/2010.
- 2- أحمد أبو الوفا، احترام التغيرات الثقافي بين الشعوب- مبدأ إسلامي أصيل، الندوة الدولية "من أجل رؤية إسلامية موحدة
- 3- أحمد الحجي، الثروة المشتركة... إنصاف للمرأة محفوف بشبهة مخالفة الشريعة الإسلامية، مقال منشور على الرابط: <https://www.al-monitor.com/pulse/ar/originals/2016/09/egypt-divorce-laws-women-rights-societal-change.html>

- 4- أحمد الخليلي، حقوق الرجل والمرأة بين الرؤية الإسلامية والرؤية السائدة في ثقافة المجتمع الإسلامي، مجلة الواضحة، ع2، 1425هـ، 2004م، دار الحديث الحسنية، الرباط.
<http://www.edhh.org/wadiha/index.php/magazine-2>
- 5- إدريس الفاسي الفهري، حق الكد والسعاية في الاجتهاد الفقهي المغربي المعاصر، بحث مقدم لندوة تطور العلوم الفقهية، فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقهي، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، بتاريخ 8-5 أبريل 2015.
- 6- بلقاسم بن زنين، المرأة الجزائرية والتغيير: دراسة حول دور وأداء السياسات العمومية، الفقرة 38، المجلة الجزائرية في الأنثروبولوجيا والعلوم الاجتماعية، إنسانيات/ insaniyat، ع 57-58، 2012، منشور على موقع المجلة الإلكتروني: <http://journals.openedition.org/insaniyat/13678>
- 7- سمية بن خلدون، آثار ومطالب اتفاقيات ومؤتمرات المرأة الدولية على المغرب، أوراق عمل مؤتمر: اتفاقيات ومؤتمرات المرأة الدولية وأثرها على العالم الإسلامي، مركز باحثات لدراسات المرأة، المنامة، أبريل 2010.
- 8- الرشيد بن شويخ، أحكام الخطبة في الزواج: دراسة مقارنة في أحكام الفقه والقانون والقضاء، أشغال الندوة الدولية: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحصيلة والمعوقات - مجموعة البحث في القانون والأسرة - كلية الحقوق بوجدة - المغرب، 2008.
- 9- توتة حفيظة، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، أعمال الندوة الوطنية: مدونة الأسرة بين النص والممارسة: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المغرب، 2006.
- 10- سهيل عبد الله، تعدد الزوجات بين قانون الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، أعمال الندوة الوطنية: مدونة الأسرة بين النص والممارسة - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب، يناير 2006.
- 11- عبد السلام الزباني، ضمان حقوق الزوجية في الأموال المكتسبة بعد الزواج ومدى فعاليته في تحقيق التنمية، أشغال الندوة الوطنية: الأسرة بين التشريع والقضاء ومتطلبات التنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس، جامعة مولاي إسماعيل، 2007.
- 12- عبد الله الأحمد، زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي، مقال منشور بجريدة الشروق التونسية الصادرة بتاريخ 31 أوت 2017، منشور على موقع الجريدة الإلكتروني [www.alchourouk.com](https://bit.ly/2SoT8hr) ، على الرابط التالي: <https://bit.ly/2SoT8hr>
- 13- عماد حميدة ويامنة حواسي، حضانة الطفل الناتج عن الزواج المختلط - دراسة مقارنة، الملتقى الدولي الخامس حول حماية الطفل بين قواعد القانون الجزائري وأحكام القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 6 و7 مارس 2018، غير منشور.
- 14- فايز محمد حسين محمد، العنف الاقتصادي ضد المرأة بين النظام القانوني المصري والشريعة الإسلامية والمعايير الدولية لحقوق المرأة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص بالمؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية (حقوق المرأة في مصر والدول العربية)، ديسمبر 2010، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010/2011.

- 15- فتوح الشاذلي تحت عنوان: حقوق المرأة في قانون الجنسية منشور على الموقع الالكتروني للمجلس القومي للمرأة بمصر: <https://ncw.gov.eg/ar/natara>
- 16- فؤاد عبد المنعم رياض، حق الام المصرية في نقل جنسيتها إلى الأبناء من زوج أجنبي حق دستوري، مقال منشور بجريدة الاهرام بتاريخ 8 / 10 / 1994
- 17- كاميليا حلمي محمد، أهم المصطلحات الواردة في أبرز الاتفاقيات والمواثيق الدولية للمرأة والطفل وخطورتها على الأسرة، بحث مقدم المؤتمر العلمي الدولي - الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي والجامعة الأردنية ووزارة التنمية الاجتماع.
- 18- كاميليا حلمي، دور القيم في مواجهة العنف المنزلي، منشور، بتاريخ 2006/06/10 على: <https://www.lahaonline.com/articles/view/10819.htm>
- 19- محمد أحمد شحاته حسين، الميراث الأنثوي، المؤتمر العلمي الدولي لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية (حقوق المرأة في مصر والدول العربية)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ديسمبر 2010، منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، - 2010، 2011.
- 20- محمد أحمد صبرة، إنسانية المرأة وقضاياها بين الإسلام والأديان ودعاة التحرر، ص 166، منشور على موقع [www.saaid.net](http://saaid.net) ، على الرابط التالي: <http://saaid.net/book/21/15698.pdf>
- 21- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 22- الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، جريدة العلم المغربية، العدد 19705، الصادر بتاريخ 2004/05/04.
- 23- نعيمة عبد الفتاح ناصف، أشهر المدافعين عن الإسلام في الغرب زيغريد هونكه، منشور على الموقع الالكتروني www.alukah.net ، بتاريخ 2007/07/29، على الرابط التالي: <https://www.alukah.net/sharia/0/996>
- 24- نهى القاطرجي، دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشريعة والقانون نتحت عنوان: الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية والمواثيق الدولية 1436هـ / 2015م.

ب- باللغة الأجنبية

- 1- Abdullahi Ahmed An-Na'im, Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives-A Preliminary Inquiry, Harv. Hum. Rts. J, vol 3, 1990.
- 2- Abdullahi An-Na'im, The Rights of Women and International Law in the Muslim Context, Whittier Law Review, vol 9, 1987-1988.
- 3- Adrian Popovici, Le Divorce Gracieux, 98 Rev. Notariat, n° 493, 1995.
- 4- André Lebon, Attribution, acquisition et perte de la nationalité française : un bilan 1973-1986, Revue européenne des migrations internationales, vol. 3, n° 1-2, 1er-3eme trimestre 1987.
- 5- Andreas Follesdal, Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights, International journal of constitutional law, vol 15, n 2, 2017.

- 6- Ariel Bendor And Tal Sela, How proportional is proportionality?, International Journal of Constitutional Law, 2015, vol. 13, no 2.
- 7- Azizah al-Hibri, Islam, law and custom: Redefining Muslim women's rights, American University Journal of International Law and Policy, Vol 12, 1, 1997.
- 8- Azizah Al-Hibri, Who Defines Women's Rights? A Third World Woman's Response, Human Rights Brief, vol. 2, no. 1 ,1994.
- 9- Barbara Stark, Marriage Equality, Gender Equality, and the Women's Convention, Ich. St. L. Rev.941,2013.
- 10- Barbara Woodhouse Bennett, Child custody in the age of children's rights: The search for a just and workable standard, Family Law Quarterly, vol. 33, no 3, 1999.
- 11- Bernard Dutoit, La nationalité de la femme mariée, vol. 1, Europe-supplément 1937-1989, Librairie Droz, Genève, 1990.
- 12- Beroë Bicknell, The Nationality of Married Women, Transactions of the Grotius Society, vol. 20 Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law.
- 13- Berta esperanza Hernandez-Truyol, Women's Rights as Human Rights--Rules, Realities and the Role of Culture: A Formula for Reform, Brook. J. Int'l L. vol 21, no 3, 1995.
- 14- Camille Bourdaire-Mignot, Fiche de niveau 4, Droit de la famille / La liberté des conventions matrimoniales / Le régime de la communauté réduite aux acquêts / Juillet 2007 -http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/Les%20biens%20propres.pdf
- 15- Carol A Batchelor, Statelessness and the problem of resolving nationality status? International Journal of Refugee Law 10, no. 1-2, 1998.
- 16- Case of Young, James And Webster V. The United Kingdom, Judgment Of 13 August 1981,A 44. Cited in Steven Greer, The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 1997.
- 17- Catherine Auvergne, and Jenni Millbank, Forced marriage as a harm in domestic and international law, The Modern Law Review, vol 73, no 1, 2010.
- 18- Catherine Hochart, La médiation, un remède aux ruptures familiales, Droit et cultures [En ligne], n° 73 , 2017-1, mis en ligne le 23 mars 2017, consulté le 29 décembre 2019, URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/4193>.
- 19- Chrystal Macmillan, Nationality of Married Women: Present Tendencies, Journal of Comparative Legislation and International Law, vol. 7, no 4, 1925.
- 20- Claudia Derichs, Transnational women's movements and networking: The case of Musawah for equality in the family. Gender, Technology and Development, 2010, vol. 14, no 3.
- 21- Commission
- 22- Daniel Dumusc, Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes. Vol. 14. Librairie Droz, 1980.
- 23- Daniela Buchmann, Links between Gender Discrimination in Nationality laws, Statelessness and Trafficking - Submission to CEDAW Committee, 13/04/2019, p 1-4, Available at: <https://equalnationalityrights.org/reports/document/1266-links-between-gender-discrimination-in-nationality-laws-statelessness-and-trafficking-submission-to-cedaw-committe>
- 24- Diane Sainsbury, Gender differentiation and citizenship acquisition: Nationality reforms in comparative and historical perspective, Women's Studies International Forum, Vol. 68. Pergamon, 2018.
- 25- Dominic McGoldrick, Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?, Human Rights Law Review, Volume 11, Issue 3, September 2011.

- 26- Dubravka Šimonović, Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions, *Human Rights Quarterly*, vol. 36 no. 3, 2014.
- 27- Edwin Borchard, Three Hague Conventions on Nationality, *The American Journal of International Law*, vol. 32, no. 1, 1938.
- 28- Elisa Camiscioli, Intermarriage, Independent Nationality, and the Individual Rights of French Women: The Law of 10 August 1927, *French Politics, Culture & Society*, vol. 17, no 3/4, 1999.
- 29- Eva Brems, Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, *Human Rights Quarterly* 19, no. 1 1997.
- 30- Eva Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights, *ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VOLKERRECHT*, vol 56 ,1996.
- 31- Farah Chowdhury Deeba, Theorising Patriarchy: The Bangladesh Context, *Asian Journal of Social Science*, vol. 37, no 4, 2009.
- 32- Fernando Tesón, International Human Rights and Cultural Relativism, *Va. j. Int'l L.*, 1984, vol. 25.
- 33- Frances Raday. Culture, religion, and gender, *International Journal of Constitutional Law*, vol 1, no 4, 2003.
- 34- Frederick Llewellyn-Jones, The Nationality of Married Women, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 15, 1929, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law.
- 35- George Letsas, Two concepts of the margin of appreciation, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol 26, no 4.
- 36- Gérard Neyrand et Marine M'Sili, *Les Couples Mixtes Dans La France Contemporaine, Mariage, Acquisition De La Nationalité Française Et Divorce, Population (French Edition)*, vol. 52, no 3, 1997.
- 37- Gros Espiell Hector, Universality of human rights and cultural diversity, *International Social Science Journal*, 1998, vol. 50, no 158.
- 38- Guyora Binder, Cultural relativism and cultural imperialism in human rights law, *Buff. Hum. Rts. L. Rev*, 1999, vol. 5, Issue 1.
- 39- Hunter Miller, The Hague Codification Conference⁵ *The American Journal of International Law*, vol. 24, no. 4, 1930.
- 40- IWRAW, Gender-Based Violence Against Women and International Human Rights Law: Options for Strengthening the International Framework, *Asia Pacific Discussion Paper Option International Mechanisms*.
- 41- Jack Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, *Human Rights Quarterly*, vol 6, no. 4, 1984.
- 42- Jack Donnelly, The relative universality of human rights, *Human rights quarterly*, 2007 vol 29.
- 43- Jacquelyn Campbell and Peggy Alford, The Dark Consequences of Marital Rape, *The American Journal of Nursing*, vol. 89, no. 7, 1989.
- 44- Jaouida Guiga, Le code du statut personnel symbole de l'émancipation de la femme tunisienne, *RJL*, N° 9, 1996.
- 45- Jason Morgan-Foster, A new perspective on the universality debate: Reverse moderate relativism in the Islamic context, *Isa J. Int'l & Comp. L.*, 2003, vol. 10.
- 46- Jeffrey Fagan and Angela Browne, Violence Between Spouses and Intimates: Physical Aggression Between Women and Men in Intimate Relationships, *National Research Council, 1994, Understanding and Preventing Violence, Vol. 3: Social Influences, The National Academies Press, Washington DC.*

- 47- Jeremy D Weinstein D, Adultery, Law, and the State: A History. Hastings Law Journal, 1986, vol. 38, no 1.
- 48- Jonas Christofferson, Straight Human Rights Talk–Why Proportionality does (not) Matter, In Human rights: their limitation and proliferation, Scandinavian Studies in Law Volume 55, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2010.
- 49- Joyner, Christopher C., and John C. Dettling, Bridging the cultural chasm: cultural relativism and the future of international law, Cal. W. Int'l LJ, Vol 20, 1989.
- 50- Julia L Ernst, The Un Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary, Melbourne Journal of International Law, Vol. 13, no 2, 2012.
- 51- Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, The Cambridge Law Journal ,vol. 65, no. 1, 2006.
- 52- Julie Ringelheim, The Rise of Cultural Rights in International Human Rights Law, University catholic de Louvain, Cridho Working Paper, 2017-3.
- 53- Kai Möller, Proportionality: Challenging the critics. International Journal of Constitutional Law, 2012, vol. 10, no 3.
- 54- Kai Möller. Proportionality and rights inflation, LSE Law, Society and Economy Working Papers, 2013, vol. 17.
- 55- Katarina Leppänen, The Conflicting Interests of Women's Organizations and the League of Nations on the Question of Married Women's Nationality in the 1930s. NORA: Nordic Journal of Women's Studies, vol. 17, no. 4, Dec. 2009.
- 56- Kim Minzee, Wesley Longhofer, Elizabeth Heger Boyle, and Hollie Nyseth Brehm. "When Do Laws Matter? National Minimum-Age-of-Marriage Laws, Child Rights, and Adolescent Fertility, 1989–2007." Law & society review 47, no. 3, 2013.
- 57- Kimberly Younce Schooley, Cultural sovereignty, Islam, and human rights- toward a communitarian revision, Cumb. L. Rev, vol 25 (1994).
- 58- Kirsten Anderson, Violence against women: State responsibilities in international human rights law to address harmful "masculinities", Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. 26, no 2, 2008.
- 59- Laurence Dumoulin, La médiation familiale : entre institutionnalisation et recherche de son public, Revue des politiques sociales et familiales, n° 70, 2002.
- 60- Laurence R Helfer And Anne-Marie Slaughter, Toward a theory of effective supranational adjudication. Yale Ij, 1997, vol 107.
- 61- League of Nations, Acts of the Conference for the Codification of International Law (1930), Volumes 1, C.351(a).M145(a) Geneva
- 62- Linda Guerry and Ethan Rundell, Married Women's Nationality in the International Context (1918-1935), Clio. Women, Gender, History, no 43, 2016.
- 63- Lucius F Crane, The Nationality of Married Women, Journal of Comparative Legislation and International Law, vol. 7, no 1, 1925.
- 64- Luigi Crema, Disappearance and new sightings of restrictive interpretation (s), European Journal of International Law, 2010, vol 21, no 3.
- 65- Manley Hudson O. The Hague Convention of 1930 and the Nationality of Women, The American Journal of International Law, vol. 27, no. 1, Cambridge University Press , 1933.
- 66- Marita Carnelley, Laws on adultery: comparing the historical development of South African common-law principles with those in English law, Fundamina, vol. 19, no 2, 2013.
- 67- Masha Antokolskaia. Family Law and National Culture-Arguing against the Cultural Constraints Argument, Utrecht L. Rev., 2008, vol. 4.
- 68- Mashood Baderin, Islam and the realization of human rights in the Muslim world: A reflection on two essential approaches and two divergent perspectives, Muslim World Journal of Human Rights, 2007, vol. 4, no 1.

- 69- Maswikwa Belinda, Linda Richter, Jay Kaufman, and Arijit Nandi, Minimum marriage age laws and the prevalence of child marriage and adolescent birth: evidence from sub-Saharan Africa, *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, vol 41, n° 2, 2015
- 70- Mathilde Guilbaud, La loi de séparation de 1905 ou l'impossible rupture , *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 28 , 2004.
- 71- Md Kamruzzaman, Interreligious Marriage in Bangladesh: From Human Rights Perspective, *International Journal of Education, Culture and Society*, Vol. 1, no 2, 2016.
- 72- Melanie Randall And Vasanthi Venkatesh, The right to no: The crime of marital rape, women's human rights, and international law³ *Brook. J. Int'l L.*, 2015, vol. 41, issue 1.
- 73- Mervyn Jones, The Nottebohm Case, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5, no 2, Cambridge University Press, 1956.
- 74- Michael R Hutchiknson, The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights. *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999, vol. 48, no 3.
- 75- Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation, Que sais-je?*, Presses Universitaires de France,.1995
- 76- Mirna Adjami, Julia Harrington, The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights, *Refugee Survey Quarterly*, Volume 27, Issue 3, 2008.
- 77- Morris Ploscowe, Report to the Hague Suggested Revisions of Penal Law Relating to Sex Crimes and Crimes Against the Family, *Cornell Law Review*, vol. 50, issue 3, spring 1965.
- 78- Muriel Bourgeois Le régime de la participation aux acquêts: les biens du couple Publié le 06/12/2016 et Modifié le 28/06/2019, le site officiel de le figaro : http://leparticulier.lefigaro.fr/jcms/p1_1612791/le-regime-de-la-participation-aux-acquets-les-biens-du-couple
- 79- Nadine Ruelland, L'homologation de changement de régime matrimonial en 2002, *Infostat justice*, n° 73, mars 2004, p4/ André Colomer, Le nouveau régime matrimonial légal en France (Loi n 65-570 du 13 juillet 1965), *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18., n° 1, 1966.
- 80- Nazanin Pourjabali and Najjad Ali Almasi, A Comparative Study of Post-Marriage Nationality of Women in Legal Systems of Different Countries, *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*, vol. 2, no. 2.
- 81- Pablo Contreras, National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American court of human rights. *Nw. UJ Int'l Hum. Rts.*, 2012, vol 11, issue 1.
- 82- Ruth Gaffney-Rhys, Polygamy: A Human Right or Human Rights' Violation?, *Women in society*, Vol. 2, 2011.
- 83- Sahidatul Chusnayaini Ayyus, Dynamics of Tunisian Polygamy Law in Gender Perspective, *Jurisdictie* vol. 5, no 2, 2014
- 84- Sayuri Umeda, Japan: New Instructions Allow Women to Remarry 100 Days After Divorce, published on February 26, 2016, published in: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-new-instructions-allow-women-to-remarry-100-days-after-divorce>
- 85- Souad Eddouada, Feminism in Morocco: Between the Local and the Global, *SUR-Int'l J. on Hum Rts*, vol. 13, no 24, 2016
- 86- Sonia Green Bychkov, Currency of love: customary International law and the battle for same-sex marriage in the United States, *U. Pa. JL & Soc. Change*, vol 14 ,2011.
- 87- Teraya Koji, Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights. *European Journal of International Law*, 2001, vol. 12, no 5.
- 88- Veronica Beechey, On Patriarchy, *Feminist Review*, vol. 3, no 1, 1979.

- 89- Wassila Ltaief, International law, mixed marriage, and the law of succession in North Africa:...but some are more equal than others, International Social Science Journal, Vol. 57, no 184 2005.
- 90- Zahia Salhi Smail, The Algerian feminist movement between nationalism, patriarchy and Islamism, In: Women's Studies International Forum, vol. 33, no 2, Pergamon, 2010.

- ثالثاً: التقارير والتوصيات الوطنية والدولية

1- باللغة العربية

- 2- لجنة حقوق الانسان، اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثامنة والستون (2000) التعليق العام رقم 28 المادة 3 (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء)، وثيقة الأمم المتحدة (A/55/40 (Vol. I).
- 3- اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية الدورة التاسعة والثلاثون (1990) التعليق العام رقم 19 المادة 23 (الأسرة) وثيقة الأمم المتحدة، (Vol.1) HRI/GEN/1/Rev.9 .
- 4- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 13، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية: الدورة التاسعة والأربعون، الملحق رقم 38، A/49/28، الأمم المتحدة، نيويورك، 1994.
- 5- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية -القاهرة 1994، منشورات الأمم المتحدة، الفصل الرابع - باء -الفقرة 4/ 21، ص، 24، وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.171/13/Rev.1
- 6- تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة بيجين 1995، اعلان ومنهاج عمل بيجين، المرأة والصحة، وثيقة الأمم المتحدة A/CONF.177/20/Rev.
- 7- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992، التوصية العامة 21، وثيقة الأمم المتحدة A/49/38.
- 8- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/MAR/4 .
- 9- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (E/C.12/DZA/4) في جلساتها 6 و 7 و 8، المنعقدة يومي 5 و 6 أيار/مايو/ وثيقة الأمم المتحدة E/C.12/DZA/CO/4.
- 10- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر، الدورة 51، CEDAW/C/DZA/CO/3-4.
- 11- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28 يناير 2005، التعليقات الختامية بشأن الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/DZA/CC/2.
- 12- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، وثيقة الأمم المتحدة A/60/38.
- 13- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 51، مارس 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/DZA/CO/3-4.

- 14- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 29 بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية. الدورة الرابعة والخمسون، 2013، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/GC/29.
- 15- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثانية والثلاثون، 10-28، كانون الثاني/يناير، 2005، التعليقات الختامية حول الجزائر، CEDAW/C/DZA/CC/2
- 16- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الثاني للجزائر، CEDAW/c/dza/2، 2003/02/03.
- 17- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، محضر موجز للجلسة 412 للنظر في تقرير المقدم من طرف الجزائر CEDAW/c/sr.412.
- 18- الجمهورية التونسية، رئاسة الجمهورية، تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، تقرير إلى رئيس الجمهورية، 01 جوان 2018.
- 19- مجلس حقوق الإنسان الدورة الثالثة والعشرون، تقرير عن التمييز ضد المرأة في المسائل المتصلة بالجنسية، بما في ذلك تأثيره على الأطفال، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/23/23، ص 5.
- 20- الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تحفظات الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/SP/2002/2.
- 21- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، تقرير شوب شيلينغ، الدورة 32، محضر موجز للجلسة 667 المنعقدة بنيويورك، يوم 11/01/2005، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/SR.667.
- 22- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، تقرير كوكو أبايه، الدورة 32، محضر موجز للجلسة 667 المنعقدة بنيويورك، يوم 11/01/2005، وثيقة الأمم المتحدة، CEDAW/C/SR.667.
- 23- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32، محضر موجز للجلسة 668 المنعقدة بنيويورك، يوم 11/01/2005، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/SR.668.
- 24- اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثامنة والأربعون (1993) التعليق العام رقم 23 المادة 27 (حقوق الأقليات).
- 25- لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18: عدم التمييز، اعتمد في الدورة 37 للجنة حقوق الإنسان، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان المجلد الأول تجميع للتعليقات العامة والتوصيات العامة التي اعتمدها هيئات معاهدات حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة، HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)، 27 May 2008.
- 26- لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18: عدم التمييز، اعتمد في الدورة 37 للجنة حقوق الإنسان، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان المجلد الأول تجميع للتعليقات العامة والتوصيات العامة التي اعتمدها هيئات معاهدات حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة، HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)، 27/05/2008.

- 27- التقرير الوطني لتنفيذ منهاج بكين. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، التقرير الوطني لتنفيذ منهاج بكين بعد 25 سنة- بكين + 25، ماي 2019.
- 28- الأمم المتحدة، الدورة 61 للجمعية العامة، البند 60 (أ) من جدول الأعمال المؤقت بعنوان النهوض بالمرأة، دراسة متعمقة بشأن جميع أشكال العنف ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة A/61/122/Add.1، جولية 2006.
- 29- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الحادية عشرة، 1992، التوصية العامة 19، العنف ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة A/47/38.
- 30- الأمم المتحدة، الدورة 59 للجمعية العامة، البند 98 من جدول الأعمال، العمل من أجل القضاء على الجرائم المرتكبة ضد النساء والفتيات باسم الشرف، قرار بتاريخ 20 كانون الأول/ديسمبر 2004، وثيقة A/res/59/169.
- 31- الأمم المتحدة، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، لدورة الثالثة والعشرون والرابعة والعشرون، الوثائق الرسمية لدورة الخامسة والخمسون للجمعية العامة، الملحق رقم 38 (A/55/38)، نيويورك، 2000.
- 32- هيومن رايتس ووتش، رسالة إلى وزير العدل الأردني عن جرائم "الشرف"، منشور على الصفحة: <https://www.hrw.org/ar/news/2009/08/10/237467>
- 33- التوصية العامة رقم 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المعتمدة في الدورة الحادية عشرة، 1992 تحت عنوان العنف ضد المرأة، البند 11 و23، وثيقة الأمم المتحدة A/47/38.
- 34- تقرير الظل لتحالف "أوهارد" المقدم إلى لجنة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، عن تقرير جمهورية العراق، 2019.
- 35- الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثاني للإمارات العربية المتحدة، اعتمدها اللجنة في دورتها السبعين (14 أيلول/سبتمبر - 2 تشرين الأول/أكتوبر 2015) وثيقة الأمم المتحدة، CRC/C/SR.2052.
- 36- تقرير المنظمة بعنوان مصيرك البقاء معه: تعامل الدولة مع العنف الأسري في الجزائر، طبع في الولايات المتحدة، 2007، منشور على الرابط: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/algeria0417ar_web.pdf
- 37- مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثالثة والعشرون، البند 6 من جدول الأعمال، الاستعراض الدوري الشامل، تقرير الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل: الإمارات العربية المتحدة، البند 128-92، و103، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/23/13.
- 38- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريدين الدوريين الثاني والثالث للإمارات العربية المتحدة، اعتمدها اللجنة في دورتها الثانية والستين (26 تشرين الأول/أكتوبر - 20 تشرين الثاني/نوفمبر 2015)، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/ARE/CO/2.
- 39- هيئة الأمم المتحدة للمرأة: هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين، دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة، حقوق الطبع محفوظة للهيئة، نيويورك، 2002.
- 40- منظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونيسف، تقرير وضع الأطفال في العالم 2007: طبعة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، يناير/كانون الثاني 2007.

- 41- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة عن دورتها الثالثة والثلاثون، الجزء الأول، مارس 2005، وثيقة الأمم المتحدة (A/60/38(SUPP)).
- 42- اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون 13 شباط/فبراير - 2 آذار/مارس، 2012، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/DZA/CO/3-4.
- 43- مجلس حقوق الإنسان، الدورة السابعة، البند 3 من جدول الأعمال، تقرير المقررة الخاصة المعني بمسألة العنف ضد المرأة: أسبابه وعواقبه، السيدة "ياكين إيرتورك"، بعثة إلى الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/7/6/Add.2، 13 فيفري 2008.
- 44- مجلس حقوق الإنسان، الدورة السابعة عشر، البند 3 من جدول الأعمال، تقرير المقررة الخاصة المعني بمسألة العنف ضد المرأة، أسبابه وعواقبه - بعثة إلى الجزائر، السيدة مانجو، تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة، (A/HRC/17/26/Add.3)، 19 ماي 2011.
- 45- منظمة اليونسكو، التوصية المتعلقة بمشاركة الجماهير الشعبية في الحياة الثقافية وإسهامهم فيها، اعتمدت بناءً على تقرير لجنة البرنامج الثانية في الجلسة العامة الرابعة والثلاثين، في 26/11/1976، سجلا المؤتمر العام، الدورة 19، نيروبي 26 أكتوبر - 30 نوفمبر 1976، وثيقة: C/Resolutions + CORR.19

2- باللغة الأجنبية

- 46- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, consideration of reports submitted by states parties under article 18 of the convention, 2nd and 3rd periodic reports of states parties due in 2013, timor-lest, CEDAW/C/TLS/2-3.
- 47- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, forty-fourth session, 20 July-7 August 2009, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women –Japan, CEDAW/C/JPN/CO/6.
- 48- Ending family violence in United Arab Emirates – confronting physical punishment of girls and boys Information for the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women from the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children (www.endcorporalpunishment.org), September 2015.
- 49- General Recommendations Adopted By The Committee On The Elimination Of Discrimination Against Women, Eighth session (1989), General recommendation No. 12: Violence against women published at: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_E.pdf
- 50- <https://web.archive.org/web/20051202082743/http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/401503e99f333b03802567360041e65c?Opendocument>
- 51- Human rights watch, submission to the cedaw committee of oman's, periodic report for the 68th session, October 10 2017, www.hrw.org
- 52- Philippine commission on women, Eliminating Discrimination Against Women in the Revised Penal Code (RPC): Decriminalizing Adultery and Concubinage, POLICY BRIEF NO. 3, This policy brief provides the rationale for repealing Revised Penal Code provisions on Adultery and Concubinage (Articles 333 and 334).

- 53- Question of integrating the rights of women into the human rights mechanisms of the United Nations and the elimination of violence against women, 45/1995 available at:
- 54- Report of the on the Status of Women, UN. Economic and Social Council (39th sess.: 1965: New York and Geneva), Adopted at the 1385th plenary meeting, 16 July 1965. In: Resolutions adopted by the Economic and Social Council during its 39th session, Volume I, 30 June-31 July 1965. - E/4117. - 1965. (ESCOR, 39th sess., Suppl. no. 1), E/RES/1068(XXXIX).
- 55- the Committee on the Rights of the Child, 74th session (16 January-3 February 2017), Barbados, Additional information for the consideration of the Committee on the right of every child to acquire a nationality under Article 7 CRC, Available at: <https://equalnationalityrights.org/reports/document/1225-barbados-submission-to-the-committee-on-the-rights-of-the-child>
- 56- The Human Rights Committee, Hertzberg and al. v. Finland Communication No. 61/1979, April 1982, UN Doc CCPR/C/15/D/61/1979.
- 57- UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, Adopted at the Thirty-seventh Session of the Human Rights Committee.
- 58- UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 November 1989, Adopted at the Thirty-seventh Session of the Human Rights Committee, n 1.
- 59- United nation human rights special procedures, Adultery as a criminal offence violates women's human rights, Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, 1 October 2012.
- 60- United Nations Office on Drugs and Crime Strengthening, Crime Prevention and Criminal Justice Responses to Violence against Women, Publishing production: English, Publishing and Library Section, United Nations Office at Vienna, United Nations New York, 2014.

رابعاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- باللغة العربية

- 1- توفيق عيسى حامد أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1992.
- 2- جلول شليبي، واجب التعاون بين الزوجين، رسالة تخرج من المعهد الاعلى للقضاء، تونس، 1995.
- 3- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2006/2005.
- 4- رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
- 5- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004.

- 6- سعاد بن ققة المشاركة السياسية في الجزائر-آليات التقنين الأسري نموذجاً (1962-2005)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012/2011.
- 7- سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.
- 8- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
- 9- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.
- 10- عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2015/2014.
- 11- علي حسين علي جنيدي، التفرق القضائي بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير. جامعة اليرموك، إربد، 2009.
- 12- عماد حميدة، أثر التقنية الحديثة في الكشف عن المفقود، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2016/2015.
- 13- عياد علي شعبان دربال، حق المرأة في المساواة بالرجل بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة بين في إطار الخصوصية الثقافية للدول الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2017/2016.
- 14- فتحي مفلح صالح الصقر، تقييد المباح في قانون الأحوال الشخصية وتطبيقاته القضائية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة جرش، الأردن، 2013.
- 15- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة- ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري- قسنطينة، 2015/2014.
- 16- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2009/2008.
- 17- محمد بن أحمد بن صالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1416هـ/1996م، المجلد الأول.
- 18- محمد جغام، عولمة حقوق الانسان والخصوصيات الثقافية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010/2009.
- 19- محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2010.

- 20- مرام بنت منصور بنت حمزة زاهد، مفهوم الصحة الإنجابية في المواثيق الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية كلية الشريعة بالرياض، الدراسات العليا قسم الثقافة الإسلامية.
- 21- وليد فياض الشمائلة، القيود الدولية الواردة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2017.
- 22- يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2007/2006.

ب- باللغة الأجنبية

- 23- Camille Montagne, Lien familial et droit pénal, thèse de doctorat en droit pénal, l'université Grenoble Alpes, 2006.
- 24- Candice Boos, Les liens familiaux à l'épreuve de l'abandon d'enfant, Doctoral dissertation, droit, Université de Haute Alsace -Mulhouse, 2016.
- 25- Gaëlle Ruffieux, Les sanctions des obligations, Thèse de doctorat en Sciences juridiques, l'université Grenoble, Soutenue le 28-09-2012, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 138, ed.1, Dalloz, paris, 2014.
- 26- Geoffroy Hilger, L'enfant victime de sa famille, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur en droit privé, Université du Droit et de la Santé, Lille II, 2014.
- 27- Mashood Baderin, Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law, PhD thesis, University of Nottingham, 2001.

خامسا: النصوص القانونية والتشريعية

أ- النصوص الوطنية

- 1- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76 الصادرة بتاريخ 27 رجب 1417 الموافق ل 08 ديسمبر 1996.
- 2- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، 2016 م.
- 3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل، والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، والقانون رقم 11-14 المؤرخ في 12 أوت 2011، والقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2004.
- 4- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 م المعدل والمتمم لقانون رقم 84 - 10 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، 2005 م.
- 5- الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، نسخة وزارة العدل، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط3، 2005.

- 6- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية العدد 44، 2005 م.
- 7- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، 2008 م.
- 8- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائئية، المعدل بالأمر رقم 15-02 مؤرخ في 7 شوال 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 40 الصادرة بتاريخ 07 شوال 1436 هـ الموافق 23 يوليو سنة 2015م.
- 9- القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 71، الصادرة بتاريخ 18 ربيع الأول 1437 هـ الموافق 30 ديسمبر 2015م.
- 10- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 هـ، الموافق 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82 الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442 هـ، الموافق 30 ديسمبر 2020

ب- النصوص الأجنبية

- 1- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.
- 2- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019، المعدل والمتمم.
- 3- قانون الأحوال الشخصية السوري لصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/9/7 المعدل والمتمم.
- 4- قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، ج 8، إصدار وزارة العدل، مطابع الخط، ط1، فبراير 2011.
- 5- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 (والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به وفقا لأحدث التعديلات)، إعداد، قسم الدراسات والبحوث، معهد قضاء دبي، الطبعة الثالثة، 1438هـ/2017 م.
- 6- قانون الجنسية وجوازات السفر رقم 17 لسنة 1972 لدولة الامارات العربية المتحدة، المعدل بموجب مرسوم بقانون اتحادي رقم 16 لسنة 2017، دائرة القضاء، أبو ظبي، ط2، 2018.
- 7- قانون العقوبات الأردني وتعديلاته رقم 16 لسنة 1960، نسخة وزارة العدل الأردنية منشور على: www.moj.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=132#
- 8- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته، ط 8، إعداد صلاح صادق جعفر، المكتبة الوطنية، بغداد، 2005.

- 9- قانون العقوبات اللبناني رقم 340 المعدل والمتمم منشور على الموقع: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/Law.aspx?lawId=244611>
- 10- القانون رقم 70.03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1421 (5 فبراير 2004).
- 11- مرسوم بقانون 15 لسنة 1976، بإصدار قانون العقوبات البحريني.
- 12- مرسوم عدد 6 لسنة 1963 مؤرخ في 4 شوال 1382 (28 فيفري 1963) يتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي الصادر في 5 مارس 1963.

سادسا: الإعلانات والمواثيق الدولية

- 1- ميثاق الأمم المتحدة، وقع في 26 حزيران/يونيو 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945.
- 2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948
- 1- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، تم عرض الاتفاقية للتوقيع والتصديق خلال قرار الجمعية العامة رقم 763 ألف (د-17) في 7 نوفمبر 1962 ودخلت في حيز التنفيذ 9 ديسمبر 1964.
- 2- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976.
- 3- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979، دخلت حيز النفاذ بتاريخ النفاذ 3 أيلول / سبتمبر 1981.
- 4- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969 وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969 ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980.
- 5- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان صادرة بتاريخ 1969/11/22، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 1978/7/18.
- 6- الاتحاد الأفريقي، مشروع البروتوكول الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن الجوانب المحددة المتعلقة بالحقوق في الجنسية والقضاء على انعدام الجنسية، جوان 2018.
- 7- الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة، عرضت للتوقيع والتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1040 (د-11)، والمؤرخ في 29 كانون الثاني/يناير 1957، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 11 آب/أغسطس 1958.

- 8- إعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1514 (د-15) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1960.
- 9- إعلان وبرنامج عمل فيينا، اعتمده المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في 25 يونيو 1993، الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان وإدارة شؤون الإعلام بالأمم المتحدة،
DPI/1394 Rev.2 August 2013
- 10- الإعلان الختامي للاجتماع الإقليمي لآسيا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان وزراء وممثلو الدول الآسيوية المجتمعين في بانكوك في الفترة من 29 آذار / مارس إلى 2 نيسان / أبريل 1993.
- 11- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976
- 12- الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، روما 4 تشرين الثاني/نوفمبر، دخلت حيز النفاذ بداية بتاريخ 3 أيلول/سبتمبر 1953.
- 13- بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، اعتمده الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي، وذلك أثناء انعقاد قمتها العادية الثانية في العاصمة الموزمبيقية مابوتو، بتاريخ 11 تموز/يوليو 2003.
- 14- الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981.
- 15- اتفاقية المجلس الأوروبي لمنع ومكافحة العنف ضد المرأة والعنف المنزلي المعروفة باتفاقية إسطنبول، 2011/05/11، سلسلة معاهدات مجلس أوروبا، رقم 2010.
- Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011, Council of Europe Treaty Series- No. 210.
- 16- الاتفاقية الأمريكية بشأن الوقاية واستئصال العنف ضد النساء والعقاب عليه لسنة 1994، المعروفة باتفاقية "بيليم دو بارا"، حررت بمدينة "بيليم دو بارا" بالبرازيل في التاسع من يونيو 1994.
- 17- اتفاقية عصبة الأمم المتعلقة ببعض المسائل المتصلة بتنازع قوانين الجنسية:
- league of Nations, Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89, No. 4137.
- 18- الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية لسنة 1997، اعتمدت بسترزبورغ في 6 نوفمبر 1997:
- Council of Europe, Explanatory Report, European Treaty Series, No. 166, European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997.
- 19- إعلان مبادئ التعاون الثقافي الدولي 1966، الصادر عن منظمة اليونسكو:
- UNESCO, General Conference 1966, Records of the General Conference, 14th session, Paris, 1966, v. 1: Resolutions Declaration of the Principles of International Cultural Co-operation, 14 C/Resolutions, CFS.67/VII.4/A/F/S/R

20- إعلان طهران، أصدره المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في طهران، رسمياً، في 13 أيار/مايو 1968/
حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، 94-XIV

Vol.1, Part 1

21- الإعلان الختامي للاجتماع الإقليمي لآسيا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان وزراء وممثلو
الدول الآسيوية المجتمعين في بانكوك في الفترة من 29 آذار / مارس إلى 2 نيسان / أبريل 1993:

- Declaration, Bangkok. Final declaration of the regional meeting for Asia of the world conference on human rights. In: Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights. 1993

22- المؤتمر الدولي التاسع للقانون الجنائي الذي عقدته الرابطة الدولية لحقوق الإنسان في لاهاي سنة
:1964

- Congrès international de droit pénal (La Haye, 23 – 30 août 1964), Revue internationale de droit pénal, 2015, Vol. 86, p 69-78.

– سابعا: أحكام وقرارات الهيئات القضائية

أ- الهيئات القضائية الوطنية

- 1- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، ع 3، 1989.
- 2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 217179، قرار بتاريخ 16/03/1999، المجلة القضائية، عدد خاص، 2000.
- 3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 26/09/1988، المجلة لقضائية، ع 2، 1992.
- 4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 23/01/2001، المجلة لقضائية، العدد الثاني، 2002.
- 5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 356997، قرار بتاريخ 12/07/2006، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2006.
- 6- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 21/12/1988، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 3، 1990.
- 7- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 613469، قرار بتاريخ 10/03/2011، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2012.
- 8- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 30/09/1984، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
- 9- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ، ملف رقم 52207، قرار بتاريخ 02/01/1989، المجلة القضائية، ع 4، 1990.
- 10- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم 51894، قرار بتاريخ 19/12/1988، المجلة القضائية، ع 4، 1990.
- 11- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم 59013، قرار بتاريخ 19/02/1990، المجلة القضائية، ع 4، 1991.
- 12- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 408248، قرار بتاريخ 21/11/1995، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2011.
- 13- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 252308، قرار بتاريخ 21/11/2000، المجلة القضائية، ع 1، 2001.
- 14- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 112705، قرار بتاريخ 29/11/1994، المجلة القضائية، ع 1، 1994.
- 15- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 348956، قرار بتاريخ 16/11/2005، المجلة القضائية، ع 2، 2005.
- 16- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 112705، قرار بتاريخ 229/11/1994، المجلة القضائية، ع 1، 1995.

- 17- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 348956، قرار بتاريخ 2005/11/16، المجلة القضائية، ع2، 2005.
- 18- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0742023، قرار بتاريخ 2013/03/14، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2014.
- 19- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 384529، قرار بتاريخ 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2008.
- 20- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 135435، قرار بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، ع1، 1998.
- 21- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 192665، قرار بتاريخ 1998/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- 22- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39731، قرار بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، ع4، 1993.
- 23- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 35912، قرار بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية، ع1، 1986.
- 24- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 41560، قرار بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية، ع2، 1986.
- 25- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 480264، قرار بتاريخ 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2009.
- 26- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 403557، غير منشور.
- 27- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39394، قرار بتاريخ 1986/02/10، المجلة القضائية، ع44.
- 28- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ملف رقم 51715، قرار بتاريخ 1986/01/16، المجلة القضائية، 1992، العدد 2.
- 29- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1971/02/03، نشرة القضاة، ع2، 1972.
- 30- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 49575، قرار بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، ع2، 1991.
- 31- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 358665، قرار بتاريخ 2006/04/12، المجلة القضائية، ع1، 2006.
- 32- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 35026، قرار بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04، 1989.
- 33- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 243943، قرار بتاريخ 2000/05/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

ب- الهيئات القضائية الأجنبية

- 1- قرار تعقيبي مدني عدد 6190 مؤرخ في 12 جانفي 1982، وقرار تعقيبي مدني عدد 76239 مؤرخ في 9 مارس 2000، منشور على موقع منظومة "دعم حقوق المرأة والطفل في تونس من خلال تكنولوجيا المعلومات" أعدّه خبراء تونسيين في إطار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي وبرنامج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للتنمية في المنطقة العربية: <http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=132>

ج- الهيئات واللجان القضائية الدولية

- 1- Human Rights Committee, Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N Doc CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.
- 2- European Court of Human Rights, Concluding Observations on France, 31 July 2008, UN Doc CCPR/C/FRA/CO/4.
- 3- Inter-American Court of Human Rights, Case of Kimel v. Argentina Judgment of May 2, 2008, para 83, p 21. / Inter-American Court of Human Rights Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador Judgment of November 21, 2007.
- 4- Leander Ecuir v. Sweden, 26 March 1987, Publications of the Court, Series A, No. 116,5
- 5- European Court of Human Rights, Case of Handyside v. the United Kingdom, Application No. 5493/72, 7 December 1976.
- 6- European Court of Human Rights, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Application No 13470/87, 20 September 1994.

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

1	مقدمة:
12	الباب الأول: المساواة بين الزوجين بين خصوصية قواعد قانون الأسرة والقواعد القانونية الدولية
14	الفصل الأول: المساواة بين الجنسين في مؤسسة الزواج
14	المبحث الأول: نطاق المساواة بين الجنسين في انعقاد الزواج
15	المطلب الأول: تجليات المساواة في الخطبة
15	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة ومدى مواثمتها لمبادئ المساواة
15	أولاً: تكليف الخطبة في الفقه الإسلامي
16	ثانياً: الخطبة في نظر القانون
19	الفرع الثاني: إقرار المساواة في آثار العدول عن الخطبة
20	أولاً: إقرار المساواة بين الجنسين في استرجاع هدايا الخطبة
22	ثانياً: المساواة في التعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة
25	المطلب الثاني: المساواة في السن الأدنى للزواج
26	الفرع الأول: تحقيق التساوي في سن الزواج ومحاربة الزواج المبكر من خلال المواثيق الدولية
26	أولاً: التطور التشريعي الدولي في تحديد سن الزواج
29	ثانياً: الدعاوى الخفية وراء تحديد سن الزواج في المواثيق والمؤتمرات الدولية
32	الفرع الثاني: تكريس التساوي في أهلية الزواج في قانون الأسرة
35	الفرع الثالث: الإذن القضائي بالزواج
36	أولاً: شروط الحصول على الإذن القضائي بالزواج
39	ثانياً: الجزاء المترتب عن مخالفة سن الزواج
42	المطلب الثالث: رضا الجنسين بالزواج
42	الفرع الأول: الولاية في الزواج وقضية المساواة
43	أولاً: الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي
54	ثانياً: الولاية في الزواج في المواثيق الدولية
59	ثالثاً: الولاية على المرأة الراشدة في قانون الأسرة
65	الفرع الثاني: الرضا في الزواج بين مختلفي الأديان بين القانون الجزائري والمواثيق الدولية
65	أولاً: موقف المواثيق الدولية من اختلاف الدين في الزواج

68	ثانيا: تقييد الزواج بين مختلفي الأديان في قانون الأسرة
72	المطلب الرابع: تقليص التمييز بين الزوجين بتقييد تعدد الزوجات
73	الفرع الأول: نظام التعدد في الإسلام
73	أولا: مشروعية التعدد وضوابطه
75	ثانيا: أطروحات المعارضين لتعدد الزوجات
81	الفرع الثاني: تقييد التعدد في قانون الأسرة
82	أولا: الشروط المسبقة لتعدد الزوجات
86	ثانيا: الحصول على إذن قضائي بالتعدد
88	الفرع الثالث: التعدد وحق المرأة في المساواة بالرجل في القانون الدولي
88	أولا: موقف القانون الدولي من تعدد الزوجات
90	ثانيا: موقف لجان متابعة الاتفاقيات الدولية من التعدد في قانون الأسرة الجزائري
91	المبحث الثاني: المساواة بين الزوجين في آثار عقد الزواج
92	المطلب الأول: المساواة في الحقوق والواجبات الزوجية
92	الفرع الأول: إنهاء التفاضل بين الزوجين في الحقوق والواجبات المعنوية
92	أولا: الحقوق الواجبات المشتركة بين الزوجين
102	ثانيا: تحقيق التساوي بحذف واجب الطاعة وحق القوامة
108	الفرع الثاني: لتمييز بين الزوجين في الواجبات المالية
108	أولا: الإبقاء على واجب الزوج في الانفاق
114	ثانيا: الميراث
122	المطلب الثاني: إقرار التساوي الكامل في وضع الشروط الاتفاقية والمالية في عقد الزواج
123	الفرع الأول: حرية الزوجين في وضع الشروط الاتفاقية في عقد الزواج
123	أولا: حرية الزوجين في الاشتراط في الفقه الإسلامي
131	ثانيا: المساواة في حرية الاشتراط في قانون الأسرة
138	الفرع الثاني: المساواة في تدبير الأموال المشتركة
139	أولا: المساواة في الاستقلالية المالية
142	ثانيا: إقرار التساوي في الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية
151	الفصل الثاني: نطاق التمايز والتساوي بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية

151	المبحث الأول: المساواة النسبية في حل الرابطة الزوجية
152	المطلب الأول: توسيع رقابة القضاء على حل الرابطة الزوجية
152	الفرع الأول: حق المرأة في المساواة بالرجل في حل الزواج في المواثيق الدولية
154	الفرع الثاني: إخضاع طلاق الزوج إلى رقابة القضاء
157	الفرع الثالث: المساواة بين الزوجين في التراضي على الطلاق
157	أولاً: مدلول الطلاق الاتفاقي
160	ثانياً: التنظيم الاجرائي للطلاق بالتراضي
162	المطلب الثاني: تقليص نطاق التمايز في حل الزواج بتوسيع إرادة الزوجة في التطبيق
163	الفرع الأول: نطاق إرادة الزوجة في التطبيق في قانون الأسرة قبل تعديله
164	أولاً: التطبيق لعدم الانفاق
168	ثانياً: التفريق للعيوب والأمراض
175	ثالثاً: التطبيق للهجر في المضجع
177	رابعاً: التطبيق للحكم بعقوبة ماسة بشرف الأسرة
180	خامساً: التطبيق للغيبة والفقدان
184	سادساً: ارتكاب فاحشة مبينة
185	سابعاً: كل ضرر معتبر شرعاً
187	الفرع الثاني: إطلاق حرية الزوجة في طلب التطبيق بعد تعديل قانون الأسرة
187	أولاً: مقصد المساواة من توسيع أسباب التطبيق
189	ثانياً: حالة التطبيق لمخالفة أحكام التعدد
190	ثالثاً: التطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين
193	رابعاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
195	المطلب الثالث: إقرار الحق الأصل للمرأة في التطبيق بالخلع
195	الفرع الأول: مفهوم الخلع ومشروعيته
195	أولاً: مدلول الخلع
197	ثانياً: الدليل على مشروعية الخلع
199	ثالثاً: مشروعية الخلع في قانون الأسرة
199	الفرع الثاني: مدى اشتراط رضا الزوج في الخلع

199	أولاً: رضا الزوج في الخلع في الفقه الإسلامي
201	ثانياً: رضا الزوج في الخلع في قانون الأسرة
205	المبحث الثاني: نطاق التمايز والمساواة في آثار انحلال الرابطة الزوجية
205	المطلب الأول: المساواة في الآثار المعنوية للطلاق
206	الفرع الأول: الحضانة بين المساواة والمصلحة الفضلى للطفل
206	أولاً: مفهوم الحضانة
208	ثانياً: استحقاق الحضانة
214	ثالثاً: سقوط الحضانة وعودتها
223	الفرع الثاني: عدة المفارقة زوجها وحرية الزواج
223	أولاً: تنظيم العدة في قانون الأسرة
228	ثانياً: العدوان على العدة في المواثيق الدولية وعند دعاة المساواة
231	المطلب الثاني: التمييز لصالح المرأة في الآثار المالية للطلاق
231	الفرع الأول: حق الحاضنة في المسكن
237	الفرع الثاني: التمييز لصالح المرأة في التعويض عن الطلاق
238	أولاً- المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
242	ثانياً: التعويض عن الطلاق التعسفي
	الفصل الثالث: تقييد حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة على أساس الحق في الخصوصية الثقافية
247	المبحث الأول: الإطار القانوني للحق في الخصوصية الثقافية وتصادمه مع عالمية حقوق الإنسان
248	المطلب الأول: مدلول الحق في الخصوصية الثقافية وأساسه في القانون الدولي
248	الفرع الأول: مدلول وأهمية الحق في الخصوصية الثقافية
249	الفرع الثاني: أساس الحق في الخصوصية الثقافية في القانون الدولي
253	الفرع الثالث: إرتباط الحق في الخصوصية الثقافية بمبادئ وحقوق إنسانية أخرى
253	أولاً: إرتباط الحق في الخصوصية الثقافية بالكرامة الإنسانية
254	ثانياً: إرتباط الحق في الخصوصية الثقافية بمبدأ عدم التدخل وحق تقرير المصير
254	ثالثاً: إرتباط الحق في الخصوصية الثقافية بالحقوق والحرية الدينية
256	المطلب الثاني: الحق في الخصوصية الثقافية وعالمية حقوق الإنسان

256	الفرع الأول: نظرية عالمية حقوق الإنسان
258	الفرع الثاني: نظرية النسبية الثقافية
264	الفرع الثالث: قصور منهجي عالمية حقوق الإنسان والنسبية الثقافية في علاج التعارض بين حق المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية
270	المبحث الثاني: الفصل في التعارض بين حق المرأة في المساواة والحق في الخصوصية الثقافية
271	المطلب الأول: الأحكام العامة في تقييد حقوق الإنسان
271	الفرع الأول: أساس وشروط تقييد حقوق الإنسان في النصوص الدولية
271	أولاً: أساس تقييد حقوق الإنسان في النصوص الدولية
272	ثانياً: شروط مشروعية القيود
275	الفرع الثاني: الحقوق غير القابلة للانتقاص
277	المطلب الثاني: مبدأ الهامش التقديري والتناسب لتبرير تقييد حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة
278	الفرع الأول: الهامش التقديري في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان
278	أولاً: التعريف بمنهج الهامش التقديري
280	ثانياً: علاقة الهامش التقديري بمبدأ التناسب
284	الفرع الثاني: نطاق تطبيق الهامش التقديري
284	أولاً: تطبيق الهامش التقديري في النطاق العام
285	ثانياً: تطبيق الهامش التقديري لحماية الأخلاق والمشاعر الدينية
289	المطلب الثالث: مبدأ التناسب والهامش التقديري للفصل في التعارض بين الحق في الخصوصية الثقافية وحق المرأة في المساواة في قانون الأسرة
289	الفرع الأول: الدعوة إلى تطبيق الهامش التقديري
293	الفرع الثاني: تطبيق مبدأ التناسب والهامش التقديري للفصل في التعارض بين حق المرأة في المساواة في قانون الأسرة والحق في الخصوصية الثقافية
295	أولاً: شرط النص على القيد أو التدخل في القانون
295	ثانياً: اختبار مشروعية الهدف من التقييد
297	ثالثاً: اختبار ضرورة القيود على حق المرأة في المساواة بالرجل في قانون الأسرة
310	الباب الثاني: المساواة بين الزوجين في ظل خصوصية القوانين الخاصة والقواعد القانونية الدولية
311	الفصل الأول: المساواة بين الزوجين في رابطة الجنسية

311	المبحث الأول: القضاء على التمييز في الاحتفاظ واكتساب الجنسية في الزواج المختلط
312	المطلب الأول: تأثير الزواج على جنسية المرأة
312	الفرع الأول: مذهب وحدة الجنسية في الأسرة
313	أولاً- مضمون مبدأ وحدة الجنسية
315	ثانياً- مبررات الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية
317	الفرع الثاني: مبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة
317	أولاً- مضمون المبدأ وأسباب تبيينه
319	ثانياً: مبدأ استقلال جنسية الأسرة في التشريع المقارن
324	الفرع الثالث: جنسية المرأة المتزوجة في المواثيق الدولية
325	أولاً: جنسية المرأة المتزوجة في ظل عصبة الأمم
328	ثانياً: جنسية المرأة المتزوجة في ظل منظمة الأمم المتحدة
333	المطلب الثاني: أثر الزواج على جنسية الزوجين في القانون الجزائري
334	الفرع الأول: أثر الزواج على جنسية الزوجين في القوانين الجزائرية السابقة
335	الفرع الثاني: المساواة بين الزوجين في اكتساب الجنسية بالزواج في قانون الجنسية الحالي
336	أولاً- الشروط المتعلقة بعقد الزواج
338	ثانياً- الشروط المتعلقة بطالب الجنسية والدولة
341	المبحث الثاني: تحقيق المساواة الكاملة بين الزوجين في نقل الجنسية للأبناء
342	المطلب الأول: المساواة في نقل الجنسية للأبناء في المواثيق الدولية وعلاقته بالخصوصية الثقافية
342	الفرع الأول: حق المرأة في نقل جنسيتها للأبناء
344	الفرع الثاني: مدى تعارض نقل جنسية الأم للأبناء مع الخصوصية الثقافية
345	أولاً- موقف الفقه القانوني من التسوية بين الأبوين في نقل الجنسية
352	ثانياً: نقل جنسية الأم لأبنائها في الفقه الإسلامي
359	المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين في نقل الجنسية للأبناء في القانون الجزائري
359	الفرع الأول: مرحلة التمييز بين الأب والأم في نقل الجنسية
359	أولاً: حالات انتقال الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق الأم
367	ثانياً: التمييز ضد الأم وأبنائها في التجريد من الجنسية
369	الفرع الثاني: مرحلة المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء
369	أولاً: مبررات تحفظ الجزائر على الفقرة 2 من المادة 9 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة

ثانيا: مرحلة إقرار المساواة الكاملة بين الأب والأم في نقل الجنسية بموجب الأمر 05-01 المعدل	
لقانون الجنسية	370
الفصل الثاني: المساواة الجنائية بين الزوجين.....	380
المبحث الأول: المساواة بين الزوجين في تجريم الاخلال بالالتزامات العائلية	381
المطلب الأول: مظاهر التمايز والمساواة بين الزوجين في جرائم الإهمال العائلي	381
الفرع الأول: تجريم الزوجين لترك مقر الأسرة	382
أولا: عناصر جريمة ترك الأسرة	382
ثانيا: المتابعة الجزائية وانقضائها	386
الفرع الثاني: تجريم الإهمال المعنوي للأولاد.....	391
أولا: الشرط المسبق لقيام الجريمة	392
ثانيا: الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد.....	393
ثالثا: إجراءات المتابعة والجزاء	396
الفرع الثالث: التمييز لصالح المرأة في جرائم الإهمال الزوجي	396
أولا: التمييز لصالح المرأة في تجريم الهجر بين الزوجين	397
ثانيا: التمييز لصالح الزوجة في جريمة الإهمال المالي	402
المطلب الثاني: المعالجة القانونية لجريمة الانتهاك المادي لواجب الاخلاص الزوجي.....	408
الفرع الأول: المساواة في التجريم والعقاب على زنا الأزواج.....	408
أولا: الموقف الدولي من جريمة الاخلال بواجب الإخلاص الزوجي	409
ثانيا: المساواة الجنائية بين الزوجين في جريمة الخيانة الزوجية في قانون العقوبات.....	412
الفرع الثاني: المساواة في إقرار عذر الاستفزاز.....	429
أولا: المواقف الفقهية والقانونية تجاه عذر الاستفزاز	429
ثانيا: شروط الاستفادة من العذر في القانون الجزائري.....	436
المبحث الثاني: نطاق المساواة بين الزوجين في تجريم العنف الزوجي.....	439
المطلب الأول: نطاق حظر العنف بين الزوجين في القانون الدولي.....	440
الفرع الأول: النطاق المفاهيمي للعنف الزوجي والعنف ضد المرأة في القانون الدولي.....	441
أولا: مفهوم العنف الزوجي والعنف ضد المرأة وآليات محاربتها في القانون الدولي.....	441
ثانيا: الدعوة إلى تبني اتفاقية عالمية ملزمة للتصدي للعنف المنزلي والعنف ضد المرأة.....	447

451	الفرع الثاني: أنماط العنف بين الزوجين في القانون الدولي
451	أولاً: العنف الجسدي
456	ثانياً: العنف اللفظي والنفسي
458	ثالثاً: العنف الاقتصادي
461	رابعاً: العنف الجنسي
465	المطلب الثاني: المعالجة الجنائية للعنف الزوجي في القانون الجزائري
466	الفرع الأول: نطاق تجريم العنف الزوجي الواقع على السلامة الجسدية
466	أولاً: صفة الجاني
468	ثانياً: أركان جريمة العنف الجسدي بين الزوجين
473	الفرع الثاني: نطاق تجريم العنف الزوجي الواقع على السلامة النفسية
473	أولاً: شروط وصور جريمة العنف النفسي حسب المادة 266 مكرر 1
478	ثانياً: أركان جريمة العنف النفسي
480	الفرع الثالث: نطاق تجريم العنف الاقتصادي الزوجي
480	أولاً: طبيعة الجريمة
481	ثانياً: أركان الجريمة
483	الفرع الرابع: الإجراءات الجنائية الخاصة بجرائم العنف الزوجي والعقوبات المقررة لها
483	أولاً: إجراءات المتابعة
485	ثانياً: إثبات جرائم العنف الزوجي
486	ثالثاً: العقوبات المقررة لجرائم العنف الزوجي
493	الخاتمة
505	قائمة المصادر والمراجع
553	قائمة المحتويات

ملخص:

يتمركز موضوع الدراسة الموسومة بـ "مدى تساوي المراكز القانونية بين الزوجين: القانون الجزائري والمواثيق الدولية" حول دراسة التنظيم القانوني لمراكز الزوجين في القانون الجزائري مقارنة بما عليه الحال في النظام القانوني الدولي، الذي تدعوا أحكامه إلى تطبيق المساواة الكاملة بين الجنسين في العلاقات الأسرية؛ دراسة في سياق الاختلافات الثقافية، وفي ظل التزامات الجزائر الدولية.

فبالنظر للتوجهات الدولية وتأثيراتها على مسار التشريع في الجزائر، وتعالى بعض أصوات المنادين بالمساواة على المستوى الداخلي؛ تبنى المشرع الجزائري تعديلات قوامها المساواة بين الرجل والمرأة مستجل القوانين المتقاطعة مع نظام الأسرة، ابتداءً بتعديل قانون الأسرة- الذي يجد مصدره التشريعي بالأساس في الشريعة الإسلامية- بموجب الأمر 05-02 سنة 2005، التعديل الذي جاء بالتزامن مع تعديل قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر 05-01، بحيث بدأ المشرع في تنظيمه للعلاقات بين الزوجين في قانون الأسرة منحازاً إلى مركز المرأة، لأجل الوصول إلى أقصى درجات مساواتها بالرجل مثلما تنص عليه المواثيق الدولية، في حين ألغى المشرع كل أشكال التمييز بين الجنسين في قانون الجنسية حتى صير هذا القانون نموذجاً للمساواة مقارنة بقوانين الجنسية العربية.

كما سائر المشرع الجزائري التوجهات الدولية في القضاء على العنف ضد المرأة، وعلى خلفية ذلك تبنى المشرع الجزائري تجريم العنف المبني على أساس الجنس ووضع إطاراً قانونياً لمحاربة العنف بين الزوجين من خلال تعديل قانون العقوبات سنة 2015.

ورغم حمل بعض الفلسفة التشريعية القائمة على المساواة الكاملة بين المراكز القانونية للزوجين، إلا أن إبقاء الجزائر وغيرها من الدول الإسلامية على أي تمايز بين الرجل والمرأة، عُدَّ بالنظر لأحكام المواثيق الدولية وملاحظات الهيئات واللجان الدولية تعدياً على حق المرأة في المساواة بالرجل وحققها في عدم التمييز، وذلك بسبب النهج الشائع القائم على وصف حقوق الإنسان بالعالمية ولو على حساب النظم القيمية والأخلاقية للدول ومصادر التشريع فيها، بسبب هيمنة الخطاب الغربي على نظام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

وعلى ضوء كل ذلك، تناولت الدراسة بالتحليل والمقارنة والمناقشة أحكام المساواة بين الزوجين ومبررات التمايز بين حقوقهما وواجباتهما في القانون الوطني، من خلال قسمين؛ حيث تناول القسم الأول أحكام المساواة بين الزوجين في ظل خصوصية أحكام قانون الأسرة الجزائري والقواعد القانونية الدولية،

مع التركيز على رصد نطاق تأثير التزامات الجزائر الدولية في تعديل قانون الأسرة، والتركيز على نطاق التعارض بين أحكام قانون الأسرة القائمة على أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

وفي إطار التعارض بين النظام القيمي والأخلاقي للمجتمع الجزائري - المشترك مع الدول الإسلامية - الذي صار يعرف بالخصوصية الثقافية، مع عالمية حقوق الإنسان؛ قدمت الدراسة بعد ذلك تحليلاً لخطاب حقوق الإنسان بالتركيز على حق المرأة في المساواة بالرجل، واستعراض النظريات التي برزت لأجل الموازنة بين حق المرأة في المساواة والخصوصيات الثقافية الإسلامية، وضمان تعايش كلا الحقيين.

لنخلص إلى أن منهج المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في احتواء التنوع والاختلاف الثقافي بين الدول وظروفها الوطنية الخاصة للموازنة والفصل في الحقوق والمصالح المتعارضة، الذي يعرف بالهامش التقديري، يعد المنهج الأمثل لتبرير تدخل الدولة في تقييد حق المرأة في المساواة في العلاقات الأسرية بناءً على الحاجة الاجتماعية الملحة التي تبرر شرعية التدخل من جهة، وشرعية تحفظ الجزائر على الأحكام المتعارضة مع الخصوصية القانونية لنظام الأسرة.

في حين، تناول القسم الثاني من الدراسة أحكام المساواة بين الزوجين في ظل خصوصية قواعد القوانين الخاصة التي تتقاطع مع مركزيهما، وهما قانون الجنسية والقانون الجنائي، حيث شكل موضوع فصلي هذا الجزء تعارضاً محدوداً بين الخصوصية الثقافية والقانونية في الجزائر وأحكام المواثيق الدولية، لذلك تبنى المشرع الجزائري مساواة بين الزوجين اقتربت من المساواة الكاملة مثلما هو مسطر في المواثيق الدولية، لنخلص إلى أن النطاق الضيق للاختلاف والتصادم بين أحكام النظامين القانونيين، هو اختلاف في التطبيق وفي وصف المفاهيم تبعاً لاختلاف مصادر التشريع وخصوصية المجتمع.

الكلمات المفتاحية: مراكز الزوجين؛ المساواة؛ القانون الجزائري؛ المواثيق الدولية.

Abstract:

The theme of this study entitled "The extent of equal legal status between spouses: The Algerian Law and International Conventions" is on the study of the legal regulation of the status of spouses in Algerian law compared to the international legal system, whose provisions call for the application of full gender equality in family relations, a study in the context of cultural differences, and under Algeria's international obligations.

Given the international trends and their effects on the course of legislation in Algeria, addition to some voices calling for equality at the domestic level; Algerian legislator adopted amendments based on equality between men and women, on all laws that intersect with the family system.

Starting by amendment of the Family code which finds its legislative source primarily in Islamic law according to ordinance 05-02 of 2005. This amendment coincided with the amendment of the Algerian Nationality Law under Ordinance No 05-01, so that the legislator in the regulation of relations between spouses in the family law seemed biased to the status of women, in order to reach its maximum equality with men as stipulated in international conventions, the legislator abolished all forms of gender

discrimination in the nationality law so that this law became a model of equality compared to Arab nationality laws.

The Algerian legislator also followed international trends in eliminating violence against women; and in this regard, The Algerian legislator adopted the criminalization of gender-based violence and established a legal framework to combat violence between spouses by amending the penal code in 2015.

Although some legislative amendment has Achieved a full equality between spouses is carried, the fact that Algeria and other Islamic countries maintain any distinction between men and women, in view of the provisions of international conventions and the observations of international bodies and committees, infringes on women's right to equality with men and their right to non-discrimination, This is due to the approach based on describing human rights as universal, even at the expense of the value and moral systems of countries and the sources of legislation in them, because of the dominance of Western discourse over the international human rights law system.

In light of all this, the study examined, through analysis, comparison and discussion, the provisions of equality between spouses and the justifications for the distinction between their rights and duties in national law, through two sections, The first section deals with the provisions of equality between spouses in light of the specificity of the provisions of the Algerian family law and international legal rules, with a focus on monitoring the impact of Algeria's international obligations in amending family code, and focusing on the extent of the conflict between the provisions of family law based on Islamic law and those of international human rights provisions.

In the context of the conflict between the moral and ethical system of the Algerian society — common with Islamic countries — which has become known as the cultural specificity, with the universality of human rights; the study presented an analysis of the human rights discourse, focusing on the right of women to equality with men, with a review of the theories that emerged in order to balance the right of women to equality and the Islamic cultural specificities, and to ensure the coexistence of both rights.

To conclude that the doctrine of the European Court of Human Rights in containing cultural diversity between states and their own national conditions for balancing and adjudicating conflicting rights and interests, known as the margin of appreciation, is the best approach to justify state intervention in restricting women's right to equality in family relations based on the urgent social needs, which intervention justifies the legitimacy of Algeria's reservation on provisions that contradict the legal specificity of the family system.

Whereas, the second section of the study dealt with the provisions of equality between spouses in light of the privacy of the rules and the special laws that intersect with their two centers, namely the nationality law and the criminal law, where the topic of this part constituted a limited conflict between cultural and legal privacy in Algeria and the provisions of international conventions, Therefore, the Algerian legislator has adopted equality between spouses, which approaches full equality as it is stipulated in international conventions, to conclude that the narrow scope of the difference and collision between the provisions of the two legal systems is a difference in the application and description of concepts according to the different sources of legislation and the specificity of society.

Keywords: Spouses Statuses; Equality; Algerian Law; International Conventions.

- **Résumé:**

Le thème de cette étude intitulée « **L'étendue d'égalité des statuts juridiques entre les époux: le droit algérien et les conventions internationales** » est sur l'étude de la régulation juridique du statut des époux dans le droit algérien par rapport au système juridique international, dont les dispositions appellent à l'application de la pleine égalité des sexes dans les relations familiales ; une étude dans le contexte des différences culturelles et en vertu des obligations internationales de l'Algérie.

Compte tenu des tendances internationales et de leurs effets sur l'évolution de la législation en Algérie, en plus de certaines voix appelant à l'égalité au niveau national ; Le législateur algérien a adopté des amendements fondés sur l'égalité entre les hommes et les femmes, sur toutes les lois qui se croisent avec le système familial.

A commencer par la modification du code de la famille qui trouve sa source législative principalement dans la loi islamique selon l'ordonnance 05-02 de 2005. Cet amendement qui coïncidé avec la modification de la loi algérienne sur la nationalité en vertu de l'ordonnance n° 05-01, de sorte que le législateur dans la réglementation des relations entre les époux dans le droit de la famille semblait partial envers le statut de la femme, afin d'atteindre son égalité maximale avec les hommes tel que stipulé dans les conventions internationales, en même temps Le législateur a aboli toutes les formes de discrimination fondée sur le sexe dans la loi sur la nationalité jusqu'à ce qu'elle devienne un modèle d'égalité, par rapport aux autres lois de la nationalité arabe.

Le législateur algérien a également suivi les tendances internationales en matière d'élimination de la violence à l'égard des femmes ; et à cet égard, le législateur algérien a adopté la criminalisation de la violence sexiste et établi un cadre juridique pour lutter contre la violence entre époux en modifiant le code pénal en 2015.

Bien que les amendements législative ait permis d'assurer une grande égalité entre les époux, mais le fait que l'Algérie et d'autres pays islamiques maintiennent toute distinction entre les hommes et les femmes compte tenu des dispositions des conventions internationales et des observations des organes et comités internationaux, porte atteinte au droit des femmes à l'égalité avec les hommes et à leur droit à la non-discrimination, cela est dû à l'approche fondée sur la description des droits de l'homme comme universelle , même au détriment de la valeur et des systèmes moraux des pays et ses sources de législation, en raison de la domination du discours occidental sur le système international de droit des droits de l'homme.

À la lumière de tout cela, l'étude a examiné, par l'analyse, la comparaison et la discussion, les dispositions relatives à l'égalité entre les époux et les justifications de la distinction entre leurs droits et devoirs en droit national, à travers deux sections, La première section traite des dispositions relatives à l'égalité entre les époux à la lumière de la spécificité des dispositions du droit algérien de la famille et des règles juridiques internationales, et en mettant l'accent sur le suivi de l'impact des obligations internationales de l'Algérie dans la modification du code de la famille, et en mettant

l'accent sur l'ampleur du conflit entre les dispositions du droit de la famille fondées sur le droit islamique et celles des dispositions du droit international des droits de l'homme.

Et dans le contexte du conflit entre le système moral et éthique de la société algérienne - commun avec les pays islamiques - qui est devenu connu sous le nom de spécificité culturelle, avec l'universalité des droits de l'homme; l'étude a présenté une analyse du discours sur les droits de l'homme, en se concentrant sur le droit des femmes à l'égalité avec les hommes, avec un examen des théories qui ont émergé afin d'équilibrer le droit des femmes à l'égalité et les spécificités culturelles islamiques, et de garantir la coexistence des deux droits.

Nous concluons donc que la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme pour contenir la diversité culturelle entre les États et leurs propres conditions nationales d'équilibre et de jugement des droits et intérêts contradictoires, connue sous le nom de marge d'appréciation, est la meilleure approche pour justifier l'intervention de l'état dans la restriction du droit des femmes à l'égalité dans les relations familiales fondée sur les besoins sociaux urgents qui justifie la légitimité de l'intervention d'une part, et la légitimité de la réserve de l'Algérie sur les dispositions qui entrent en conflit avec la spécificité juridique du système familial.

Attendu que la deuxième partie de l'étude portait sur les dispositions relatives à l'égalité entre époux à la lumière de la spécificité des règles et des lois spéciales qui se croisent avec leurs deux centres, à savoir le droit de la nationalité et le droit pénal, où le sujet de cette partie constituait un conflit limité entre la vie privée culturelle et juridique en Algérie et les dispositions des conventions internationales. , Par conséquent, le législateur algérien a adopté l'égalité entre les époux, qui approche de la pleine égalité telle qu'elle est stipulée dans les conventions internationales, c'est pourquoi nous concluons que la portée étroite de la différence et de la collision entre les dispositions des deux systèmes juridiques est une différence dans l'application et la description des concepts en fonction des différentes sources de législation et de la spécificité de la société.

Mots Clés : Statuts des époux : L'égalité ; Droit Algérien ; Conventions Internationales.