جامعة محمد خيضر –بسكرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أثر عولمة القانون على أحكام الأسرة

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

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب: وليد ضيف

إشراف الأستاذ: صالح سقني

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ	الدرجة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصفة
حملاوي دغيش	أستاذ محاضر .أ.	جامعة بسكرة	رئيسا
صالح سقني	أستاذ محاضر .أ.	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
ياسين علال	أستاذ محاضر .أ.	جامعة قالمة	مناقشا
شهرزاد بوسطلة	أستاذة التعليم العالي	جامعة بسكرة	مناقشا
مبروك جنيدي	أستاذة التعليم العالي	جامعة مسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمان الرحيم

(وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ قُلْ إِنَّ هُدَى اللَّهِ هُوَ الْهُدَى وَلَئِنِ اتَّبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ بَعْدَ الَّذِي جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَكَ مِنَ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلا نَصِيرٍ)

البقرة الآية 120

الإهداء:

أهدي هذا العمل:

إلى: العزيزين الغاليين أطال الله في عمريهما

أبي وأمي.

إلى: أبن أخي "**مازن**" وبنت أختي "**جنى**"

إلى: روح كل من جدتي "**بشطولة**" وعمي "**علي**" رحمهما الله وتغمدهما برحمة الواسعة.

كما أهديه لجميع الأقارب والأصدقاء والزملاء.

الشكر:

أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ: "**علي دحامنية**" الذي قدم لي يد العون، التوجيه والإرشاد طيلة تواجدي في جامعة بسكرة،

إلى الأستاذ: "**صالح سقني**" المشرف على رسالتي الذي تكبد عناء تصويبها وتنقيحها والسهر على إتمامها في الوقت القانوني،

إلى: عضاء لجنة المناقشة كل باسمه وصفته، على صبرهم في قراءة هذا العمل، وإبداء ملاحظاتهم، وتكبدهم عناء السفر في سبيل مناقشة هذه الأطروحة،

إلى: جميع أعضاء كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بسكرة، أساتذة وطلبة إداريين، وأخص من بينهم بالذكر السيد: الأمين العام لكلية الحقوق والعلوم السياسية، الدكتور:"**فلاح عمار**"،

كما أشكر جميع من قدم لي يد العون في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد، وأخص بالذكر من قدم لي يد العون في التدقيق اللغوي في بعض صفحات الأطروحة:

"**ف، ب**".

قائمة المختصرات:

ج ر: الجريدة الرسمية.

ج: جزء.

د ت ن: دون تاريخ نشر.

د د ن:دون دار نشر.

ص ص: عدد صفحات المقال.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق ح م ج: قانون الحالة المدنية الجزائري.

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري.

م ق: المجلة القضائية.

م: مجلد.

هـ: التقييم الهجري.

المقدمة:

توطئة:

احتلت الأسرة مكانة بارزة في التشريعات الحديثة، حتى وإن اختلف منهج الدول في تنظيم أحكامها، فمنها من سنتها في قانونها المدني، ومنها من خصصت لها تشريعا مستقلا عنه، وعلى المنهج الثاني سارت غالبية تشريعات الدول العربية والإسلامية كتونس، المغرب، ليبيا، موريتانيا، مصر، السودان، الأردن، سوريا، السعودية، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، قطر...، والجزائر، حيث عرفت هذه الأخيرة أول مجموعة تشريعية جامعة لأحكام الأسرة بموجب القانون 11-84[1] المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02[2] المؤرخ في 08 محرم 1426هـ، الموافق ل 27 فيفري 2005 والموافق عليه بالقانون 05-02[3] المؤرخ في 04 ماي 2005، بعد أن كان التحكيم في مسائل الأسرة يُعتمد فيه على الاجتهاد القضائي وفق الفقه الإسلامي، وخاصة مذهب الإمام مالك.

تقوم أحكام الأسرة في الجزائر وغيرها من الدول العربية الإسلامية على جملة من المبادئ، يمكن إجمالها في مبدأ مُركز، متمثل في كون الفقه الإسلامي المصدر المادي الأول لصياغته القوانين الناظمة لها، ومن أراد التفصيل فيمكن القول أن أحكام الأسرة تقوم على المبادئ الآتية:

المبدأ الأول: القرآن والسنة المصدران الأساسيان لأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، فالقرآن الكريم جاء بالكثير من الآيات القرآنية المخاطبة للمسلمين والناس كافة ترشدهم وتفرض

1- القانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة ، ج ر، ع 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، ص 910.

2- الأمر رقم 05-02 يعدل ويتمم القانون 84-11، ج ر، ع 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18.

3- القانون رقم 09-02 يتضمن الموافقة على الأمر 05-02، ج ر ع 43، مؤرخة في 22 مايو 2005، ص 04.

عليهم إتباع سلوكيات معينة في تنظيم أسرهم وأحوالهم الشخصية، وكذلك ما جاءت به السنة النبوية المطهرة في تنظيمها للأسرة من خلال تأكيد حكم جاء به القرآن، أو بيانه أو تفصيله، أو إنشاء حكم لم يأت به.

المبدأ الثاني: تميز أحكام الأسرة بنوع من الثبات الذي يضفي عليها طابع الاستقرار والاطراد، على عكس بعض المجالات الأخرى التي قد ينظمها القانون كالمجال الإداري الذي يتميز بالمرونة والتطور السريع، فأحكام الأسرة ثابتة لا تتأثر بتغير الزمان والمكان، ودليل ذلك ما ثبت في نصوص الوحيين من أدلة قطعية الثبوت والدلالة تحكم الأسرة وما تعلق بها من مسائل، وتجدر الإشارة إلى أن وصف أحكام الأسرة بالثبات قول أغلبي لا كلي، فهذا لا ينفي وجود مسائل منها تتأثر بتغير الزمان والمكان، ومثالها الواضح في الزمن الحالي، دور الطب الحديث في أحكام الأسرة من زواج، إلى نسب، إلى أحكام الإجهاض... الخ.

المبدأ الثالث: للعرف الدور الكبير في سن وتقرير أحكام الأسرة، وإن كان القول أن الفقه الإسلامي معتبر في أحكام الأسرة، يغني عن ذكر العرف باعتباره أحد مصادره، إلا أن ذكره مفروض لما للدور الذي حققه في تنظيم تلك الأحكام، فالكثير من الناس لا ينظرون إلى أحكام الأسرة بوصفها دينا أو قانونا يجب إتباعه، إنما تلقوها عن آبائهم بوصفها ميراثا وأعرافا وجب المحافظة عليها والعمل بها.

المبدأ الرابع: تقوم أحكام الأسرة على فلسفة العدالة الاجتماعية بدل فلسفة المساواة المجردة، فبعض التكاليف والحقوق في مجال الأسرة تكون بالتساوي بين أفرادها إذا ما تحققت معها فكرة العدل، وفي الجانب الآخر كثيرا ما يتم التمييز بين أفراد الأسرة الواحدة، لا لمحاباة البعض على البعض الأخر، إنما لإقامة التوازن بين أفراد الأسرة الواحدة الذي ينتج عنه توازن المجتمع برمته.

المبدأ الخامس: هو متفرع عن المبدأ السابق، حيث تقوم أحكام الأسرة على مراعاة حال كل شخص على حده، فلا تجعل من مركز الرجل كمركز المرأة، كما لا تجعل مركز الأبوين كمركز الأبناء وهكذا.

المبدأ السادس: تقوم أحكام الأسرة على الموازنة والتفريق بين طائفتين من الأحكام: مسائل شخصية من جهة ويمكن تسميتها بالمعنوية، ومسائل مالية من جهة أخرى ويمكن تسميتها بالمادية، ومسائل مزدوجة تحمل في مضامينها قيم معنوية وعناصر مادية في الآن ذاته.

المبدأ السابع: لا تقوم أحكام الأسرة على نظرة مادية بحتة، ففيها يفرق بين نوعين من الأحكام، الأول دنيوي يظهر أثره ما دام الإنسان حيا، والثاني أخروي وتظهر أثاره بعد المماة ويوم البعث.

المبدأ الثامن: تشترك فيه أحكام الأسرة مع غيرها من الأحكام القانونية الأخرى، حيث تكون للدولة كامل الحرية في تنظيم شؤون رعاياها من مواطنين وأجانب مقيمين على إقليمها.

المبدأ التاسع: لا يمكن إنكار تأثر أحكام الأسرة بفعل الضغوطات الواقعة على الدول والحكومات من قبل هيئات وجماعات رسمية وغير رسمية، داخلية وخارجية، كانت على صواب أو مجانبة له.

إن المبدأ الأخير يفتح المجال للحديث عن مصطلح "العولمة" الذي تم تداوله في السنوات الأخيرة وأصبح عنونا للتأليف، من قبل المختصين والأكاديميين بمختلف تخصصاتهم، حيث تجد له علاقته بمجالات عديدة في حياة الإنسان والدولة، من بينها مجال القانون بوجه عام، حيث تتمثل علاقة القانون بالعولمة في محاولة هذه الأخيرة التأثير عليه وتوجيهه حسب ما يخدمها وما يخدم مصالح الجهات المستفيدة منها، والقول بوجود علاقة تأثر القانون بالعولمة، لا يدع مجالا للشك بوجود علاقة تأثير العولمة على أحكام الأسرة بوصفها أحد مباحث علم

القانون. ولذلك جاءت هذه الدراسة الموسومة بعنوان "**أثر عولمة القانون على أحكام الأسرة**"، لتعالج تأثير العولمة على أحكام الأسرة في التشريع الجزائري.

تحديد نطاق الدراسة:

واضح من عنوان الدراسة "أثر عولمة القانون على أحكام الأسرة" أنه واسع النطاق، لذلك تم تقييده في حدود التشريع الجزائري دون غيره من تشريعات الدول الأخرى، وإذا كان التنظيم القانوني لأحكام الأسرة في التشريع الجزائري موزع بين عدة قوانين في طليعتها قانون الأسرة، القانون المدني، قانون الحالة المدنية، قانون العقوبات، القانون التجاري...، إلا أن نطاق البحث مقيد أيضا بالبحث فيها في قانون الأسرة الجزائري بالدرجة الأولى دون غيره من القوانين الأخرى.

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب الكثيرة والمتنوعة –ذاتية وموضوعية– التي دفعت لاختيار هذا الموضوع ما يلي:

- ✓ الميل الشديد للبحث في موضوعات قانون الأسرة، مما جعلني أختار هذا العنوان الذي يشمل جميع جزئيات قانون الأسرة الجزائري، ويفرض دراستها من جوانب عديدة: المعاهدات الدولية، الفقه الإسلامي، والتشريع الوطني.
- ✓ إعجاب البعض من أبناء الوطن العربي، هيئات وأشخاص بنموذج الأسرة الغربي، وما لبثت أن تعالت الأصوات في الجزائر مطالبة بضرورة تغيير تشريع الأسرة، فكان ذلك سببا للبحث في منطلق إعجابهم ومدى مشروعية مطالبهم، وهل تصب في مصلحة الأسرة الجزائرية أم هي مجرد تقليد أعمى.
- ✓ حداثة الموضوع، وهذا ما يتجلى من مصطلح العولمة الذي لا يزال مصطلحا بكرا، لم تتضح معالمه بعد ولم يتفق المختصون لا على زمن ظهوره، ولا على حقيقته وأبعاده.

- ✓ تعديل قانون الأسرة الذي صدر على شكل أمر رئاسي، سنة 2005 بعد عدة محاولات لتعديله، الأمر الذي يُحمل على أنه جاء استجابة لمقتضيات العولمة.
- ✓ كون الأمر 05-02 مس موضوعات تشكل عصب قانون الأسرة متمثلة أساسا في الزواج وانحلاله، دون أنظمته الأخرى التي تقل من حيث أهميتها إذا ما قورنت بالزواج.
- ✓ كثرة النصوص الدولية من مواثيق وإعلانات ومعاهدات واتفاقيات، وكذا المؤتمرات التي عالجت حقوق الإنسان في شكل موضوعات عامة وحقوق المرأة والطفل في شكل خاص، داخل حيز الأسرة.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع في نقاط عديدة يمكن إجمالها في طائفتين:

- ✓ **الأهمية الدولية:** يوحي مصطلح العولمة على أنه لا ينحصر في حدود دولة أو قارة معينة، فهو منسوب للعالم لا للعلم، ومتى كان المصطلح بهذا القدر من الاتساع لا يمكن إنكار أهميته من الناحية الدولية، ووصف العولمة بالقانون أو ربطها بها يزيد من أهميتها، هذا ما يتجلى من خلال الجهود الدولية المبذولة من خلال إبرام الكثير من المعاهدات، وعقد الكثير من المؤتمرات في سبيل إخضاع القانون للعولمة، ولما كانت أحكام الأسرة من أهم أقسام القانون، إذ يمكن وصفها بعصبه وروحه لاتصالها بحياة الإنسان بطريق مباشر، فإن أهمية الموضوع الدولية تزداد وتتعاظم متى تعلقت عولمة القانون بأحكام الأسرة.
- ✓ **الأهمية الوطنية:** من مصلحة أي دولة أن لا تعزل نفسها عن غيرها من أفراد المجتمع الدولي، فمن فائدتها الاندماج في ذلك المجتمع لتوفير الأفضل لمواطنيها، وفي المقابل لا يمكن للدولة أن تضحي بجميع قيمها في سبيل تحقيق رغبات المجتمع الدولي، بل يجب عليها الحفاظ على الحد الأدنى من قيمها الذي يعبر عن كيانها وهويتها، فإذا انهار أو اعتراه اختلال حتما انهار كيانها واختل نظام الحياة فيها، والجزائر من الدول التي سعت جاهدة لمسايرة

التغيرات التي عرفها العالم في مجال حقوق الإنسان بوصفه كذلك وبوصفه فردا منتميا لأسرة، خاصة ما تعلق منها بحقوق المرأة والطفل، من خلال مصادقتها على أغلب المعاهدات الدولية الصادرة هذا المجال، التي جاءت لتحقيق غايات ومقاصد العولمة.

أهداف الموضوع:

- ✓ يهدف الموضوع أساسا للبحث في مدى تبني قانون الأسرة الجزائري لأفكار العولمة بوجه عام، وعولمة القانون بوجه خاص، متى تعلق الأمر بالأسرة وما اتصل بها من أحكام.
- ✓ التوصل إلى مدى توافق نصوص قانون الأسرة الجزائري مع ما تمليه عولمة القانون، في أحكام تخص الأسرة سواء من حيث مفهومها، طبيعتها، أطرافها، غايتها، أو نشاطها.
- ✓ معرفة مدى تقبل المجتمع الجزائري للإرادة التشريعية في حال تم التوصل إلى أن قانون الأسرة الجزائري سار حسب ما تمليه قواعد عولمة القانون.
- ✓ البحث عن مدى ترابط وانسجام وتوافق نصوص قانون الأسرة الجزائري مع بعضها البعض، ومع غيرها من النصوص الأخرى في مختلف التشريعات الوطنية سواء المدنية، الجزائية أو الإدارية.
- ✓ التعرض بموضوعية لمختلف الآراء المنصبة في قانون الأسرة الجزائري تعزيزا أو نقدا من خلال موقفه من عولمة القانون.
- ✓ التوصل إلى كيفية تعامل القضاء مع نصوص قانون الأسرة الجزائري بعد الأمر 05-02 ومدى تأثير التعديل على الاجتهادات القضائية التي تمت في ظل القانون 84-11 قبل التعديل.
- ✓ تأكيد أن المبادئ سابقة الذكر التي تخضع لها أحكام الأسرة صالحة لكل زمان ومكان، ولا بديل للمشرع الجزائري عنها.
- ✓ إبراز خطورة حركة العولمة على قيم الأسرة الجزائرية.

- ✓ معرفة الإضافة التي جاءت بها عولمة القانون في مجال حقوق الإنسان داخل الأسرة، وهل يمكن اعتبارها مصدرا لقانون الأسرة مقبولا من قبل المجتمع.
- ✓ إبراز رجاحة الفقه الإسلامي في تنظيم الأسرة، وصلاحيته بالنسبة للمجتمع الجزائري، إذا ما قورن بعولمة القانون.

الدراسات السابقة:

من خلال عملية البحث عن المراجع ذات العلاقة بالموضوع محل البحث، لم يتسن الحصول على بحث أو دراسة بذات العنوان، وهذا لا يعني عدم وجود دراسات سابقة، بل تم العثور على ما يلي:

الكتب: تتمثل أساسا في كتابين صادرين عن مركز دراسات المرأة المتواجد بالرياض بالمملكة العربية السعودية، الذي ينشر كتبا وأبحاثا في إطار سلاسل معدة سلفا، ولقد اختار المركز محور "عولمة قوانين الأحوال الشخصية" كعنوان للتأليف، صدرت من هذه السلسلة لحد الآن ثلاثة كتب، الأول: عولمة قوانين الأحوال الشخصية في مصر، الثاني في البحرين، الثالث في اليمن، تم التحصل منها على الأول والثالث دون الثاني.

- ✓ اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، عولمة قوانين الأحوال الشخصية في مصر، سلسلة عولمة قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي (1)، مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 1432 هـ.
- ✓ أنور بن قاسم الخضري، عولمة قوانين الأحوال الشخصية في اليمن، سلسلة عولمة قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي (3) مركز باحثات المرأة، الرياض، 1432 هـ.

المقالات:

- ✓ تشوار جيلالي، مدى تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، م 45، ع 03، ص ص 89- 131، 2008.

الإشكالية:

كون الدولة مستقلة، لها كامل السيادة في تنظيم شؤون مواطنيها وإقليمها، فلها أن تسن ما تشاء من التشريعات التي تتماشى وخصوصية شعبها، والتي تعكس بها سياستها في مجالات شتى، السياسية، العقابية، الإدارية، الاقتصادية، الاجتماعية، الأخلاقية، والثقافية، ويعد قانون الأسرة في التشريع الجزائري أحد القوانين المتعددة المظاهر التي يعكسها بين ما هو اجتماعي، أخلاقي، ومالي، ولما كان قانون الأسرة الجزائري على هذا القدر الاتساع والشمول يكون من الأهمية بمكان.

إن سيادة الدولة المطلقة في سن شؤونها وشؤون رعاياها فكرة تحققت في ظل الدولة الكلاسيكية على عكس الدول الحديثة التي تعد جزء من مجتمع دولي فرض عليها قيودا تَحُدُ من سلطانها في تنظيم شؤون رعاياها تحت ما يسمى بعولمة القانون، وهذه الدراسة تعني بالبحث في أثر عولمة القانون على أحكام الأسرة في التشريع الجزائري، حيث تم طرح الإشكالية التالية: **ما هي انعكاسات عولمة القانون في قانون الأسرة الجزائري؟**

وهذه الإشكالية تطرح تساؤلات فرعية متمثلة في ما يلي:

- ✓ ما المقصود بالعولمة؟
- ✓ ما علاقة العولمة بالقانون بوجه عام، وعلاقتها بأحكام الأسرة بوجه خاص؟
- ✓ كيف نظمت عولمة القانون أحكام الأسرة، وهل تنظيمها لها متوافق مع جاء في الشريعة الإسلامية أم لا؟

- ✓ ما موقف قانون الأسرة الجزائري من أحكام الأسرة في ظل العولمة بين التبني والتخلي؟

المنهج المتبع:

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على كل من المناهج التالية:

المنهج الاستقرائي: من خلال تتبع الجزئيات سواء ما تعلق منها بنصوص المعاهدات الدولي، تقارير المؤتمرات الدولية، الآراء الفقهية، والنصوص القانونية للخروج بحكم عام تام أو ناقص فيما يخص أثر عولمة القانون على قانون الأسرة الجزائري، والمنهج الوصفي: للوقوف عند ما يجب التطرق إليه من مصطلحات وحقائق لا بد منها لتكملة البحث، والمنهج التحليلي: من خلال تمحيص وتفكيك مختلف نصوص المعاهدات الدولي، تقارير المؤتمرات الدولية، الآراء الفقهية، والنصوص القانونية، للوقوف عند حقيقتها وتقيمها تقيما حياديا.

المنهج المقارن: تم اعتماد المنهج المقارن في الفصل الثاني من الباب الأول لمقارنة تنظيم أحكام الأسرة في كل من نظام عولمة القانون والفقه الإسلامي.

التصريح بالخطة:

تم تقسيم الموضوع إلى بابين الأول تحت عنوان: أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون. مقسم إلى فصلين الأول: عولمة أحكام الأسرة: المفهوم والآليات، والثاني: أحكام الأسرة بين متطلبات عولمة القانون والثابت في الفقه الإسلامي.

أما الباب الثاني تحت عنوان: موقف قانون الأسرة الجزائري من أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون، مقسم هو الآخر إلى فصلين، الأول: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في انعقاد الزواج، والثاني: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في آثار الزواج.

الباب الأول:

أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون.

منذ بزوغ فجر البشرية على هذه الأرض حاول الإنسان بدافع من الأنانية وحب الذات أن يكون الأفضل بين أبناء جنسه، فحاول استكشاف جميع قدراته الكامنة وتسخيرها لتلك الغاية، فاستطاع الانتقال من نمط في حياته إلى نمط أفضل منه، ليتبوؤ مكانة عليا وقبولا أفضلا بين الناس، وإثبات ذاته تجعله يبذل الغالي والنفيس، المشروع والممنوع.

بوصف الفرد نواة المجتمع تجده أيضا يسعى لرسم صورته على أنه النموذج الراقي الذي يملك من القيم والمبادئ ما يجعل المجتمعات الأخرى تقتدي وتتأثر به، ولكل جماعة طرق تعتمدها لتحقيق هدفها، تختلف باختلاف الزمن السائد، ففي العصر الحالي يتشكل المجتمع في أحد جوانبه من دول متمتعة بالسيادة الكاملة، الصفة التي تضمن مساواتها مع غيرها من الدول من الناحية القانونية، بغض النظر عن التفاوت الاقتصادي والعسكري والثقافي...، وإلى جانب الدول توجد المنظمات الدولية، هدفها الرئيسي حماية حقوق الإنسان وتوطيد العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي وحفظ الأمن والسلم الدولي، ومن أبرز المنظمات الدولية وأعظمها شأنا في الحقبة الزمنية الحالية "هيئة الأمم المتحدة".

إن مسألة المساواة بين الدول من المسائل النظرية البحتة، ذلك أن الواقع أثبت أن القوي اقتصاديا وعسكريا وإعلاميا يستأثر بدواليب الحكم في جميع أنحاء العالم، عن طريق تسخير ما يمكن تسخيره لنشر ثقافته وبثها في جميع أنحاء العالم ولو اقتضت الحاجة فرضها بجميع الطرق في حالة عدم قبول الطرف الأخر بها، ونشر أو فرض الدولة نموذجها على غيرها من الدول في الزمن الحالي هو ما يمكن اختصاره في مصطلح "العولمة"، فهي نظام عالمي يحاول إقامة العالم على أساس قطب واحد، يتحكم بجميع دواليب الحكم في جميع أنحاء المعمورة.

إذن فالعولمة حركة واسعة النطاق لا تقتصر على مجال أو حدود معينة إنما هي واسعة اتساع الكرة الأرضية، وما يهم هنا دور العولمة وعملها في مجال معين متمثل في، الأسرة وما

تعلق بها من أحكام قانونية، لذلك جاء هذا الباب ليفصل القول في البحث عن ماهية عولمة أحكام الأسرة وآلياتها من جهة، وكذا البحث عن كيفية تنظيم أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون من جهة أخرى، وعليه قسم هذا الباب إلى فصليين التاليين:

الفصل الأول: عولمة أحكام الأسرة: المفهوم والآليات.

الفصل الثاني: أحكام الأسرة بين متطلبات عولمة القانون والثابت في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول:

أحكام الأسرة: المفهوم والآليات.

العولمة فكرة واسعة النطاق لا تنحصر في مجال معين، ومن المجالات التي لا يمكن فصلها عنها، الأسرة وما تعلق بها من أحكام، حيث عملت العولمة على توجيهيها وإقامتها على أسس تخدم الأقطاب المستفيدة منها، سواء كانوا دولا أو منظمات أو حتى أشخاصا عاديين، وهذه الغاية – توجيه أحكام الأسرة وفرضها طوعا أو كرها– لن تأتي إلا عن طريق أساليب رسمية لكون المقصود هنا هو تلك الأحكام القانونية المنظمة للأسرة دون غيرها من الأحكام التي يمكن أن تناط بها.

هذا، ويحتاج مصطلح "عولمة أحكام الأسرة" البحث فيه والتطرق إلى حقيقته وماهيته، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الأول، وإلى جانبه البحث في الآليات الرسمية المستعملة بغرض تحقيق فكرة عولمة أحكام الأسرة، وهذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية عولمة أحكام الأسرة.

المبحث الثاني: آليات عولمة أحكام الأسرة (الأساليب الرسمية لعولمة أحكام الأسرة).

المبحث الأول: ماهية عولمة أحكام الأسرة.

تناط بالأسرة أحكام عديدة، منها ما هو شرعي، ثقافي، اجتماعي ومنها ما هو قانوني، وما يُبحث عنه هنا هو أحكام الأسرة القانونية، فإذا استعمل لفظ أحكام الأسرة قصد به الأحكام القانونية للأسرة دون الأحكام الأخرى المرتبطة بها، وبغية الوصول لحقيقة عولمة أحكام الأسرة القانونية تم تقسيم هذا المبحث للمطلبين التاليين: الأول يتناول تعريف العولمة بوجه عام، والثاني تعريف عولمة أحكام الأسرة.

المطلب الأول: مفهوم العولمة.

لفظ العولمة جديد ومستحدث لم يدخل بعد في قوائم مفردات القواميس العلمية، ومع هذا فهي منسوبة للعالم لا العلم، لهذا توصف بأنها نظام جديد يراد به توحيد العالم في إطار واحد، هذا ما جعل البعض يطلق عليها النظام العالمي الجديد، وهذه العبارة توحي بل وتشير إلى النظام السياسي بشكل الخاص، والصحيح أن العولمة تشمل جميع مناحي الحياة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية...[1]، وفي هذا المطلب سيتم التطرق إلى مفهومها عن طريق دراسة كل من نشأة العولمة، تعريفها، تميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها، وأخيرا أنواعها.

الفرع الأول: نشأة العولمة.

على غرار اختلاف الباحثين والمفكرين وعدم اتفاقهم على تعريف مانع جامع لمصطلح العولمة، اختلفوا في تحديد زمن ظهورها. والثابت أنها ليست حدثا مستقلا يمكن التأريخ له بصفة مجردة عن مظاهرها التي تتحقق بفعل تقاطع مجموعة العوامل التي تسهم في بنائها[2]،

1- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، سلسلة الرسائل الجامعية، مركز باحثات المرأة 4، الرياض 2010، ص 27.

2- عثمانية لخميسي، عولمة التجريم والعقاب، دار هومة، ط 02، الجزائر، 2008، ص 73.

حيث يمكن رد الاختلاف الحاصل بينهم إلى فريقين، الأول يرى بأنها فكرة قديمة كلاسيكية، والثاني يرى بأنها فكرة جديدة معاصرة[3].

أولا: العولمة ظاهرة قديمة.

يرى بعض الباحثين أن العولمة ظاهرة ليست حديثة إنما هي قديمة، ورغم اتفاقهم في هذا المبدأ، إلا أنهم انقسموا في ذلك إلى اتجاهات ثلاثة، يرى الأول أنها قديمة قدم الحضارات والإمبراطوريات، حيث كان لهذه الأخيرة طموح عالمي تمثل في محاولات ضم كيانات أخرى إلى كيانها، كما فعل الإغريق والرومان وغيرهم، أما الاتجاه الثاني فيرى أنها جاءت مع أواخر القرن الخامس عشر وبداية القرن السادس عشر، أي زمن الكشوفات الجغرافية، حيث عرفت الانسانية مقومات العولمة في هذه الحقبة الزمنية بالذات، أما الاتجاه الثالث فيرى أنها مشروع أوروبي صرف من إنتاج حملة نابليون عام 1798 م التي كانت تخشى مخاطر هيمنة الولايات المتحدة الأمريكية وانفرادها بشؤون العالم[4].

فحسب هذا الرأي يستخلص أن العولمة قديمة قدم الإنسان ذاته، لكن المرحلة الحالية من العولمة تختلف بجلاء ووضوح عن سابقاتها، حيث تقلصت المسافات، واختصرت الأزمنة وزالت الحدود[5]، وهذا ما يضفي طابعا مختلفا للعولمة المشهودة اليوم[6].

ثانيا: العولمة ظاهرة جديدة.

في الجانب الأخر يرى البعض أن نشأة العولمة كانت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين بحكم التوسع الهائل في الرحلات البحرية باستخدام طاقة البخار التي أسهمت في اتساع حجم التجارة الدولية بشكل لم يسبق له مثيل[7]، وفي هذه

3- علال ساجي، العولمة وحقوق الإنسان في الجزائر، كتاب جماعي عولمة القانون، الإشراف والتنسيق، أوشن حنان، المركز الديموقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين ألمانيا، 2020، ص 10.

4- صابر حارص، الإعلام العربي والعولمة الإعلامية والثقافية والسياسية، دار العربي، القاهرة، 2007، ص 16.

5- علال ساجي، المرجع السابق، ص 10.

6- صابر حارص، المرجع السابق، ص 15.

7- علال ساجي، المرجع السابق، ص 14 و15.

المرحلة ولأول مرة تجسدت مظاهرها الحقيقة، من ذلك توحيد التوقيت العالمي وفقا لتوقيت غرينتش 1866، إنشاء عصبة الأمم المتحدة 1919، ميلاد ميثاق الأمم المتحدة لتحقيق التعاون الدولي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1945...[8].

يرى البعض أن العولمة كفكر أو إيديولوجية[9] نشأت مع بداية السبعينات والثمانيات من القرن العشرين، التي انتهت فها الحرب الباردة بين القطبين الرئيسين في العالم، الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي وانتهت بتفكك هذا الأخير[10] وسقوطه، فبهذا زال نظام القطبية وانتهت الحرب الباردة، حيث أصبحت الولايات المتحدة الأمريكية القوة العظمي الوحيدة في العالم، تعمل على نشر النظام الرأسمالي في الكثير من بلدان العالم، بل ولتهيمن على العالم وتعمم نمطها الحضاري على جميع العالم[11].

من خلال هذا الفرع يلاحظ أن العولمة ليست واحدة، إنما هي عولمات عرفت على مر التاريخ تختلف باختلاف وسائلها، أهدافها، ومضامينها، وما يَهُمُ هنا مفهومها كمصطلح علمي متداول بين المختصين والأكاديميين، وهو ما سيبحث عنه في الفرع التالي.

8-عثمانية الخميسي، المرجع السابق، ص 73.

9- تشير كلمة إيديوجيا إلى مجموعة متماسكة من الأفكار والمبادئ التي تقدم دليلا للعمل وفق هذه الأفكار المعتنقة من قِبضلِ مجموعة من الأفراد، بمعنى أنها نتاج عملية تكوين نسق فكري عام يفسر الطبيعة والمجتمع والفرد ويطق عليها بصفة دائمة، فهكذا تتشكل إيديولوجية كل جماعة من بيئتها الجغرافية والاجتماعية والمعتقدات السياسية، لذلك توصف بأنها نسق الأفكار والمعتقدات في مجتمع ما. إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، معجم مصطلحات عصر العولمة، (مصطلحات سياسية واقتصادية واجتماعية ونفسية وإعلامية، د د ن، د ت ن، ص 79-80.

10- صابر حارص، المرجع السابق، ص 17.

11- عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 77.

الفرع الثاني: تعريف العولمة.

أثار مفهوم العولمة جدلا واسعا بين الباحثين والمختصين، ويرجع سبب اختلافهم إلى الأسباب التالية: حداثة المصطلح وعدم رسوخ أركانه[12]، اختلاف المرجعيات التي ينتمون إليها[13]، كونها ذات طابع شمولي[14]، لذلك سلكوا مسلكين في تعريفهم لها حسب الآتي:

يشمل الأول وجود ثلاث أصناف من التعريفات، صنف أول مناصر للعولمة ومؤيد لها، صنف ثان ضدها ومعارض لها، وصنف ثالث موضوعي محايد في تعريفه لها[15]، ويمكن اصطلاح "تعريف العولمة باعتبار موقف الناس منها" على رواد هذا المسلك.

أما أصحاب المسلك الثاني فلقد اختلفوا في تعريفهم للعولمة تبعا لتخصصاتهم وتوجهاتهم الفكرية والعلمية والسياسية[16]، فمنهم من ينظر لها من منظور تاريخي[17]، وهناك من عرفها من منظور اقتصادي، وهناك من يعالجها من الزاوية السياسية، وهناك من يركز على جانبها الثقافي والاجتماعي[18]، ويمكن اصطلاح "تعريف العولمة باعتبار الاتجاهات العملية الملحوظة لها"[19] على رواد هذا المسلك.

12- طارق إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 18.

13- نفس المرجع، ص 14.

14- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، ص 31.

15- بوزيد سراغني، العولمة القانونية وآلياتها، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة 1، م 05، ع 02، ص ص 171-184، 2016، ص 173.

16- سلامي خديجة ومسعودي طاهر و بن الأخضر محمد، العولمة القانونية: الضبط الاقتصادي نموذجا، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، م 12، ع 01، ص ص 297-308، 2020، ص 298.

17- محمد الأمين سيد مختار، الأسرة المسلمة بين مخاطر العولمة وضغوطات التشريعات العربية التحديات وسبل المواجهة، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي التاسع، قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، المنعقد يومي: الثلاثاء والأربعاء 18 – 19 ربيع الأول 1440 هـ الموافقين: 27 – 28 نوفمبر 2018 هـ، الجزء الأول، ص 707.

18- عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 65.

19- مليكة مخلوفي وسهايلية حمزة، المرجع السابق، ص 707.

وعليه سيكون العمل على تعريف العولمة من خلال تعريفها حسب أصحاب المسلك الأول، ثم تعريفها حسب أصحاب المسلك الثاني.

أولا: تعريف العولمة باعتبار موقف الناس منها.

يختلف مفهوم العولمة باختلاف المواقف منها، حيث لم يكن موقف الغرب نفسه منها مؤيدا لها على طول الخط، بل تضمنت أدبياته مفاهيم إيجابية وأخرى سلبية، وبدوره تسرب هذا الخلاف للتعريفات العربية، حيث اعتبرها البعض منهجا فكريا جديدا يجب الاستفادة منه في حين اعتبرها البعض الأخر لون من ألوان الاستعمار في ثوب جديد ونوع من أنواع الهيمنة الغربية على العالم، ومقابل للفريقين –المؤيد والمعارض– ظهر أخر حاول تعريفها بطريق محايد لا يتضمن مواقف لا سلبية ولا ايجابية[20]. وإيضاحا لما سبق سيتم تعريف العولمة وفق للرأي المؤيد لها، وفق للرأي المعارض لها، ووفقا للرأي المحايد.

الفقرة الأولى: تعريف العولمة وفق للرأي المؤيد لها.

يرى أصحاب هذا الرأي أن العولمة[21] تكريس لحضارة جديدة تختلف اختلافا كبيرا عن كل ما عرفه العالم في تاريخه الطويل من حضارات، لتعم فائدتها على كل دول العالم حتى ما كان منها واقعا تحت فقر مدقع[22]، فهي نظام دولي جديد يرتكز على التكامل بين رأس المال والتكنولوجيا وتبادل المعلومات بطريقة أنشأت سوقا عالمية واحدة، فهي ظاهرة إيجابية تؤدي إلى ارتقاء الدول التي تندمج معها، وانحطاط الدول التي تحاول الانفصال عنها[23].

الفقرة الثانية: تعريف العولمة وفق الرأي المعارض لها.

العولمة في مفهومها الأعم تعبر عن اتجاه دولي أحادي القطب لفرض نموذج اقتصادي وسياسي وثقافي معين على جميع إنحاء العالم، متجاوزة حدود وسيادة الدول وحقها الخاص

20– صابر حارص، المرجع السابق، ص 20.

21– بوزيد سراغني، المرجع السابق، ص 173.

22– بركات محمد مراد، ظاهرة العولمة رؤية نقدية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2001، ص 73.

23– بوزيد سراغني، المرجع السابق، ص 173.

في تنظيم شؤونها، فقد يبدو مصطلح العولمة تعاوني رحيم في ظاهره، إلا أنه يحمل ضررا في باطنه[24]، متمثل في عدم مراعاتها للبعد الاجتماعي في الاقتصاد والسياسة والثقافة، بحيث لا تقيم وزنا للحدود السياسية أو سيادة الدول، فهي إذن تسعى لهتك كل الانتماءات والهويات والقيم[25].

الفقرة الثالثة: تعريف العولمة وفق الرأي المحايد.

تجنبا للانتقادات التي وجهت للتعريفات السابقة للعولمة، حاول البعض تعريفها بتحيز وحياد[26]، حيث قالوا أنها عملية تبادل منافع وخيرات ومعارف بين جميع الأمم باختلاف حضاراتها وثقافاتها، ينكمش معها البعد الزماني والمكاني[27]، لتسهل حركة الناس والمعلومات والسلع بين الدول والجماعات على النطاق الكوني[28].

فالعولمة بهذا المفهوم لها آثار إيجابية وأخرى سلبية فالواجب التعامل معها بتوازن وعقلانية[29].

أن المتمعن في هذا التعريف يلاحظ أن عمليات التبادل التي تقتضيها العولمة، تربط أطرافا غير متكافئة من حيث القوة والضعف فبهذا تكون العولمة عمليات ربط وتبادل لمصلحة الأقوياء على حساب الضعفاء[30].

ثانيا: تعريف العولمة باعتبار الاتجاهات العملية الملحوظة لها.

اختلف أصحاب هذا المسلك في تعريفهم للعولمة لا على أساس موقفهم منها، إنما اختلافهم نابع عن وجهة نظرهم وتخصصاتهم من اقتصاديين واجتماعين وإعلاميين وسياسيين، حيث

24- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر العربي، دمشق، 2006، ص 655 و 656.

25- صابر حارص، المرجع السابق، ص 23.

26- نفس المرجع، ص 23.

27- بوزيد سراغني، المرجع السابق، ص 173.

28- صابر حارص، المرجع السابق، ص23.

29- بوزيد سراغني، المرجع السابق، ص 173.

30- صابر حارص، المرجع السابق، ص 24.

يمكن تقسيم تعريفاتهم إلى أربعة مجموعات، تمثل كل مجموعة منها تيارا مستقلا وذلك على النحو التالي[31]:

التيار الأول: يراها حقبة تاريخية لفترة زمنية معينة[32]، فبهذا تكون مرحلة تاريخية ناجمة عن تطور العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بين بلدان العالم[33].

التيار الثاني: يراها انتصار وهيمنة للقيم الأمريكية[34]، فحسب هذا التيار تُعرف على أنها: تعميم النمط الحضاري الأمريكي على جميع بلدان العالم[35].

التيار الثالث: يراها مجموعة تجليات لظاهرة اقتصادية عالمية[36]، فهي حسب هذا الرأي هي جعل النظام الاقتصادي واحد في العالم كله، مما يفيد إزالة الأنظمة الاقتصادية الأخرى[37]، أو هي حرية انتقال السلع والخدمات والأموال والأشخاص من بلد لأخر وذلك بالاستناد للفلسفة الليبرالية[38].

31- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، قضايا المرأة في المؤتمرات الدولية دراسة نقدية في ضوء الإسلام، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الثقافة الإسلامية، جامعة الإمام محمد بنن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، قسم الثقافة الإسلامية، 1423/1422 هـ، ص 107.

32- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع نفسه، ص 107.

33- مصطفى الفاضلي، العولمة القانونية، *ISSN 2605-6496. Journal of the Geopolitics and Geostrategic Intelligence, Vol. 2, No. 3, pp. 16-38, Oct 2019*، ص 20.

34- عبد الجبار رشيد الجميلي، عولمة القانون الجنائي الدولي وأثرها في حفظ الأمن والسلم الدوليين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 75.

35- محمد الأمين سيد المختار شعيب، عالمية الثقافة الإسلامية في عصر العولمة، مقدم إلى مؤتمر مكة المكرمة الخامس عشر، الثقافة الإسلامية.. الأصالة والمعاصرة، الذي نظمته رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 27-30/ سبتمبر/ 2014، رابطة العالم الإسلامي، الأمانة العامة، الإدارة العامة للمؤتمرات والمنظمات، ص 09.

36- عبد الجبار رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص 75.

37- محمد الأمين سيد المختار شعيب، المرجع السابق، ص 09.

38- مصطفى فاضلي، المرجع السابق، ص 09.

التيار الرابع: يرى أن العولمة ثروة تكنولوجية ومعلوماتية واجتماعية عالمية[39]، فيرى متزعموا هذا التيار أنها تعبير عن الثورة التكنولوجية الهائلة التي عرفتها الإنسانية اليوم التي جعلت من العالم قرية كونية واحدة[40].

الفرع الرابع: تمييز مصطلح العولمة عن غيره من المصطلحات المشابهة.

يتداخل مصطلح العولمة مع مصطلحات أخرى ملتبسة به وليست منه، من بينها، "العالمية"، "الأمركة" و"التدويل".

أولا: تمييز العولمة عن العالمية.

على عكس العولمة لقي مصطلح العالمية نوعا من الاتفاق بين الباحثين باختلاف مشاربهم، حيث يمكن تعريف العمالية على أنها: القاسم المشترك بين الأمم والمجتمعات الجامع لها، الناتج عن ثمرة التفاعل الحر والاختياري، بحيث لا تنتفي معها فكرة الخصوصية والمحلية والانتماء[41]، فيقال الأدب العالمي الذي يتميز بالخصوصية الوطنية وفي ذات الوقت تدخل به نزعته الإنسانية إلى مصاف العالمية[42].

أو هي تعبير يطلق ليراد به الدعوة إلى تبني القضايا والهموم المشتركة بين بني البشر، والسعي لتسخير إمكانات العالم لخدمة الإنسانية جمعاء، باعتبارها شركة في هذا العالم[43].

أو هي لفظ للدلالة على التنوع الثقافي والاعتراف بالتبادل في عالم منفتح على بعضه البعض مع احتفاظ كل مجتمع بتنوعاته واختلافاته، وعدم فرض ثقافة معينة على باقي الثقافات، فهي قبول للأخر وقبول للتعايش معه، واحترام خصوصياته الثقافية والحقوقية[44].

39- محمد الأمين سيد المختار شعيب، المرجع السابق، ص 09.

40- مصطفى فاضلي، المرجع السابق، ص 09.

41- محمد عمارة، المرجع السابق، ص 12.

42- نفس المرجع، ص 10.

43- عبد الجبار رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص 77 و78.

44- جمال الدين، عنان، المرجع السابق، ص 53.

من خلال هذه التعريفات المتقاربة، وتعريفات العولمة السابقة يلاحظ أنهما يشتركان في أن كل منهما يحاول جعل الشيء – دين، أدب، ثقافة، لغة، اقتصاد– ذو طابع عاملي، ويفترقان في أمور عديدة –تعطي لكل منهما كيان خاص متميز عن الأخر–، من بينها ما يلي:

من حيث تاريخ المصطلح: مصطلح العولمة حديث إذا ما قورن بنظيره العالمية، حيث يعد تداول هذا الأخير واستعماله سابقا في التاريخ لرواج واستخدام الأول.

من حيث وسيلة كل منهما: العالمية تأتي نتيجة التبادل أو التفاعل الحر والمستنير، بينما العولمة تأتي نتيجة القهر والقسر والفرض والإملاء ولديها في ذلك آليات تختلف باختلاف الجانب المراد عولمته.

من حيث غاية كل منهما: العالمية رسالة إنسانية أخلاقية نبيلة تسعى للنهوض والرقي بأفراد جميع المجتمعات باعتبارهم شركاء في عالم واحد، بينما غاية العولمة لا تقف عند حد معين، وفي مطلع أهدافها الهيمنة على العالم والسيطرة عليه.

إن القول أن مصطلح العالمية مصطلح قديم بالنسبة لمصطلح العولمة يحتاج إلى تدليل، والدليل على ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية استعملوه لوصف الشريعة الإسلامية بأنها شريعة عالمية[45]، واستعمله بعدهم فقهاء القانون عند حديثهم عن نطاق تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان[46].

45– محمد الأمين سيد مختار شعيب، المرجع السابق، ص 10.

46– عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 157.

عالمية الشريعة الإسلامية

مصطلح العالمية أصيل في الشريعة الإسلامية، ورد بأشكال عديدة في القرآن الكريم[47]، حيث جاء لفظ "العالمين" ثلاثا وسبعين مرة في القرآن الحكيم[48]، ويقصد بعالمية الشريعة الإسلامية أن دعوتها جاءت في شكل خطاب عام موجه للبشرية كلها وليس فقط لسكان شبه الجزية العربية –المنطقة التي انطلق منها الإسلام– والدلائل والشواهد على ذلك كثيرة في منها قوله تعالى[49]: (وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا)[50]، وقوله أيضا: (قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا)[51]، وقوله صلى الله عليه وسلم: (كان النبي يبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس كافة)[52].

ما ساعد على إضفاء صفة العالمية على الشريعة الإسلامية مرونة خصائصها المتمثلة في: كونها تعتمد كأساس عام على الوحي الإلهي، الجزاء المترتب عنها دنيوي وأخروي، نزعتها الجماعية، وقبولها للتطور حسب الزمان والمكان[53].

ما يؤكد عالمية الشريعة الإسلامية حجم المنتسبين إليها المنتشرين في جميع أنحاء العالم حيث قُدِرَتْ بما يزيد عن 23% من عدد سكان العالم، النسبة التي أثبتت قدرة الشريعة

47– محمد الأمين سيد مختار شعيب، المرجع السابق، ص 11.

48– صلاح الدين سلطان، المرجع السابق، ص 08.

49– مصطفى الفاضلي، المرجع السابق، ص 21.

50– سبأ، الأية، 28.

51– الأعراف، الآية، 158.

52رواه البخاري،(كتاب الصلاة، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: جعلت لي الأرض)، رقم 438.أبي عبد الله البخاري، الجامع المستند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنة وأياته الشهير بصحيح البخاري، دار البشرى، كراشي باكستان، 2016.ومسلم (كتاب المساجد ومواضع الصلاة)، رقم 532. أبي الحسن مسلم، صحيح مسلم، خادم الكتاب محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1991.

53– عبد الفتاح تقية، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ثالثة للنشر، ط 02، الجزائر، 2011، ص 173.

الإسلامية على التعاطي الإيجابي مع جميع الشعوب والمجتمعات باختلاف ثقافتهم ومعتقداتهم[54].

عالمية النص الجنائي.

يثير القانون بوجه عام وقانون العقوبات بوجه خاص مشكلة نطاق تطبيقه من حيث المكان، التي تحل عن طريق الرجوع إلى مبادئ منها ما هو أساسي ومنها ما هو احتياطي تختلف باختلاف القوانين والتشريعات[55]، ومن المبادئ التي تحكم تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان مبدأ "عالمية النص العقابي"، حيث يقصد به تطبيق قانون العقوبات الوطني على كل جريمة تقع في الخارج يقبض على مرتكبها في إقليمه، بغض النظر عن إقليم ارتكابها وجنسية القائم بها، فيعد مبدأ عالمية النص العقابي بهذا المفهوم صورة من صور التضامن الدولي في مكافحة الجريمة التي تفنن المجرمون في اقترافها بالاستفادة من التطور العلمي الذي شهده العالم اليوم[56].

يؤدي تطبيق مبدأ عالمية النص الجنائي إلى التعارض بين قوانين الدول، إذ يجعل لكل دولة الحق في توقيع العقاب على مرتكبي الجرائم خارج إقليمها وليسوا من رعاياها، فهو يتعارض والسيادة الإقليمية، هذا ما أدى إلى عزوف أغلب التشريعات عن الأخذ به، ويعد قانون العقوبات السوري من بين التشريعات القلائل التي أخذت به، بينما قانون العقوبات الجزائري من بين أغلب التشريعات التي لم تأخذ به[57].

54- محمد الأمين سيد مختار شعيب، المرجع السابق، ص 15 و16.

55- يأخذ المشرع الجزائري بمبدأ إقليمية النص الجنائي(يقصد به تطبيق قانون العقوبات على الجرائم المرتكبة على إقليم الجمهورية الجزائري) كأصل عام وإلى جانب مبدأين احتياطيين، مبدأ شخصية قانون العقوبات (يقصد به تطبيق قانون العقوبات على مرتكب الجريمة المرتكبة من جزائري يجمل الجنسية الجزائري، خارج إقليم الجمهورية الجزائرية، ومبدأ عينية قانون العقوبات (يقصد به تطبيق قانون العقوبات الجزائري على غير الجزائري الذي يرتكب جريمة تمس بكيان الدولة الجزائري خارج إقليمها). عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 131 و148 و154.

56- عبد الله أوهايبية، المرجع نفسه، ص 157.

57- عبد الله أوهايبية، المرجع نفسه، ص 158-159.

ثانيا: تمييز العولمة عن الأمركة.

ذهب الكثير من الباحثين إلى وصف العولمة بالأمركة، ذلك أن الولايات المتحدة الأمريكية تعمل على توظيفها لمصلحتها، إلا أن هذا الخلط وعدم التمييز بين المفهومين يعد من قبيل الخطأ، لأن العولمة ليست من ابتكار الأمريكان وحدهم، –بل ترجع إرهاصاتها إلى ما قبل ظهور الولايات المتحدة الأمريكية– ولا هي لمصلحتهم وحدهم[58].

فالصحيح هو القول بوجود عولمة أمريكية –أي محاولة الولايات المتحدة الأمريكية فرض قيمها في جميع العالم– تعد أحد نوعي العولمة من حيث الجغرافية السياسية، مقابلة للعولمة الأوربية، التي تعد عولمة مضادة ناقدة ومنتقدة للعولمة الأمريكية، ليس دفاعا عن العالم الثالث أو العالم كله، إنما دفاعا عن نفسها من الاجتياح الأمريكي الذي طالها وبقوة[59].

ثالثا: تمييز العولمة عن التدويل.

ارتبط مفهوم التدويل بالعلاقات الاقتصادية التي سادت العالم منذ أواخر القرن التاسع عشر، حينما عقدت فرنسا وبريطانيا عزمها على تحرير التجارة الدولية[60]، إذن فمصطلح التدويل يفيد جعل قضية من القضايا محور اهتمام وتدخل عدة دول[61]، هذا ما يقتضي أن تكون الدولة هي الفاعل الرئيسي في العلاقات الدولية، على عكس العولمة التي تمتد على مستوى العالم دون اعتبار للحدود الجغرافية أو السيادة الدولية[62].

58– مصطفى الفاضلي، المرجع السابق، ص 22.

59– صابر حارص، المرجع السابق، ص 36–37.

60– مصطفى فاضلي، المرجع السابق، ص 22.

61– عبد الجبار رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص 80.

62– مصطفى الفاضلي، المرجع السابق، ص 23.

الفرع الثاني: أنواع العولمة.

أجمع الفقهاء على منطلق العولمة الاقتصادي[63]، بهذا يكون أول نوع من أنواعها، العولمة الاقتصادية، وإلى جانبها هناك أنواع أخرى لها، من بينها وأهمها العولمة الاجتماعية، السياسية، والثقافية، والتساؤل المطروح هنا يدور حول مدى وجود عولمة قانونية.

أولا: العولمة الاقتصادية.

تجدر الإشارة إلى أن العولمة الاقتصادية هي أصل العولمة وأكثر أنواعها وضوحا وتركيزا[64] واكتمالا وتحققا على أرض الواقع[65]، وأول بداية لها كان في جانبها الاقتصادي[66]، ولقد عَرَفَ صندوق النقد الدولي – وهو أحد أقطاب العولمة – العولمة[67] قاصدا العولمة الاقتصادية على أنها: "التعاون الاقتصادي المتنامي لمجموع دول العالم، الذي يحتمه ازدياد حجم التعامل بالسلع والخدمات، وتنوعها عبر الحدود، إضافة إلى تدفق رؤوس الأموال الدولية، والانتشار المتسارع للتقنية في أرجاء العالم كله"[68].

ويحاول أحد الفقهاء تعريف العولمة الاقتصادية بقوله هي: "حقبة التحول الرأسمالي العميق للإنسانية جمعاء في ظل هيمنة دول المركز وبقيادتها وتحت سيطرتها، في ظل سيادة نظام عالمي للتبادل غير المتكافئ"[69]. بمعنى أدق يقصد بها نشر القيم الغربية في مجال الاقتصاد[70] عن طريق التركيز على تعميم مبدأ حرية التبادل والتجارة بين الدول[71] وما يتفرع عنه من الزيادة

63- بوزيد سراغني، المرجع السابق، ص 174.

64- سميح الحسن، المرجع السابق، ص 07.

65- أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، العولمة الاقتصادية وتأثيرها على الدول العربية، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد السادس والثمانون، 2011، ص 66.

66- صابر حارص، المرجع السابق، ص 38.

67- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 112.

68- محمد الامين سيد المختار شعيب، المرجع السابق، ص 09.

69- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، ص 31.

70- أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، المرجع السابق، ص 66.

71- عبد الجبار رشيد الجميلي، المرجع السابق، ص 76.

في حجم ونشاطات الشركات المتعددة الجنسيات[72]، التي تتساوى مع المنظمات الاقتصادية الدولية[73]، وتقنية الإعلام والدعاية من حيث كونهم آلية من آليات العولمة الاقتصادية[74].

حيث يقصد بالشركات المتعددة الجنسيات تلك المشاريع العملاقة التي ترجع ملكيتها لأشخاص من جنسيات متعددة، ويؤول أمر إدارتها إلى أشخاص من جنسيات متعددة هو الأخر، كما تمارس نشاطها في بلدان أجنبية متعددة، فالمبدأ الذي تقوم عليه التعدد، ويشذ عنه مسألة صياغة سياسية هاته الشركات الذي يقتضي وضع إستراتيجيتها وخطة عملها، حيث يتم على مستوى مركزي متواجد في دولة معينة تسمى الدولة الأم، فبهذه المقومات أصبحت الشركات المتعددة الجنسيات أحد أقطاب العولمة الهامة تتحكم في اقتصاديات العالم بأسره[75].

حيث زاد عددها واتسع نشاطها وتنامى دورها، لتُحَوِلَ العالم كله إلى سوق عالمية واحدة خاضعة لسيطرتها، ففي تقرير لمنظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عام 1995 كان هناك 7000 شركة متعددة الجنسيات عام 1970، التي زادت إلى 37000 شركة عام 1995، لها 200 ألف فرع في العالم، يعمل بها 73 مليون شخص، وتدير سيولة بمقدار 5000 مليار دولار[76].

أما عن المنظمات الدولية الاقتصادية فتتمثل أساسا في صندوق النقد الدولي والبنك الدولي من جهة، ومنظمة التجارة العالمية من جهة أخرى، حيث تم إنشاء كل من الصندوق الدولي والبنك الدولي سنة 1994 على إثر مؤتمر "بريتونوودز" بمبادرة أمريكية بعد إدراكها أنها القوة العسكرية والاقتصادية في عالم متشكل من دول أنهكتها الحرب العالمية الثانية، لتضمن

72- عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 102.

73- أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، المرجع السابق، ص 70.

74- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، ص 43.

75- بن مقرة جنات، آليات العولمة الاقتصادية وأثرها على السيادة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، م 28 ع 01، ص ص 395-405، 2017، ص 397.

76- أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، المرجع السابق، ص 71.

استمرارية هذا التفوق والتميز ولتجعل العالم برمته أمريكيا[77] من خلال الدور الفعال والمؤثر في حركة الاقتصاد العالمي الذي أنيط بهاتين المنظمتين[78]، حيث أنيط بصندوق النقد الدولي مهمة الإشراف على السياسات النقدية الدولية وتسهيل استقرار أسعار صرف العملات، بينما أنيط بالبنك الدولي إدارة السياسات المالية الدولية[79].

أما منظمة التجارة العالمية فهي هيئة دولية تأسست سنة 1995 بعد عدة مفاوضات لتحل محل "الجات"[80]، هدفها الرئيسي تحقيق فكرة حرية التجارة العالمية[81]، عن طريق سنها لقواعد تجارية دولية غرضها خفض الحواجز الجمركية على التجارة الدولية، في جميع ميادينها كرفع الدعم الحكومي عن المنتجات الزراعية والملابس والمنسوجات والسلع الصناعية وغيرها، وتخفيض الرسوم عن حركتها نحو الأسواق[82].

وتخضع هذه المؤسسات الثلاث للسيطرة التامة من طرف الدول الصناعية التي توجهها لتحقيق مصالحها الاقتصادية من جهة، وإضعاف نفوذ دول العالم الثالث[83]، مما يجعل هذه الأخيرة تابعة وخاضعة لغيرها من الدول القوية في جميع ميادين الحياة[84].

77- بن مقرة جنات، المرجع السابق، ص 398.

78- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، ص 43.

79- أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، المرجع السابق، ص 70.

80- "هي إتفاقية دولية أو معاهدة دولية متعددة الأطراف وقعتها 86 دولة في عام 1948، وتم عقد 7 جولات أخرى من المفاوضات، حول تحرير التجارة العالمية وبها شق حماية الملكية الفكرية لكافة المنتجات في مختلف أنحاء العالم، وتمت هذه الاتفاقية من خلال مفاوضات شاقة انتهت إلى ضرورة رفع الحواجز المختلفة أمام انتقال وتدفق السلع بين مختلف البلدان، وأهمها الحواجز الجمركية، وكذلك نشر مفهوم التجارة الحرة لمواجهة مبدأ الحمائية الذي ساد في القرن الماضي، وذلك من أجل رفاهية البشرية في ظل عالم القرية الواحدة" إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، المرجع السابق، ص 172.

81- بن مقرة جنات، المرجع السابق، ص 399.

82- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، ص 44.

83- أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، المرجع السابق، ص 70.

84- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، ص 44.

ثانيا: العولمة السياسية.

يمكن تعريف السياسة بأنها: مجموعة الوسائل التي يستطيع من خلالها بعض الأفراد والجماعات السيطرة وتنظيم الأوضاع أكثر من الآخرين[85]، أما العولمة في جانبها السياسي فهي وضع حد لسيطرة الدولة الوطنية في تنظيم شؤونها الداخلية والحدودية، بحيث تصبح تلك الدولة معدومة أو منقوصة السيادة[86]، بتعبير أخر يقصد بالعولمة السياسية: الدعوة إلى اعتماد الديمقراطية وحقوق الإنسان والحريات الفردية[87]، حيث أصبحت هذه المواضيع محل اهتمام الدول الكبرى تتدخل بسببها في شؤون غيرها من الدول الأخرى[88].

تطرح العولمة السياسية بهذا المفهوم تساؤلا حول دور الدولة والحاجة إليها من عدمها[89]، فبعد انهيار المعسكر الشرقي وانفراد المعسكر الغربي بالسيطرة على العالم، جاءت العولمة في ثوبها السياسي لتمحو الإرادة الوطنية المستقلة للشعوب والدول، فالعولمة السياسية تتناقض مع وجود دولة وطنية مستقلة ذات سيادة[90]، هذا ما تم نسبيا حيث أصبحت لا تتحكم بصورة فعلية في سلطة اتخاذ قراراتها، ولم تعد هذه الأخيرة تُأصل على اعتبار المصالح القومية[91].

85- إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، المرجع السابق، ص 279.

86- أشرف غالب أبو صالحة، تأثير العولمة السياسية على الوطن العربي (1991-2011)، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، قسم العلوم السياسية، ص 64.

87- عبد الجبار رشسد الجميلي، المرجع السابق، ص 76.

88- أشرف غالب أبو صالحة، ص 65.

89- غربي عزوز، العولمة وحركة حقوق الإنسان: التجليات والتحديات، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة الجلفة، الجزار، ع 03، م 02، ص ص 136-149، 2014، ص 131.

90- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 659.

91- القومية: "يشير إلى انتماء جماعة بشرية واحدة لوطن واحد شريطة أن يجمعها تاريخ مشترك ولغة واحدة وثقافة مشتركة في أرض الوطن والشعور بالمصير والأهداف والمسؤوليات المشتركة لجميع المواطنين، والقومية عبارة عن شعب Ethnos وشعور متبادل بين الأفراد يجعلهم متأثرين في عواطفهم وسلوكهم بفكرة الولاء والانتماء لأرض معينة، ولديهم شعور بالجماعية Togetherness وقيمة هذه الجماعة وفضائلها، وقد يؤدي هذا الغلو في التطرف في الوطنية Chauvinismوكذلك الخوف من الأجانب والغرباء Xenophobia ولكن الشعور القومي يوحد الجماعة للدفاع عن مصالحا ومستقبلها." إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، المرجع السابق، ص 362 و 363.

بل أصبحت قراراتها متأرجحة تحاول التوفيق بين المصلحة الذاتية ومصالح الغير – المستفيدين من العولمة– الذين قد يكونوا دولا، شركات متعددة الجنسيات أو منظمات دولية[92].

ثالثا: العولمة الاجتماعية.

قيل في العولمة الاجتماعية أنها جاءت نتيجة الصراع والاختلاف الذي عانت منه البشرية منذ الأزل، ليحاول الإنسان الوصول لمرحلة يسود فيها التقارب والتناغم والتوافق والمصالحة بين شعوب العالم المختلفة[93]، لتكون جميع قضايا الإنسانية مشتركة، هذا ما أدى إلى بروز مجتمع مدني عالمي من خلال التزايد الملحوظ للمنظمات الدولية غير الحكومية المتزامن لظهور العولمة[94]، فالعولمة الاجتماعية بهذا تعد ظاهرة رحيمة جاءت نتيجة التطور العلمي الذي عرفه الإنسان اليوم المتمثل في سرعة الاتصال بين أقطار العالم وسرعة تبادل المعلومات عن طريق استغلال للتكنولوجيا الحديثة[95].

وحقيقة الأمر أن العولمة الاجتماعية هي محاولة القضاء على العادات والتقاليد وأنماط العيش لدى الشعوب وإحلال العادات والتقاليد والأعراف الغربية محلها[96]، فطبقا لهذا المفهوم جاءت العولمة الاجتماعية معارضة لفكرة الدين بوجه عام لما لهذا الأخير من تأثير وارتباط لدى نفوس الناس، ويزداد هذا التعارض إذا تعلق الأمر بالدين الإسلامي الحنيف، وبوصف الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع. فهي من أولويات مؤامرة العولمة.

من الوسائل التي تستخدمها العولمة للتحكم في الحياة الاجتماعية للأفراد والشعوب، المؤتمرات الدولية في مجال المرأة والشباب والأطفال والسكان والتنمية[97]، وما ينبثق عنها من

92– عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 108.

93– صابر حارص، المرجع السابق، ص 59.

94– رمضان زبيري، العولمة والحكامة –مقاربة نحو فهم تشبيك الحكم في العالم–، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، ع 02، م 18، ص ص 236– 252، ص 242.

95– عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 112.

96– وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 659.

97– إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، ص 60.

توصيات ومواثيق وإعلانات دولية لتصبح فيما بعد شارعة تلزم كافة الدول، كما يتم استعمال مختلف طرق الضغط للانضمام إليها وإلزام الدول بما جاءت به سواء وافقت مرجعيتهم وعاداتهم وتقاليدهم أم خالفتها.

رابعا: العولمة الثقافية.

الثقافة لغة: مصدر ثقف، وهذه المادة تدور في كتب اللغة حول معان[98]: الحذق وتقويم المعوج من الأشياء والتسوية والتأديب والتهذيب، ويقصد بالثقافة عموما الوعاء الذي يحتوي عقائد، سلوكيات، أخلاق، قوانين، عادات، فنون، تَمَيَزَ بها شعب عن غيره من الشعوب الأخرى[99]، ومنه الثقافة الإسلامية التي تعرف على أنها: "جملة العقائد والأحكام والتصورات والتشريعات والمبادئ والعوائد والفنون والآداب والعلوم والمخترعات التي تشكل شخصية الفرد وهوية الأمة وفق أسس وضوابط الإسلام"[100].

لا مبالغة في القول أن الثقافة هي إحدى الساحات الهامة التي تتجول فيها العولمة[101]، حتى قال البعض أن العولمة الثقافية هي الهدف النهائي[102]، وما العولمة الاقتصادية والسياسية إلا وسائل للوصول إليها، وإن منزلة الثقافة من العولمة هي منزلة الرأس من الجسد[103]، حيث يقصد بالعولمة الثقافية الإخلاص لثقافة واحدة يتعين على الفرد والمجتمع تبنيها[104]، وهذا ما يتم عن طريق فرض نموذج الأقوى ماديا وعسكريا وتكنولوجيا بجميع الطرق[105] الرسمية وغير

98- اسماعيل على محمد، العولمة الثقافية وموقف الإسلام منها، دار تنوير، ط 02، د ب ن، 2007، ص 10.

99- عجة الجيلالي، مدخل إلى العلوم القانونية، ج 1 نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام L M D، دار برتي، الجزائر، 2009، ص 36.

100- محمد الأمين سيد مختار، المرجع السابق، ص 6.

101- مليكة مخلوفي وسهايلية حمزة، المرجع السابق، ص708.

102- محمد الأمين سيد مختار، المرجع السابق، ص 708.

103- محمد الأمين سيد مختار، الرجع السابق، ص 10.

104- صابر حارص، المرجع السابق، ص 49.

105- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 657.

الرسمية، الأولى عبر الأمم المتحدة ومؤتمراتها[106]، والثانية عن طريق الإعلام بما يحمل من منافع ومضار[107]. شأنها في ذلك شأن العولمة الاجتماعية.

العولمة الثقافية أخطر أنواع العولمة على الإطلاق، ذلك أنها تعمل على إلغاء الخصوصية وإعدام القيم الاجتماعية واستبدالها بقيم جديدة[108]، وإذا كانت أغلب الشعوب لا تقدس قيما معينة أنما تتعامل معها على أنها مجرد أعراف ومنافع، فإن المتضرر الأكبر من العولمة الثقافية من يدين بدين سماوي وفي طليعتهم من يدين بالدين الإسلامي[109].

إن العولمة الثقافية تحاول النيل من القيم حول الهوية[110]، الرغبة والحاجة، أنماط الاستهلاك في الذوق والمآكل والملبس، وصبغها بصبغة عالمية واحدة[111]، وليست المرأة ببعيدة عن مؤامرة العولمة الثقافية لتبلغ الهدف المنشود المتمثل في الأسرة خاصة إذا كانت مسلمة.

المطلب الثاني: مفهوم عولمة أحكام الأسرة.

تم التوصل فيما سبق أن العولمة فرضت نفسها في جميع المجالات لتفرز أنواعا مختلفة تبعا لمجلات عديدة، والسؤال المطروح هنا حول مدى وجود عولمة قانونية، لها كيان مستقل وخاص يميزها عن غيرها من أنواع العولمة، لذلك خصص هذا المطلب للبحث عن علاقة العولمة بالقانون بوجه عام، وعلاقة العولمة بأحكام الأسرة بوجه خاص، حيث احتلت الأسرة مساحة معتبرة من جل تشريعات العالم في سبيل تنظيمها والعناية بها، ويختلف موقف التشريعات في ذلك فأغلب التشريعات التي تعمد نظام القانون المدني كفرنسا وتركيا لم تفردها

106- عمرو عبد الكريم سعداوي، العولمة وقضايا المرأة، بحث مقدم لمؤتمر قضايا المرأة المعاصرة من منظور إسلامي، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإنسانية بالقاهرة، 31 مارس – 2 أبريل 2001، ص 16.

107- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، ص 440.

108-عثمانية لخميسي، المرجع السابق، ص 120.

109- سميح الحسن، المرجع السابق، ص 06.

110- الهوية مأخوذة من "هو .. هو" بمعنى أنها جوهر الشيء وحقيقته الذي لا يتغير ، فهوية الإنسان أو المجتمع أو الحضارة، هي جوهره وحقيقته التي لا تتغير. محمد عمارة، المرجع السابق، ص 06.

111- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 658.

بتقنين مستقل، إنما نظمت أحكاها بين ثنيا القانون المدني، بينما أغلب الدول العربية والإسلامية فلقد نظمت مسائل الأسرة بموجب قوانين مستقلة عن القانون المدني، من ذلك المشرع الجزائري الذي أصدر قانون يعني بتنظيم الأسرة سماه قانون الأسرة.

وفيما يلي البحث عن مفهوم لعولمة القانون بوجه عام، ثم البحث عن مفهوم أحكام الأسرة في التشريع الجزائري، وأخيرا البحث عن مسببات عولمة أحكام الأسرة.

الفرع الأول: تعريف عولمة القانون.

يستعمل لفظ "قانون" للدلالة على قاعدة أو قواعد مطردة تحمل معنى الاستمرار والاستقرار والنظام، لذلك يتداول هذا المصطلح في مجالات عدة، فيقال قانون الكون ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار، ويقال قانون الجاذبية الأرضية ويراد به القاعدة التي تقضي بانجذاب الأجسام وسقوطها[112]، ويقال قانون العرض والطلب ويراد به القواعد التي تنظم أسعار المبيعات والخدمات وغيرها[113]، عن طريق الربط بين الكمية المعروضة والكمية المطلوبة من السلع[114]، ومع هذا فلقد أن رُصد مصطلح قانون في القواميس والمعاجم والمؤلفات للدلالة على مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع[115]، التي تتميز عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى بمجوعة من الخصائص متمثلة في كونها قاعدة سلوك اجتماعي، قاعدة عامة ومجردة، قاعدة ملزمة ومقترنة بجزاء.

اختلف المفكرون والفلاسفة في تكييف القانون فمنهم من قال أنه علم، ومنهم من قال أنه فن ومنهم من قال أنه معرفة ومنهم من قال أنه ثقافة[116]، وأغلبهم على أنه علم يندرج تحت

112- حسن كيره، المدخل إلى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، الجزء الأول، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 11.

113- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 21.

114- أ. لحسين بن شيخ آث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، الكتاب الأول: النظرية العامة للقانون، دار هومة 2017، ص 13.

115- حسن كيره، المرجع السابق، ص 11.

116- عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 27.

مظلة العلوم الاجتماعية، فطبقا لغالبتهم يرتبط القانون بمختلف العلوم الاجتماعية، وعلى رأسها العلوم السياسية والعلوم الاقتصادية[117]، بطريق أخر يرتبط القانون بطريقة أشد الارتباط بأنواع العولمة السابقة –عولمة اقتصادية، سياسية، اجتماعية وثقافية.– هذا ما يفتح المجال لوجود عولمة قانونية لتقاطع القانون مع أنواع العولمة الأخرى، ولتقاطع أنواع العولمة مع بعضها البعض. فما معنى عولمة القانون وما هو تعريفها؟

قبل الحديث عن مفهوم عولمة القانون، لابد من الإشارة إلى أن إطلاق لفظ "قانون" بالمعنى السابق يفهم منه عدة معان، فقد يطلق ليفهم منه القانون الطبيعي ويقصد به مجموعة القواعد الأزلية الإلهية المودعة في الكون المستخلصة عن طريق العقل البشري، وقد يطلق ليقصد به القانون الوضعي الذي يتميز بأنه مجموعة القواعد السارية المفعول في مجتمع معين[118]، الذي يختلف باختلاف مصادره –وإن كان في جملته صادرا عن الدولة– فقد يكون تشريعا، وقد يكون دينا وقد يكون عرفا...، ويعد التشريع في الزمن الحالي أهم مصادر القانون على الإطلاق[119]، لذلك يطلق لفظ قانون للدلالة على التشريع[120]، ووصف القانون المضاف للعولمة في هذا المجال ينصرف معناه حسب الإطلاق الأخير، بمعنى إذا قيل عولمة القانون فهم من ورائها العولمة التشريعية[121].

أما عن معنى عولمة القانون فرغم اهتمام بعض الدراسات القانونية بها، التي حاولت التقعيد والتأصيل لها، إلا أن قلة منها من قدمت تعريفا ولو مختصرا[122]، فمن بين الفقهاء من

117– نفس المرجع، ص 37.

118– علي فيلالي، المرجع السابق، ص 21.

119– سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف حزى وشركاه، الإسكندرية، 1973، ص 293.

120– حسن كيره، المرجع السابق، ص 12.

121–على الصاوى، الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي نظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي –**برنامج الحكم في الدول العربية** (–program on governance in the Arab Region PRGAR)، بالتعاون مع **مجلس النواب اللبناني**، ورشة عمل حول تطوير نموذج الصياغة التشريعية للبرلمانات العربية بيروت 3–6 شباط/ فبراير 2003، ص 03.

122– جمال الدين عنان، المرجع السابق، ص 50.

يعرفها مستنتجا تعريفه من خلال أنواع العولمة المختلفة بقوله: "عولمة القانون تعني ببساطة عملية توحيد القوانين وجعلها عالمية الطابع تشريعا وتنفيذا وتطبيقا (قضائيا) وخاصة ما تعلق منها بالقوانين الناظمة لمسائل التجارة وحقوق الإنسان وتدفق الأموال وغيرها وهذا بعد ما تم دسترة جل النظم السياسية"[123]، حيث يقصد بدسترة النظام السياسي جعله يقوم على قانون أساسي يتولى تبيان نظام الحكم في الدولة من خلال تنظيمه لمبدأ الفصل بين السلطات، وكذا تبيان ضمانات احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية[124].

عند قراءة هذا التعريف والتمعن فيه، يتم تسجيل بعض الملاحظات، تتمثل في الآتي:

- ✓جَعَلَ هذا التعريف من فكرة "توحيد القوانين" جوهر عولمة القانون، مما يفيد بوضوح عدم تحققها بعد، بل ومازالت بعيدة المنال، لكون معالم عملية التوحيد لم تبرز على أرض الواقع، وهذه النتيجة تتعارض مع ذهب إليه الكثير من فقهاء القانون، من خلال قولهم أن عولمة القانون تحققت فعلا، أو على الأقل هي في طريقها للتحقق[125].
- ✓القول بأن عولمة القانون توجب توحيد القوانين وجعلها عالمية فيه نوع من المبالغة، ذلك أن الإنسانية لم تصل للمرحلة التي تندمج فيها الدول في كيان واحد[126]، ناهيك على أن هذا القول يفترض وجود هيئة تعلو فوق الدول تسن هذه القوانين العالمية، ولا وجود لحكومة عالمية ولا لسلطة تشريعية عالمية[127].
- ✓القول بأن عولمة القانون تشمل أيضا القضاء فيه شيء من المبالغة، الأمر الذي لم يتحقق بعد، ولا يعد وجود هيئات قضائية دولية من قبيل عولمة التطبيق القضائي للقاعدة القانونية، لأن سبب وجود هذه الهيئات يرجع لاتفاق أفراد المجتمع

123- مبروك غضبان، التصادم بين العولمة والسيادة (حقوق الإنسان نموذجا)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، ع 06، م 01، ص ص 35-94، 2009، ص 61.

124- مبروك غضبان، المرجع نفسه، ص 92.

125- جمال الدين عنان، المرجع السابق، ص 51.

126- نفس المرجع، ص 51.

127- مصطفى الفاضلي، المرجع السابق، ص 25.

الدولي، أضف إلى ذلك أن ولايتها لست عامة، فهي مقتصرة في مجال معين أو نوع واحد من القضايا، فالمحكمة الجنائية الدولية مثلا لا تفصل إلا في الجرائم المتصلة بالحرب أو العدوان أو الجرائم ضد الإنسانية أو جريمة الإبادة الجماعية، مما ينم على أن اختصاصها النوعي محدود بهذه الجرائم، كما أن ولاية الفصل لا تؤول إليها إلا إذا قبلت الدولة بذلك.

✓ما يعاب على التعريف السابق أيضا محاولته حصر مجالات عولمة القانون المهمة، فبدأ بمسائل التجارة، فحقوق الإنسان وتدفق الأموال، ليفتح الباب في الأخير لجميع المجلات التي يمكن أن تتداخل وتشتبك بالقانون.

✓عدم إشارة التعريف للآليات والوسائل التي تتم عن طريقها عولمة القانون[128].

✓أضف إلى ذلك أن هذا التعريف أقر فكرة عولمة القانون بعد تمام دسترة النظم السياسية مباشرة، وهذا فيه شيء من الخلط وعدم الدقة، ذلك أن مسألة دسترة النظم السياسية فكرة تقليدية إذا ما قورنت بفكرة العولمة بوجه عام، وبعولمة القانون بوجه خاص.

تجنبا لهذه الانتقادات أقترح أحد الفقهاء تبني نفس التعريف السابق مع استبدال مصطلح "توحيد" بمصطلح يقترب منه وليس ذاته، كالقول "تقريب" أو "ملائمة" أو "التوفيق" بين مختلف التشريعات[129]، وهذا الرأي يقترب من تعريف أخر مقترح لعولمة القانون، حيث يعرفها على أنها: "مقدار ما يجمع بين بلدان العالم من القواعد القانونية التي تفرضها المنظمات العالمية، طوعا أو كرها"[130].

واضح من التعريف الأخير أنه يفارق الأول في القاسم المشترك بين تشريعات الدول الذي تتحقق به عولمة القانون، فالأول يرى أنها تفترض القضاء على فكرة التمايز والاختلاف بين

128- جمال الدين عنان، المرجع نفسه، ص 51-52.

129- نفس المرجع، ص 52.

130- مصطفى الفاضلي، المرجع السابق، ص 25.

تشريعات الدول، هذا ما يظهر من خلال عبارة "عملية توحيد القوانين"، فبهذا تتعارض عولمة القانون مع خصوصية التشريعات الوطنية، في حين أن التعريف الثاني يرى أن عولمة القانون تتحقق بوجود مقدار محدد من القوانين تشترك فيه تشريعات العالم، هذا ما يظهر من خلال عبارة "مقدرا ما يجمع بين بلدان العالم من القواعد القانونية"، ولا تسلم عولمة القانون من شبهة وقوفها ضد خصوصية التشريعات الوطنية حتى في ظل هذا التعريف، ذلك المقدار المشترك بين الدول قد يتحقق عن طريق ودي ملؤه الرضا والقبول، كما قد يوجد عن طريق ملتوي ملؤه الإرغام والقهر.

كما أن التعريف الثاني تميز بميزة عدها البعض قصور ونقص افتقر إليه الأول، آلا وهي مسألة الجهة الفعالة في عولمة القانون، حيث أشار إلى أن المنظمات الدولية كجهة تعمل على تحقيق العولمة في جانبها القانوني، ليأتي فقيه أخر محاولا التأصيل لفكرة عولمة القانون، من خلال تعريفها تعريفا عرضيا عند حديثه عن عولمة التشريع بقوله "... فالعولمة التي بدأت اقتصادية وانحرفت إلى المضامين السياسية يتم مدها اليوم إلى الهوية الحضارية (بدعاوى التنافسية الاقتصادية والتقدم التقني، وتحت مظلة المشروعية الدولية) بحيث تصبح "التشريعات" الدولية أرقى من الوطنية درجة وتفرض سموها عليها وتجُبها إذا واجهتها وتتجاوزها إذا تصارعت معها وتجهضها إذا قاومتها، وحيث أصبح تشريع الدول"القادرة" نموذجا لتشريعات الدول الأخرى،..."[131].

فالمتأمل في هذا التعريف يراه يتفق مع التعريفان السابقان، وإن كان يتميز عليهما بالوضوح وانسجامه مع مفهوم العولمة بوجه عام، فإذا كانت العولمة باختصار تحمل معاني الفرض والقهر والإملاء في المجال الاقتصادي، كما حصل فعلا مع انتشار ورواج النظام الليبرالي، لتتعداها لغيرها من المجلات الأخرى، فالقانون وإن شئت قل التشريع ساحة خصبة تساعد العولمة على النماء والازدهار لما له من دور مهم في تنظيم حياة الأفراد في مختلف المجالات

131- على الصاوى، المرجع السابق، ص 04.

التي تعد من أولويات العولمة، فيمكن القول بوجود عولمة قانونية توصف بأنها حرب غير عسكرية بقيادة الدول القوية (عسكريا، اقتصاديا، إعلاميا...) ضد تشريعات دول أخرى ضعيفة، الغرض منها إنشاء أو تعديل أو إلغاء قوانين، وسيلتها الرسمية في ذلك ما يعرف بالمعاهدات الدولية التي تتميز بأنها أعلى درجة من التشريعات الداخلية طبقا للمبدأ المشهور "سمو المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام"[132].

إذن وجب التسليم بوجود عولمة قانونية تغطي جميع المجالات التي يمكن للقانون أن يشغلها، سواء كانت متعلقة بالتجارة الدولية والمحلية، أو بالمسائل الجنائية أو بالحقوق والحريات...، وهذه الدراسة تعني بالبحث عن العولمة في نطاق معين من سماء القانون والمتمثل في الأحكام القانونية للأسرة بما تشمله من حقوق وحريات.

الفرع الثاني: تعريف أحكام الأسرة.

أولا: تعرف أحكام الأسرة باعتبار مفرديها:

01/ تعريف أحكام: أحكام جمع حكم، والحكم لغة هو: القضاء[133]، أما في علم القانون هو أحد عناصر القاعدة القانونية، حيث تنقسم هذه الأخيرة إلى فرض وحكم، ويقصد بالفرض: الواقعة التي إن تحققت ترتب عنها أثر معين، بينما الحكم هو الظاهرة التي تتولد عن الفرض، بمعنى أنه النتيجة أو الأثر الذي يرتبه القانون على تحقق الفرض[134]، وكمثال لتوضيح إليك تحليل المادة 53 مكرر من ق أ ج: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، فالفرض في هذه القاعدة هو صدور حكم بالتطليق لصالح المرأة مع تحقق ضرر لها، والحكم هو إلزام الزوج بالتعويض لجبر الضرر.

132- راجع في ذلك: فيصل بدري و خالد عطوي، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، م 07، ع 03، ص ص 320-331، 2014.

133- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، مرتب ترتيبا ألفبائيا وفق أوائل الحروف، نسخة منقحة وعليها تعليقات الشيخ أبو الوفا نصر الهوريتي المصري الشافعي، راجعه واعتنى به أنيس محمد الشامي و زكريا جابر أحمد، دار الحديث القاهرة، 2008، ص 289.

134- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون نظرية الحق، دار العلوم، عنابة، 2006، ص10.

والحكم بهذا المعنى يترادف ومصطلح "الخطاب" في لسان فقهاء القانون[135]، والحكم أو الخطاب الذي تتضمنه القاعة القانونية، ثلاثة أنواع فقد يكون حكم آمر، وقد يكون حكم ناه، وقد يكون حكم تخييري[136]، فالآمر هو خطاب في صيغة أمر والناهي يكون في صيغة نهي، والتخييري يكون في صيغة إباحة[137]، ومثال الحكم الآمر، الحكم المنصوص عليه في المادة 53 السابقة، ومثال الحكم الناهي غالبية أحكام قواعد قانون العقوبات التي تبين الجرائم الإيجابية المفترض في أي شخص عدم إتيانها، ومثال الحكم التخييري الحكم المنصوص عليه المادة 54 من قانون الأسرة التي تعطي الحق للزوجين في تحديد مقابل الخلع.

مع هذا قد لا يتضمن الحكم أمرا أو نهيا أو تخييرا، إنما قد يتضمن تحديد مواصفات مركز قانوني معين، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 07 من ق أ ج: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، فهذا النص لا يتضمن لا طلبا بالأمر أو النهي ولا تخييرا، إنما تضمن تبان مركزا قانونيا، متمثل في اكتمال أهلية الزواج بالنسبة لكل من الرجل والمرأة بتمام بلوغ سن 19 سنة، فهو ينهى بصفة غير مباشرة على عدم إبرام الزواج دون بلوغ سن 19 سنة[138].

تجدر الإشارة إلى أن نظرية الحكم في العلوم القانونية ليست أصيلة في هذا الفن، إنما هي مقتبسة من كتب أصول الفقه الإسلامي، ذلك العلم الجليل الذي يعد أحد إنجازات الحضارة الإسلامية، هذا ما نتج عنه عدم اهتمام فقهاء القانون به، على عكس فقهاء أصول الفقه الإسلامي الذين اعتنوا بنظرية الحكم الشرعي حيث خصصوا لها كتابا كاملا من كتب أصول الفقه الإسلامي[139].

135- أ.لحسين بن شيخ آث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، ص 33.

136- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 11 و12.

137- أ.لحسين بن شيخ آث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، ص 34 و 35.

138- أ.لحسين بن شيخ أث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، ص 36 و 37.

139- راجع: - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 01، ط 02، دار الفكر، دمشق، 1998، ص 33 وما يليها.

02/ تعريف الأسرة: الأسرة في اللغة بالضم الدرع والحصينة، أو هي أقارب الرجل من قِبَلَ أبيه، وهي مشتقة من أسر، التي تدل على الشد والقيد[140]، ولم يُذكر لفظ الأسرة في القرآن الكريم، ولم يستعمله فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، والمعروف عندهم هو أنها:لفظ يطلق على الرجل ومن يعولهم من زوجة وأوصل وفرع، وهذا المعنى يعبر عنه ب آل، أهل، عيال[141]، والأسرة عند المعاصرين من فقهاء الشريعة ثلاثة أنواع، صغرى تشمل الزوجين والأولاد، وسطى وتشمل الدرجة الثانية من الأقارب، لتضم الآباء، الأجداد، الإخوة، الأعمام، الأخوال، وكبرى تشمل المجتمع الإسلامي برمته من جيران وأصدقاء وإخوان في الدين[142].

أما من وجهة النظر القانونية فمصطلح الأسرة متداول الاستعمال، فمن بين المواثيق الدولية التي أتت على ذكره، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 3/16 التي تنص على أن: (الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها الحق في التمتع بحماية المجتمع والدولة)[143]، وكذلك المشرع الجزائري استعمله في أكثر من موضع في أكثر من قانون، حيث عرفها في نص المادة 32 ق م ج على أنها: (تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد)، ليأتي ويوضح معالمها أكثر في نص المادة 02 من ق أ ج التي تنص: (الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجميع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة).

عند المقارنة بين التعريفين القانونين يلاحظ أن التعريف الذي جاء به قانون الأسرة أوسع نطاقا من التعريف الذي جاء به القانون المدني، فهذا الأخير يرى في الأسرة التجمع الذي يضم أفراد تجمع بينهم قرابة الدم، ويضيف لها قانون الأسرة سببا أخرا متمثل في الزوجية،

140- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، المرجع السابق، ص 54.

141- الموسوعة الفقهية، ج 04 استعاذة- اشتهاء، ط 02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1985، ص 223.

142- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ط 04، دار الفكر، دمشق، 2008، ص 20.

143- الطاهر ياكر، مطبوعة محاضرات بعنوان حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020، ص 09.

فتعريف القانون المدني للأسرة أقرب ما يكون تعريف للحمة النسب أكثر منه تعريف للأسرة. فالأصح هو ما جاءت به المادة 02 من قانون الأسرة، وبهذا يكون المشرع قد مال إلى تبني النوع الثاني من أنواع الأسرة في الفقه الإسلامي، المتمثل في الأسرة الوسطى التي تضم كل من الزوجين والأقارب.

ثانيا: تعريف أحكام الأسرة باعتبار العَلَمِيَةُ.

عند تركيب مفردات "أحكام الأسرة" يظهر بجلاء معناها العَلَمي، فهي الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب عنها من مفاعيل قانونية، فالمراد بها من الناحية القانونية مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم أعضاء في مؤسسة واحده تجمع بينهم علاقة نسب أو مصاهرة[144].

وأحكام الأسرة بهذا المعنى ترادف اصطلاح الأحوال الشخصية المشهور[145]، الذي لم يكن معروفا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، بل كانوا يبحثون في المسائل المتعلقة بالأسرة في شكل أبواب فقهية كباب النكاح، الطلاق، النسب، النفقات، والمواريث...، فهو اصطلاح قانوني غربي[146]، ظهر على يد فقهاء القانون الدولي الخاص الفرنسيين عند محاولاتهم إيجاد حلول لتنازع القوانين، حيث قسموا القواعد القانونية (الأحوال) التي يمكن أن تكون محلا للتنازع إلى طائفتين، طائفة الأحوال العينية، وطائفة الأحوال الشخصية، حيث تشمل هذه الأخيرة مجموعة القواعد القانونية التي يكون موضوعها المباشر الأشخاص كالزواج، الطلاق، البنوة، والأهلية...، وكل تنازع متعلق بهذه الأخيرة يُحَكَمُ فيه قانون الموطن، وما لا يعد من قبيل

144- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 17.

145- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 06.

146- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 28.

الأحوال الشخصية ويدخل في نطاق القانون الخاص، فهو من المسائل العينية، التي تحكم بقانون الإقليم[147].

لقد ذهب البعض إلى أن تسمية الأحوال الشخصية غير سليمة بحجة أن شرائع الأسرة ليست أحوالا شخصية تخص أصحابها وحدهم، فهي ليست شأنا شخصيا يبقوها إذا شاءوا أو يغيروها إذا شاءوا[148]، غير أن المتمعن في هذه التسمية وسبب استحداثها بعيد كل البعد عن هذا المعنى، ذلك أن العلاقات التي تستدعي تطبيق أحكامها –أحكام الأحوال الشخصية– تخضع للقانون الشخصي في حالة تنازع القوانين، وليس معناها أنها ملك لأصحابها يتصرفوا فيها كما شاءوا، وما يؤكد هذا تبنى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين الثقاة مصطلح الأحوال الشخصية حتى أصبح عنوانا للتأليف في أحكام الأسرة. كما أن الدول العربية والإسلامية لم تجد حرجا في تسمية تشريعاتها المنظمة للأسرة بقوانين الأحوال الشخصية، من ذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وقانون الأحوال الشخصية المصري والأردني.

هذا، وتشمل مجموعة الأحوال الشخصية ما يأتي:

1/ أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير

2/ أحكام الزواج من خطبة إلى انعقاد وما يترتب عنه من حقوق والتزامات كالمهر ، النفقة، نسب الأولاد وحقوقهم...، إلى انحلاله بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجة أو بحكم الشرع والقانون.

3/ المواريث والوصايا والأوقاف وما شابهها من تمليكات مضافة إلى ما بعد الموت[149].

147– حسن الهنداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، ط 02، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 38.

148– اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، عولمة قوانين الأحوال الشخصية في مصر، سلسلة عولمة قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي (1)، مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 1432 هـ، ص 98 و99.

149– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07 الأحوال الشخصية، ص 06.

تطبيقا لهذا أصدر المشرع الجزائري قانونا اختار له اسم "قانون الأسرة" يحمل الرقم 84-11 بتاريخ 09 جوان 1984، جاء في شكل 224 مادة مبوبة ومقسمة في شكل منهجي تقتضيه الصياغة القانونية السليمة موزعة على أربعة كتب:

الأحكام العامة: م (م01- م 03).

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله (م04 – 80)، ويشمل الزواج والطلاق وآثارهما.

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (م81 – م 125)، ويشمل الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر، المفقود والغائب، والكفالة.

الكتاب الثالث: الميراث (م 126 – م 183)، ويشمل التركات والمواريث.

الكتاب الرابع: (م 184 – م 224)، ويشمل مسائل الوصية، الهبة، والوقف، ولقد خصصت المواد من 221 إلى 224 من هذا الكتاب إلى الأحكام الختامية.

بهذا الشكل يتميز قانون الأسرة الجزائري بخصائص منها: أنه الأول من نوعه في الوطن العربي من حيث كونه جامع لشتات أحكام الأسرة في تقنين واحد[150]، وكذا أنه متأخر في صدوره إذا ما قورن بباقي القوانين الأخرى في البلاد كقانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، قانون الإجراءات المدنية، القانون المدني، القانون التجاري...إلخ، فهو صادر بعد 22 سنة من الاستقلال، المدة التي لم يستغرقها قانون غيره[151]، هذا بعد عدة محاولات تشريعية، أولها كانت 1964 حيث شكلت وزارة العدل لجنة خاصة لوضع قانون للأسرة، حيث ظهرت آنذاك تناقضات في النظام الإيديولوجي الذي ظهر مختلفا داخل لجنة العمل المكونة من تيارين، الثوريين المؤمنين بالمساواة بين الرجل والمرأة، والمحافظين المدافعين عن القانون

150- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 30.

151- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط03، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 09.

الإسلامي، الأمر الذي منع صدوره ؛ كما تلت هذه المحاولة مبادرات أخرى من بينها مبادرة سنة 1973 التي باءت بالفشل هي الأخرى[152].

وفي سنة 1984 صدر القانون 11-84 الذي يعد أول مدونة تعكس العمل بأحكام الفقه الإسلامي في تنظيم مسائل الأسرة، بعدما كان متروكا للاجتهاد القضائي، تختلف الأحكام الصادرة في هذا الشأن من محكمة لأخرى، فمجرد نفاذه توحدت الأحكام القضائية في التراب الوطني[153]، فيمكن اعتباره بحق مكسبا للجزائر حكومة وشعبا، ومكسبا للقضاة والمتقاضين وإن لم يكن قانونا في مستوى العشرين سنة من النقاش والأخذ والرد[154].

بسبب هذا لم يمضي أكثر من عشر سنوات من صدوره حتى بدأت المطالبات والاقتراحات بتعديله لحجتين أساسين، الأولى خاصة بالقانون رقم 84-11 في ذاته، والمتمثلة في العيوب التي جاء بها من غموض بعض مواده، إشكالات تنفيذ بعضها الأخر، إغفاله لمعالجة مسائل مهمة، وتعارض بعض أحكامه مع غيره من القوانين الصادرة قبله، بل وتعارض وعدم توافق بعض أحكام فيما بينها، بينما الثانية خارجة عنه متعلقة بعدم مسايرته ومجاراته لظروف العصر المتطورة، وعدم موافقته للعولمة[155] خاصة بعد الانفتاح السياسي والديمقراطي الذي عرفته الجزائر ابتداء من 1989[156]، وتطور مكانة المرأة في المجتمع الجزائري، وكان وراء هذه المطالبات هيئات متمثلة في بعض الأحزاب السياسية والجمعيات النسائية[157] التي ترى في

152-حفيظة نهايلي، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، م 03، ع 01، ص 195-213، 2010، ص 200.

153- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008، ص 45.

154- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ص 08.

155- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 34 و35.

156- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 49.

157- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، 35.

قانون الأسرة المستمد من ما هو ثابت قرآنا وسنة، قانونا جائرا يقوم على مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق، وأنصف الرجل على حساب المرأة.

فبهذا شهدت الجزائر كغيرها من البلدان العربية والإسلامية صراعا يتجاذبه تياران، الأول منهما ينادي بضرورة احترام المبادئ العامة التي جاء بها الفقه الإسلامي خاصة الثابتة بنص قطعي الثبوت والدلالة كما هو الشأن في إباحة التعدد والولاية ووجود العصمة بيد الزوج ونظام الميراث الشرعي، وتيار ينادي بضرورة احترام حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة[158] حسب ما تمليه مقتضيات العولمة والاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر[159]، التي ترى في نظام التعدد والولاية في الزواج وجعل الطلاق بيد الزوج جناية في حق المرأة.

مع استمرار هذا الصراع وفي إطار إخراجه من دائرة الصدام وإدخاله نطاق الحوار، قام الرئيس الأعلى للمجلس الإسلامي بتنظيم ملتقى دولي بعنوان: "قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجات القوانين الوضعية" بتاريخ 11 و12 أكتوبر 1999، وكانت السيطرة الكبرى على الملتقى للجمعيات النسوية التغريبية العلمانية، ولا يعني هذا الغياب التام لبعض المشايخ وفقهاء الفقه الإسلامي من هذا الملتقى[160]. ولقد انتهى الملتقي بعدة توصيات من أبرزها:

"-أن الإسلام باعتباره دين الدولة لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار الخاصة بترقية المرأة، وأن قانون الأسرة هو قانون وضعي مستوحى من الشريعة الإسلامية، وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد.

158- عبد الفتاح تقية، الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق،م 40، ع 02، ص ص 83-110، 2003، ص 85.

159- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، 35.

160- الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شركة دار الأمة، الجزائر، 2003، ص 57.

-وأنه لابد من إعطاء الأولوية للمرأة فيما يتعلق بالتكفل بالاقتصاد المنزلي وترقيتها مما يمكنها من حماية شخصيتها، وتحديد الإجراءات الاجتماعية لصالح المرأة العاملة، والتذكير بحق المرأة في العمل ضمن قانون الأسرة، ووضع قوانين تقمع التحرش الجنسي في جميع الميادين وعلى جميع المستويات، والحرص على تطابق مبادئ حقوق الإنسان داخل الأسرة مع النصوص الدستورية."[161].

وجدير بالذكر أن الموضوعات التي كانت محلا للنقاش هي الولاية والعصمة، مسكن المطلقة، نفقة الزوج على زوجته، وتعدد الزوجات[162]، ولقد بدأ العمل التنفيذي في تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2003 حينما نصب وزير العدل بناء على تعليمة من رئيس الجمهورية آنذاك المرحوم "عبد العزيز بوتفليقة" لجنة تضم كفاءات عالية في مجال الأسرة والقانون[163]، حيث ما لبثت الموضوعات التي كانت محلا للمناقشة حتى تم تعديلها بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، السبب الذي منع إحالة مشروع التعديل للمناقشة والإثراء أكثر من قبل الهيئة التشريعية، ليحال للبرلمان لتتم الموافقة[164] عليه بالقانون 09-05 المؤرخ في 04 ماي 2005. وفي صدور تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب أمر فيه مقصد تلافي طول المناقشات داخل قبة البرلمان، لما تضمنه من مسائل جديدة إذا فتح لها باب النقاش الديموقراطي قد لا يسفر بنتيجة إيجابية[165].

هذا، وقد تضمن الأمر 05-02 إضافة 08 مواد جديدة، وتعديل 29 مادة تعديلا جزيئا، وإلغاء 05 مواد، كلها تحت مظلة الزواج وانحلاله إلا واحدة منها. ومكان البحث عن مضمون

161- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 58.

162- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 60.

163- حفيظة نهايلي، المرجع السابق، 204.

164- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 11.

165- حفيظة نهايلي، المرجع السابق، ص 210.

هذه المواد ومدى تأثرها بعولمة القانون الباب الثاني، وفي ما يلي البحث عن العوامل المساعدة على عولمة أحكام الأسرة بالمفهوم السابق.

الفرع الثالث: مسببات عولمة أحكام الأسرة.

يقصد بمسببات عولمة أحكام الأسرة مجموعة العوامل والدوافع التي من شأنها تسهيل عملية عولمة أحكام الأسرة وتشجيع تطورها، ومسببات العولمة بوجه عام وعولمة أحكام الأسرة بشكل خاص كثيرة متنوعة، يرجع سبب كثرتها وتنوعها للتقدم الهائل الذي عرفته البشرية اليوم في جميع مجالات الحياة ومن جملة هذه الأسباب ما هو تاريخي، سياسي، اقتصادي، وما هو علمي وتكنولوجي.

أولا: الأسباب التاريخية.

يقصد بالأسباب التاريخية الأحداث التي جاءت انعكاسا للتحولات التاريخية[166] التي عرفها العالم العربي وعرفتها الجزائر بوجه خاص، حيث شهدت قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية حربا شنتها فرنسا على العالم العربي، كانت بدايتها من مصر وسوريا وتونس، وكانت الأسرة الجزائرية أحد أهداف الاحتلال الفرنسي من خلال سياسة الفرنسة والتنصير[167].

ومع هذا كله فشلت فرنسا في القضاء على هوية الشعب الجزائري فشلا ذريعا، ذلك الشعب الذي لم يختر بديلا لأحكام الفقه الإسلامي حَكَمًا في أمور أحواله الشخصية، إلى أن ظفرت الجزائر بالاستقلال وتم حينها تبنى نظام الحزب الواحد، وهو "حزب جبهة التحرير"، حتى يتطور النظام السياسي في الجزائر لتدخل في مرحلة جديدة تعتبر نقطة مهمة في تاريخها سنة 1989 وهي السنة التي عرفت فيها الجزائر نظام الديموقرطية الغربي، فتعددت الأحزاب

166- أنور بن قاسم الخضري، عولمة قوانين الأحوال الشخصية في اليمن، سلسلة عولمة قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي (3)، مركز باحثات المرأة، الرياض، 1432 هـ، ص 63.

167- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 21- 23- 41- 46.

السياسية في البلاد، وتعالت الأصوات وكثرت المطالبات بضرورة احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وفق ما تفرضه العولمة خاصة إذا تعلق الأمر بالمرأة.

ثانيا: الأسباب السياسية.

سبق القول أن العولمة في جانبها الاجتماعي فرضت وجود هيئات إلى جانب الدول تساعدها في أطر الديمقراطية للنهوض بقاضيا الإنسانية، تسمى هذه الهيئات بالمنظمات غير الحكومية، ويتزامن ظهورها مع بوادر ظهور فكرة المجتمع المدني، حيث يقصد بهذا الأخير مجموعة من الأفراد لديهم القدرة على تشكيل منظمات غير حكومية مستقلة عن سلطة الدولة وتتفاعل مع هذه الأخيرة من أجل تشجيع المواطنين في مواجهة سطوة الدولة وتأثيرها، ويربط البعض بواعث ظهور المجتمع المدني بسقوط المشروع الشيوعي في الثمانيات، أي بعد سيرورة العالم أحادي القطب بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية، حيث ركزت إيديولوجية النظام العالم الجديد على ثلاث قاضيا أساسية متمثلة في الديمقراطية، حقوق الإنسان، والمجتمع المدني[168].

يرجع ذيوع تعبير المنظمات غير الحكومية إلى منظمة الأمم المتحدة التي أقرت بوجود شريك معاون لها في مشروعاتها الإنسانية والإنمائية منذ عام 1963، مع توفيرها لهذا الشريك مكانة قانونية داخل المنظمات العالمية، من خلال ما يصدر عنها من وثائق دولية وما تنظمه من مؤتمرات[169].

في جانب أخر استمدت المنظمات غير الحكومية نصيبا من قوتها في الآونة الأخيرة من دعم الدول الغربية القوية لها وفي طليعتهم الولايات المتحدة الأمريكية التي اهتمت بقضايا حقوق الإنسان وحرياته بوجه عام وبقضايا المرأة بوجه خاص[170].

168- نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، بيروت، 2006، ص 131-133.

169- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 37.

170- أنور بن قاسم الخضري، المرجع السابق،72.

استخدمت المنظمات غير الحكومية التي لها علاقة بالأسرة شعارات عديدة من بينهما "حقوق المرأة" و"تحرير المرأة"، ولقد كانت انطلاقتها في الدول الإسلامية والعربية من مصر [171] ومن أشهر رموز هذه المنظمات في مصر نوال السعداوي[172]، وتسربت فيما بعد عمل المنظمات غير الحكومة وأفكارها التي تسعى لتهديم نظام الأسرة الإسلامي إلى مختلف الدول العربية من بينها الجزائر[173].

ثانيا: الأسباب الاقتصادية.

إن التحول الذي عرفته الجزائر سنة 1989 متسع النطاق لم يقف عند الحد السياسي فقط، بل تعداه لأكثر من ذلك ليشمل الجوانب الاقتصادية[174]، فالعولمة في جانبها الاقتصادي تعني بباسطة تحرير الاقتصاد وكل عنصر قابل للانتقال من سلع وخدمات[175]، فهي تشجع على انتشار النظام الليبرالي وتعميمه على جميع أنحاء المعمورة، فهي تنادي إلى حرية الأفراد الاقتصادية، الأمر الذي شجع خروج المرأة للعمل وما نتج عنه من ازدواجية في دورها المجتمعي بين المنزل وسوق العمل[176]، مع مراعاة أن الفقر والحاجة هي من دعت الكثير من الأسر الاعتماد على المرأة في تحسين أوضاعها الاقتصادية من خلال خروجها للعمل في قطاعات عمومية كانت أو خصوصية[177].

171- أسماء محمد البلوشي، اتفاقية الأمم المتحدة الصادرة عام 1979م اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) دراسة نقدية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في تخصص الثقافة الإسلامية من قسم الدعوة والثقافة الإسلامية، جامعة أم القرى، كلية الدعوى وأصول الدين، قسم الدعوة والثقافة الإسلامية، 2012، ص 25.

172- نفس المرجع، ص 30.

173- الشبخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 77 وما يليها.

174- أنور بن قاسم الخضري، المرجع لسابق، ص 65.

175- مصطفى بودرامة، العولمة الاقتصادية، حقوق وأوهام، دار الوطن اليوم، سطيف، 2016، ص34.

176- بوساحية السايح، التوجه العالمي نحو قانون أسرة دولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق مسيلة، م 2، ع 04، ص ص 125-159، 2017، ص 129-130.

177- أنور بن قاسم الخضري، المرجع السابق، ص 65.

فبهذا حصل تغيير في شكل الأسرة[178] التي كانت تقوم على رئيس واحد وهو الرجل يعيلها وتحتاج له اقتصاديا، مكلف بالإنفاق عليها وتلبية حاجيات أفرادها، لتصبح قائمة على الشراكة في تحمل أعبائها المالية بين الرجل والمرأة العاملة، فبهذا يشكل عمل المرأة باعتباره مسألة اقتصادية عاملا مهما من شأنه المساعدة على الاندماج مع عولمة أحكام الأسرة.

ثالثا: الأسباب العلمية والتكنولوجية.

لم يتوقف الإنسان يوما منذ بزوغه عن محاولة تطوير نفسه وما يحيط بها من العالم الخارجي، فأول ما تبادر لذهنه اعتماده على تقنية الصيد ليطورها إلى تقنية الزراعة، فليرتقي أكثر ليبتكر الصناعة، إلى أن يصل التطور إلى ذروته في العالم اليوم ليعرف ما يسمى بتقنية أو تكنولوجيا المعلومات[179]، الذي خلق ما يسمى الإعلام والدعاية[180]، لتستعمله العولمة لصالحها من خلال تعزيز الترابط بين مختلف أجزاء العالم وتحقيق اندماجه[181] بغية تحقيق أهدافها ابتداء بالأهداف الاقتصادية وصولا للأهداف الثقافية والاجتماعية.

لقد أصبحت شركات الإعلان عبر القنوات الفضائية تستعمل المرأة كسلعة استهلاكية في مختلف المسلسلات والأفلام ودورات عرض الأزياء، لنشر الثقافة الغربية بما تحمله من إباحية وعنف، ولم يقتصر استعمال المرأة عبر الوسائل السابقة بل تعدتها إلى الإنترنيت الذي يعتبر الوسيلة الأساسية التي أدت إلى العولمة وما يترتب عنها من تدمير للأسرة من خلال تعلق الكثير من الناس بها في جميع الأقطار ومن جميع الفئات بها وبما تنشره من محتويات

178- بوساحية السايح، المرجع السابق، ص 129.

179- مصطفى بودرامة، العولمة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 20.

180- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، دور التربية الإسلامية في مواجهة بعض أساليب عولمة المرأة المسلمة المعاصرة، بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في التربية الإسلامية والمقارنة، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، كلية التربية، قسم التربية الإسلامية والمقارنة، 1426 هـ، ص 38.

181- إكرام كمال معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة، الآليات وطرق المواجهة، ص 73.

إباحية، ليتحول المجتمع إلى مستنقع ملوث بسببها متستر تحت شعارات الحب والحرية[182]، هذا بعد أن كانت المجتمعات العربية المسلمة تحتكم في شؤونها حياتها إلى تعاليم دينها الحنيف وعادات وأعراف شعبها الأصيل الذي فرض قواعد وتشريعات تستقيم والفطرة الإنسانية السوية.

إن تكنولوجيا الإعلام والدعاية تمكنت من صناعة الرأي والتحكم في مشاعر الشعوب وتقدير ميولاتهم واختياراتهم، وتوجيهها حسب ما يخدم أقطاب العولمة، ولا يبدو هذا غريبا حين يتم معرفة أن الولايات المتحدة الأمريكية قد أنفقت على الإعلام سنة 1975 ما يقارب 23 بليون دولار، أما الصحف والمجلات فقد بلغ مجموع ما تم الإنفاق عليها 8.4 بليون دولار[183].

بهذا تمكنت الثورة الإعلامية من تحقيق ما لم تحققه القوة العسكرية في محاولتها النيل من الشعوب ومرجعيتهم، لتحقق العولمة نصرا لصالحها يسجله التاريخ بفضل حسن استعمالها لهذه التقنية وتوجيهها حسب ما كان مخطط ومدروسا في أذهان أقطابها.

من نتائج التطور العلمي الذي ساعد على انتشار العولمة بوجه عام، وعولمة أحكام الأسرة بوجه خاص، التطور في وسائل التنقل، فبعد أن كانت عملية انتقال الأفراد والأفكار من دولة لأخرى عملية صعبة نظرا للوسيلة المستعملة، الأمر شكل عائقا أمام الشعوب والجماعات في الانفتاح على بعضها البعض، وصل العالم اليوم لمرحلة جد متقدمة ينتقل فيها الأفراد من حدود دولة لأخرى طالت المسافة أو قصرت في حالة من الرفاه والراحة.

أما بخصوص انتقال الأفكار فلقد أصبح أنيا بفضل تقنية الإنترنيت، فيكفي الضغط على زر لوحة مفاتيح الحاسوب أو الهاتف الذكي لتنتقل المحتويات غير متأُثرة بحدود الدول، أضف إلى ذلك سهولة التواصل عبر شبكات التواصل الاجتماعي بين جميع شرائح المجتمع، ففي هذا الزمن تحققت فعلا المقولة المشهورة "أصبح العالم قرية صغيرة" أفراده كأفراد البلدة الواحدة

182- إكرام بنت كمال بن معوض المصري، دور التربية الإسلامية في مواجهة بعض أساليب عولمة المرأة المسلمة المعاصرة، ص 39-40.

183- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 660.

الأمر الذي شجع على فكرة الارتباط وإيجاد أسر أفرادها ينتمون إلى انتماءات وتوجهات مختلفة.

فمن هنا أصبح إيجاد قواعد عالمية موحدة تحكم الناس في المسائل المتعلقة بالأسرة أمرا مستساغا، بغض النظر عن البحث في فحواها ومدى انسجامها مع مرجعية طائفة من هذه الأفراد أم لا، فبهذا يحتسب لعولمة أحكام الأسرة أنها تساعد على ترابط الناس وانصهارهم في بوتقة واحدة، الأمر الذي يعكس إيجابية لعولمة أحكام الأسرة تتمثل في القضاء أو التقليل من مشكلة تنازع القانونين، هذه الأخيرة التي يمكن تصورها في نطاق القانون الخاص الذي يتحلل بدوره إلى قواعد معاملات مالية وقواعد أحوال شخصية.

المبحث الثاني: آليات عولمة أحكام الأسرة (الأساليب الرسمية لعولمة أحكام الأسرة).

إذا كانت العولمة أنواع فلكل نوع منها آليات تعمل على خلقها من جهة، والمساعدة على انتشارها وتحققها على أرض الواقع من جهة أخرى، حيث يقصد بآليات العولمة مختلف الوسائل أو الأساليب الرسمية التي تستخدمها بغية تحقيق أهدافها. وعولمة القانون بوصفها نوع مستقل من أنواع العولمة لديها ما يميزها من حيث آلياتها.

لقد اعتمدت عولمة القانون بوجه عام على آليات كثيرة متعددة من أهمها على الإطلاق ما يصدر عن هيئة الأمم المتحدة من اتفاقيات ومؤتمرات دولية[184]، وتجدر الإشارة إلى أن الأمم المتحدة من خلال مؤتمراتها وما يصدر عنها من اتفاقيات قلما تشير إلى الأسرة بوصفها كيان يحتاج لعناية خاصة، إنما تحمي حقوق الإنسان بوصفه شخص منسلخ عن الأسرة والمجتمع، خاصة إذا تعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية والمؤتمرات الخاصة بالمرأة[185]، بهذا تكون الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية أهم الآليات التي تعتمد عليها العولمة إذا ما تعلق الأمر بأحكام الأسرة، وعليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول الأول مجموعة الاتفاقيات المؤتمرات الدوليين الخاصة بحقوق الإنسان بوجه عام، ليتسن معرفة مدى تعلقها بأحكام الأسرة، ويتناول الثاني اتفاقية مهمة في مجال حقوق المرأة التي لها الأثر الأكبر في أحكام الأسرة في جميع أقطار العالم، المسماة باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

184- بوزيد سراغني، المرجع السابق، ص 175.

185- الطاهر ياكر، مطبوعة محاضرات بعنوان: حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020، ص 09.

المطلب الأول: الاتفاقات والمؤتمرات الدوليين.

الاتفاقيات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة أهم الوسائل الرسمية التي تستخدمها العولمة بغرض نشر ثقافتها وتمرير أفكارها في مختلف أنحاء العالم، وإلى جانبها يوجد ما يسمى بالمؤتمرات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة هي الأخرى التي لا تقل أهمية عن نظيرتها – الاتفاقات الدولية– لما لها من ارتباط وصلة وثيقة بها، وعليه سيتم الحديث عن الاتفاقات الدولية في الفرع الأول، ثم عن المؤتمرات الدولية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاتفاقات الدولية.

يقتضي هذا الفرع التعريج على تعريف الاتفاقيات الدولية، أولا، ثم ذكر أهمها في مجال حقوق الإنسان داخل الأسرة، ثانيا، ثم موقف الجزائر وبعض الدول العربية والإسلامية منها، ثالثا، ومكانة الاتفاقيات الدولية في التشريعات الوطنية، رابعا.

أولا: تعريف الاتفاقات الدولية.

مفردها اتفاق موصوف بأنه دولي، ويقصد به عموما: "كل اتفاق استراتيجي سياسي أو عسكري أو اجتماعي أو ثقافي يعقد بالتراضي بين عدد من الدول"[186] ونفس المعنى تقريبا جاءت به المادة الأولى من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، حيث عرفت المعاهدة الدولية بنصها ما يلي: "يقصد ب "المعاهدة" الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر مهما أكانت تسميته الخاصة.".

من خلال هذا التعريف تظهر مقومات الاتفاق الدولي المتمثلة في كونه يتم بين أشخاص المجتمع الدولي، خضوع موضوعه لقواعد القانون الدولي العام، إفراغه في وثيقة مكتوبة، وجوب تسميته.

186– أسماء محمد البلوشي، المرجع السابق، ص 43.

تعد قضية تسمية الاتفاق الدولي قضية سياسية، يرجع الأمر فيها لحرية أطرافه، فتتعدد وتنوع بسبب الغياب التام للنظام القانوني لتنظيم تسمية الاتفاق الدولي، لذلك حاول الفقه إيجاد فورقات بين عدة تسميات قد تطلق على الاتفاق الدولي[187]، من بينها الإعلان، الميثاق، الاتفاقية.

فالإعلان تصرف قانوني صادر من جانب واحد، غالبا ما يكون صادرا عن الأمم المتحدة، يتميز موضوعه بطبيعة عامة، يتضمن مبادئ عامة كلية، لا قواعد خاصة تفصيلية، كما أنه لا يتمتع بأي صفة إلزامية كغيره مما يصدر عن هيئة الأمم المتحدة، إلا أنه قد يتحول إلى عرف دولي، ليشكل مصدرا إلزاميا من مصادر القانون الدولي[188]، أما الميثاق هو مصطلح يطلق للدلالة على عظمة وكبر شأن الموضوع الذي ينظمه فالميثاق وعادة ما يكون منشأ لهيئة دولية أو إقليمية، مثل ميثاق الأمم المتحدة[189]، أما الاتفاقية فيتميز موضوعها بأنه ينظم مسألة قانونية[190]، تسن تنظيما قانونيا للعلاقات بين الدول، فهي عمل قانوني تقوم الأمم المتحدة بإعداده ليتم عرضه على الدول للتصديق والانضمام إليه[191].

ثانيا: الاتفاقات الدولية الطابع العام (الميثاق العالمي لحقوق الإنسان).

يقصد بالميثاق الدولي لحقوق الإنسان مجموعة الصكوك الدولية التي جاءت لحماية حقوق الإنسان بوجه عام، ويتمثل أساسا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، العهد الدولي للحقوق المنية والسياسية، والبروتوكول

187- جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، ج 01 المدخل والمصادر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 57.

188- أحمد أبو الوفاء، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، ط 03، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 27..

189- أمل بنت عائض الرحيلي، مفهوم الجندر وآثاره على المجتمعات الإسلامية، دراسة نقدية تحليلية في ضوء الثقافة الإسلامية، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016، ص 36.

190- مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 58.

191- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 28.

الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[192]. وفيما يلي تبيان فكرة موجزة عن مضمون الميثاق العالمي لحقوق الإنسان ومدى تقاطعه مع أحكام الأسرة.

الفقرة الأولى: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وثيقة رسمية معتمدة ومنشورة على الملأ بموجب القرار 217 ألف (د-3) للجمعية العامة للأمم المتحدة، مؤرخ في 1948/12/10[193]، حيث طالبت الجمعية العامة من جميع الدول الأعضاء أن تدعوا لمبادئ الإعلان، وأن تعتني به من خلال قراءته، توزيعه، نشره، وشرحه، لاسيما في المؤسسات التعليمية من مدارس وجامعات ومعاهد ودوريات[194].

هذا، وجاء مضمون الإعلان في شكل دباجة و30 مادة، تضمنت حقوق وحريات أساسية ملازمة لشخصية الإنسان وملازمة لصفته الاجتماعية في جميع المجالات المدنية، السياسية، الاقتصادية الاجتماعية والثقافية[195]، مقيما فلسفته على المساواة المطلقة بين بني البشر رافضا فكرة التمييز بسبب العرق أو اللون أو الدين أو الجنس[196]، حيث تنص المادة الأولى منه على أنه: "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء"، بينما المادة الثانية ركزت على مبدأ المساواة وعدم

192- حمدي بدران، الآليات الدولية لحماية حقوق المرأة، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 62.

193- المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، منشورات الأمم المتحدة Sales no. A.06.XIV.2، ISBN 92-1-654016-8، ص 01.

194- بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة والمواثيق الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص 194.

195- حمدي بدران، المرجع السابق، ص 62.

196- منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 92.

التمييز فيما يتعلق بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية فمنعت التمييز أي كانت صورته[197] حيث تنص على ما يلي: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر...."

ولقد حظيت الأسرة بعناية منه في نص المواد 16، 3/23، 25، 3/26. التي أعطت الحق للرجل والمرأة نفس الحق في تكوين أسرة، مساوية بينهما في الحقوق والوجبات، مركزة على فكرة الرضا في الزواج، مشيرة إلى حقوق الأمومة والطفولة، حيث جاءت المواد السابقة بالآتي على التوالي:

حيث تنص المادة 16 على ما يلي:

"-للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله

2- لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه.

3- الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.".

أما المادة 3/23 فتنص:

"...3-لكل فرد يعمل حق في مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته عيشة لائقة بالكرامة البشرية، وتستكمل، عند الاقتضاء، بوسائل أخرى للحماية الاجتماعية...".

أما المادة 25 فتنص:

"-لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفى لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والمسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية،

197- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص171.

وله الحق في ما يؤمن به الغوائل في حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الترمل أو الشيخوخة أو غير ذلك من الظروف الخارجة عن إرادته والتي تفقده أسباب عيشه.2-للأمومة والطفولة حق في رعاية ومساعدة خاصتين. ولجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار.".

أما المادة 3/26 فتنص:

"...3- للآباء، على سبيل الأولوية، حق اختيار نوع التعليم الذي يعطى لأولادهم."

هذا، ويعد الإعلان الدولي لحقوق الإنسان أول وثيقة دولية لم تلقى اعتراضا من قبل الدول[198]، وموقف الجزائر لم يحد عن موقف أغلب دول العالم حيث صادقت عليه بموجب نص المادة 11 من دستور 1963 التي تنص على: "توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنضم إلى كافة منظمة دولية تستجيب لمطامح العشب الجزائري وذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي". ومصادقة الجزائر وغيرها من الدول على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يطرح مسألة قيمته القانونية بالنسبة للتشريعات الداخلية للدول.

اتفق فقه القانون الدولي على أن ذات مبادئ الإعلان خالية من أي قيمة قانونية، ومع هذا بقي الخلاف قائما بشأن إلزامية بالنسبة للدول الأعضاء في الأمم المتحدة فمن الفقه من ذهب لاعتبار مبادئه لا ترتقي لتخلق التزامات قانونية دولية، إنما قيمتها تنحصر في كونها أدبية ومعنوية، بينما الفريق الغالب منهم يرى أنه ملزم بسبب اكتسابه قوة القانون الدولي العرفي[199].

الفقرة الثانية: العهدين الدوليين.

يقصد بالعهدين الدوليين كل من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[200]، ولقد جاء الأول بغرض تحويل مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى قواعد قانونية دولية ملزمة واجبة الاحترام من

198- حمدي بدران، المرجع السابق، ص 67 و68.

199- نفس المرجع، ص 69.

200- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 196.

طرف كل دولة منضمة إليه، ولقد تم إعداد العهد من طرف لجنة حقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة عام 1953[201]، ليعتمد ويفتح باب التوقيع عليه والانضمام إليه بقرار من الجمعية العامة 2200 ألف (د-21) كانون الأول/ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ 03 كانون الثاني/يناير 1976، طبقا لأحكام المادة 27 منه[202]، أما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المرفق بالبروتوكول الاختياري الأول الملحق به بشأن تقديم الشكاوي من قبل الأطراف، فلقد تم اعتماده وفتح باب التوقيع والتصديق عليه والانضمام إليه بموجب قرار الجمعية العامة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ 23 آذار/ مارس 1976، طبقا لأحكام المادة 49 من العهد[203] والمادة 9 طبقا للبروتوكول المحلق به[204]، ومرد تأخر نفاذ العهدين والبروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص الحقوق المدنية والسياسية بشأن تقديم شكاوي من قبل الأفراد إلا بعد 10 سنوات من تاريخ اعتماده، هو استفاء العدد المطلوب من التصديقات المطلوبة لنفاذهم وهو 35 الدولة.

لقد وبلغ عدد الدول المنضمة للعهد حتى عام 2007 مائة وتسعة وستون دولة من بينها 14 دولة عربية[205]، وانضمت الجزائر إليهما بتاريخ 1989/12/09 ودخلا حيز النفاذ في 1989/12/12، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89[206]، متحفظة على المواد 3/1، 8،

201- معاذ بن عبد الله الربعي، الآثار الثقافية للاتفاقيات الدولية في مجال الأحوال الشخصية، رسائل جامعية (4)، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 1436هـ، ص 53.

202- المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، ص 09.

203- المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، ص 23.

204- المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، ص 47.

205- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 53.

206- المرسوم الرئاسي رقم 67-89 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليهما من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبرلسنة 1966، ج ر، ع 20، مؤرخة في 17 مايو 1989، ص 531.

4/13، و 14، و4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذا تحفظها على المواد 3/1 و 22 و 4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[207].

يتشكل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من دباجة و31 مادة مقسمة على خمسة أقسام، أما العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يتشكل من دباجة و53 مادة موزعة على ستة أجزاء، لتجد الأسرة نصيا من مجموع مواد العهدين، فلقد لقيت حماية لها ولأفرادها في المواد 10 و21 و 12 من العهد الأول، التي جاءت بالآتي على التوالي:

المادة 10:

"تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي:

1- وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم. ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه.

2- وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده. وينبغي منح الأمهات العاملات، أثناء الفترة المذكورة، إجازة مأجورة أو إجازة مصحوبة باستحقاقات ضمان اجتماعي كافية.

3- وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين، دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف. ومن الواجب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي. كما يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الأضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى

207- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 196.

بنموهم الطبيعي. وعلى الدول أيضا أن تفرض حدودا دنيا للسن يحظر القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويعاقب عليه."

المادة 11:

"1- تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية. وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر...".

المادة 12:

"...تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل:

(أ)- العمل علي خفض معدل موتي المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نموا صحيا،...".

والمواد 23 و24 من العهد الثاني، حيث تنص المادة 23 على أنه:

"1-الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

2-يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة.

3-لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه.

4-تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفى حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم".

في حين أن المادة 24 تنص على ما يلي:

"1-يكون لكل ولد، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصرا.

2-يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويعطى اسما يعرف به.

3-لكل طفل حق في اكتساب جنسية".

ثالثا: الاتفاقات الدولية الخاصة بالمرأة.

لم تكتفي الأمم المتحدة بالمواثيق والإعلانات الدولية السابقة التي عنت بحقوق الإنسان بوصفه منتميا لمجتمع معين بصفة عامة وبوصفه منتميا لأسرة بصفة خاصة، إنما عززتها بمواثيق وإعلانات أخرى تخص المرأة بشكل مباشر والأسرة بشكل غير مباشر، وهي كثيرة ومتنوعة منها ما صادقت عليها الجزائر ومنها ما لم تصادق عليه، فمن الاتفاقيات المعنية بالمرأة والمتصلة بالأسرة ما يلي:

- ✓ اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة المعروضة للتوقيع والتصديق عليها بقرار الجمعية العامة في 29 يناير 1956، المعتمدة من قبل الجمعية العامة سنة 1975، والتي دخلت حيز النفاذ في 11 أغسطس 1958. استنادا إلى ما قامت به الأمم المتحدة سنة 1949 بالدعوة إلى حتمية إبرام معاهدة تضمن للمرأة المساواة مع الرجل، وتتشكل هذه المعاهدة من دباجة واثنتي عشرة مادة[208]، ومؤدى هذه الاتفاقية كما يتضح من اسمها هو ثبات جنسية المرأة وعدم تأثرها التلقائي بالزواج، أو بانحلاله، أو بتغير جنسية الزوج[209].
- ✓ اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج المعروضة للتوقيع والتصديق عليها بقرار الجمعية العامة 1763 ألف د-17 المؤرخ في 7

208- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 43.

209- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 183.

نوفمبر 1962، التي دخلت حيز النفاذ في 9 ديسمبر 1964 وفقا للمادة 6 منها[210]، وتتكون هذه الاتفاقية من دباجة و عشرة مواد، الغرض منها كما يتضح من اسمها هي الأخرى كفالة ثلاث حقوق للمرأة، يتمثل الأول في حماية رضاها واختيارها في الزواج، الحد من زواج القصر، ضرورة إنشاء سجلات لتوثيق عقود الزواج[211].

لم تصادق الجزائر على الاتفاقيتين السابقتين، على عكس اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تعد أهم اتفاقية دولية خاصة بالمرأة على الإطلاق، ونظرا لأهميتها وتداخلها مع أحكام الأسرة بشكل ملحوظ سيتم الحديث عنها في المطلب الموالي.

الفرع الثاني: المؤتمرات الدولية.

كان الهدف الرئيسي من تأسيس منظمة الأمم المتحدة العمل على نشر السلام وتحقيق الأمن بين الدول، وحل النزاعات بالطرق الودية والسليمة والحد من الحروب والتقاتل بين الدول، خاصة إذا كانت أعضاء في المنظمة، وكان الفشل مصير الأمم المتحدة، فلا هي أزالت الحروب ولا نشرت السلم، والسبب في تعطيل هدفها الرئيسي هو سيطرة الدول العظمى عليها، التي وضعت نفسها فوق القانون الدولي وفي مقدمتهم الولايات المتحدة الأمريكية، وفي المقابل نجحت الأمم المتحدة في مجالات أخرى من بينها فرض نموذج طريقة العيش الغربية، وكان هدفا رئيسيا الاهتمام بتدمير قوانين الأسرة للدول، خاصة الإسلامية منها[212].

وكانت وسيلة الأمم المتحدة في هذا هو تنظيم مجموعة من المؤتمرات الدولية، حيث تعد صورة من صور الاجتماع يضم أكثر من دولة يتم وفق طريقة منظمة، الغرض منه مناقشة موضوع أو مشكلة معينة عن طريق ودي ملؤه التفاهم وتبادل التجارب والخبرات، وغالبا ما يتوصل المؤتمر لجملة من التوصيات والقرارات حول موضوعه، وما يميز المؤتمرات التي تنظمها الأمم المتحدة أنها ذات طابع عام بمعنى أنها تضم عدد كبير من الدول والمنظمات

210- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 200.

211- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 183.

212- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 165.

الدولية والأفراد[213]، وتعد الجزائر من بين الدول التي حاولت جاهدة الاشتراك في مختلف هذه المؤتمرات.

من خلال تعريف المؤتمرات الدولية التي تشرف عليها الأمم المتحدة يظهر أن الهدف منها لا يتعدى كونه مجرد تشاور ونقاش حول موضوع معين. إلا أن الواقع أثبت أنها تهدف للخروج بتوصيات وقرارات ملزمة معدة سلفا يجب على الدول إدخالها في بنيتها التشريعية[214]، شأنها في ذلك شأن المعاهدات الدولية المتميزة بإلزامية بنودها.

من هنا تظهر العلاقة الوطيدة بين المؤتمرات والاتفاقيات الدوليين، فجهة صدورهما واحدة وهي الأمم المتحدة، مما ينم على اتحاد وجهة نظرهما لاتحاد مصدرهما، كما أن العلاقة بينهما تظهر في كون المؤتمرات الدولية غالبا ما يتم التوصل بعدها إلى معاهدة دولية، والعكس فقد تكون المؤتمر الدولي امتداد لمعاهدة دولية ما.

إن المؤتمرات التي تكفلت بها الأمم المتحدة، لا تتصل بالأسرة عن طريق مباشر، إنما تتصل بها عن طريق المرأة، التي حظيت بعناية دولية كبيرة في العديد من المؤتمرات منها ما هو ذو طابع عام ومنها ما هو ذو طابع خاص، ويقصد بالمؤتمرات ذات الطابع العام تلك التي تتناول حقوق الإنسان بمعزل عن جنسه أو نوعه[215]، فيتم إقحام قضايا الأسرة والمرأة والعلاقة بين الجنسين في كل المؤتمرات الدولية حتى لو كان فحواها بعيدا عن موضوع المرأة، فتجدها في المؤتمرات ذات الطابع الاقتصادي، البيئي، والتكنولوجي، وغيرها من المجالات التي لا ترتبط بالمرأة أدنى ارتباط، وهذا ما يثير نوعا من الغرابة لا تثيرها المؤتمرات الخاصة بالمرأة[216] التي جاءت نتيجة حرص الأمم المتحدة على كفالة حقوق المرأة وضمان تساويها مع الرجل.

213- إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، المرجع السابق، ص 450.

214- عمرو عبد الكريم سعداوي، المرجع السابق، ص 02.

215- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 170.

216- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 205.

فكان أول مؤتمر خاص بها سنة 1975 في أمريكا الجنوبية تليه مجموعة من المؤتمرات موزعة على قارات العالم، ولقد بلغت القيمة النقدية لما تم إنفاقه على هذه المؤتمرات ما بين 10.7 و 3.4 مليون دولار لكل مؤتمر تقريبا، لم تتكفل الأمم المتحدة منها سوى بأعباء المترجمين الشفويين وغيهم من الموظفين الذين دعت الحاجة إلى وجودهم لخدمة اجتماعات المؤتمر والمفاوضات التحضيرية ومكتب الأمانة الذي ينظم المؤتمر، أما باقي النفقات الأخرى فيتحملها البلد المستضيف من مصاريف سفر موظفي الأمم المتحدة وإقامتهم في الفنادق وغيرها، وهكذا وترى الأمم المتحدة أنها تقدم خدمة مادية للدولة المضيفة متمثلة في العائدات المالية التي تجنيها من خدمات الفنادق والمطاعم وغيرها، ومصلحة معنوية متمثلة في جذب اهتمام العالم إليها[217].

ومن سلسلة المؤتمرات الطويلة التي أشرفت الأمم المتحدة على تنظيمها لها علاقة بالأسرة والمرأة ما يلي:

المؤتمرات المعنية بالمرأة وتتمثل في[218]:

- ✓ مؤتمر ميكسيكو سيتي 1975.
- ✓ مؤتمر كوبنهاجن 1980.
- ✓ مؤتمر نيروبي 1985.
- ✓ المؤتمر الأول ببكين 1995.
- ✓ مؤتمر بكين الثاني +05 سنة 2000.

أما المؤتمرات العامة التي تعرضت لموضوع المرأة فهي تختلف باختلاف موضوع المؤتمر الرئيسي إلى ما يلي:

217- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 186- 187.

218- بلهادي حميد وأخرون، الحماية الدولية للمرأة بين شعار الحماية وواقع الإباحة، دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله- تيبازة (الجزائر)،م09، ع01، ص ص213-226، 2021، ص 2017.

مؤتمرات السكان[219]:

- ✓ المؤتمر العالمي الأول للسكان رومانيا 1974.
- ✓ المؤتمر الدولي المعني بالسكان، المكسيك 1984.
- ✓ مؤتمر السكان والتنمية، القاهرة 1994.

مؤتمرات التنمية[220]:

- ✓ المؤتمر العالمي للبيئة والتنمية، ريودي جانيرو 1992.
- ✓ مؤتمر القمة العالمي للتنمية الاجتماعية، كوبنهاجن 1995.
- ✓ مؤتمر الأمم المتحدة للمرأة للمساواة والتنمية والسلام، نيويورك 2000.

من خلال هذا الكم من المؤتمرات يظهر أن الأمم المتحدة حاولت وضع شرعة دولية لمواجهة قوانين الأسرة الإسلامية، وكان لمؤتمرين اثنين من بين مجموعها الصدى العالمي والاهتمام الإعلامي، فتكفلا بإزالة اللبس عن بعض المفاهيم الغامضة، مصرحين بالهدف الرئيسي المتمثل في إباحة المثلية الجنسية والجنس[221]، وما يتفرع عنه من أهداف ثانوية كتحديد النسل، إباحة الإجهاض والتنفير من الزواج ...

الأول "مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية" الذي أثار جدلا كبيرا لطرحه أمورا مخالفة للشرائع الدينية وللفطرة السوية[222]، والثاني "مؤتمر بكين الرابع المعني بالمرأة" الذي يعد من أبرز المؤتمرات التي سبقته من حيث عدد الدول الحاضرين الذي بلغ 185 دولة وعدد الاجتماعات التي انعقدت لمناقشة وثيقة المؤتمر المشكلة من 150 صفحة، تحفظت 50 دولة

219- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 176.

220- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 53.

221- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، 166.

222- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 178.

على أقسام عديدة من هاته الوثيقة، لخطورة ما تطالب به على الأسرة والمرأة والطفل[223]، وفيما يلي فكرة عن هذه المؤتمرات وخطورة ما تدعو إليه.

أما **المؤتمر الأول** المنعقد بتاريخ 05 إلى غاية 13 سبتمبر 1994 بالقاهرة، لا يعد الأول من نوعه في مجال السكان، بل سبقه في ذلك مؤتمرين اثنين: "المؤتمر العالمي الأول للسكان المنعقد برومانيا 1974"، و"المؤتمر الثاني للسكان المنعقد بالمكسيك 1984"، هذا ولقد سبق مؤتمر السكان والتنمية بالقاهرة عدة مؤتمرات تحضيرية في العديد من البلدان، وذلك استجابة لقرار الأمم المتحدة الاقتصادي والاجتماعي 1991/93 المؤرخ في 26 تموز/ يوليو 1991، ومن بين المؤتمرات التحضيرية له: "المؤتمر العربي للسكان المنعقد في عمان بالأردن الذي دام أربعة أيام من 4 إلى 8 نيسان/ أبريل 1993"، المتضمن نداء إلى اللجان الإقليمية إلى عقد الاجتماعات والمؤتمرات بهدف استعراض الخبرة المكتسبة في البرامج السكانية وتحضيرا لمؤتمر السكان والتنمية المزعم عقده في القاهرة[224].

ولقد عقد المؤتمر على مدار ثمانية أيام من يوم 5 إلى 13/ 9/ 1994، وكان من المتوقع أن يشارك فيه ما يقارب 20 ألف مشارك، إلا أن عدد الحضور بلغ 08 آلاف مشارك من بينهم 7 آلاف يمثلون المنظمات والهيئات غير الحكومية، والألف الباقية تمثل الوفود الرسمية للدول المشاركة، وسبب اختيار القاهرة بالذات لعقد هذا المؤتمر[225] راجع إلى ثلاثة أسباب متمثلة في ما يلي:

- ✓ إذا كان موضوع المؤتمر يدور حول السكان بالدرجة الأولى، فالقاهرة من أليق الأماكن التي يمكن أن ينعقد فيها مثل هذا المؤتمر لكونها من المدن ذات الكثافة السكانية العالية، فهي من أكبر مدن العالم من حيث تعداد سكانها في ذلك الوقت[226].

223- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 210.

224- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 246-247.

225- نفس المرجع، ص 247.

226- نفس المرجع، ص 247.

- ✓ الثابت أن منطلق مؤتمر السكان بالقاهرة وغيره من المؤتمرات مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، فكان اختيار مصر لانعقاده محاولة واضحة لاختراق الحصن الأول للمسلمين، لأن الأزهر الشريف يكاد يكون عقل العالم الإسلامي[227]، أضف إلى ذلك كونها ذات أغلبية مسلمة الأمر الذي يعطي تأثير كبير في تنفيذ قرارات وتوصيات المؤتمر[228].
- ✓ حاولت الأمم المتحدة توزيع هذه المؤتمرات بين مختلف قارات العالم، فكان من نصيب القارة السمراء مؤتمر السكان والتنمية بالقاهرة، التي تعد أحد المناطق ذات القيمة والأهمية في أفريقيا.

إذا كان الموضوع الأساسي للمؤتمر السكان والتنمية، ولا مجال للشك في أن التنمية هي الغاية التي يسعى الجميع لتحقيقها، وتستحق أن تعقد المؤتمرات الدولية من أجلها، إلا أن المتتبع لوثيقة المؤتمر يجد أن قضية التنمية هامشية جدا، فمن أصل 121 صفحة لم تحظى إلا بنصيب 20% من صفحات الوثيقة، بينما كان نصيب الأسد بما يقارب 100 صفحة موضوعات متعلقة بالخدمات الصحية الجنسية والتناسلية للسكان[229].

بهذا تظهر أهم القضايا المطروحة في وثيقة مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية والمتمثلة في الربط بين زيادة نسبة السكان من جهة، والزيادة في نسبة الفقر من جهة أخرى، الأمر الذي يشكل عائقا يستحيل معه النهوض بالتنمية، فالحل الأمثل للتنمية وتحقيق الرفاه الاجتماعي هو الحد من النمو السكاني، وهذا الحل يقتضي ما يلي[230]:

227- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص167.

228- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 247.

229- الحسيني سليمان جاد، وثيقة مؤتمر القاهرة السكان والتنمية رؤية شرعية، كتاب الأمة سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الشؤون الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، ، العدد: 03، أكتوبر 1996، ص 67.

230- نفس المرجع، ص 17.

- ✓ اعتراف الوثيقة بأشكال أخرى للأسرة غير الأسرة المألوفة المكونة من ذكر وأنثى، فتراها تشجع قيام أسر على أساس جنس واحد، أسرة بين رجلين أو بين امرأتين[231].
- ✓ التشجيع على الممارسات الجنسية خارج دائرة الزواج، عن طريق إلغاء وتعديل القوانين المقيدة لحرية الأفراد الجنسية واعتبار ممارسة الجنس والولادة حرية شخصية لا مسؤولية اجتماعية.
- ✓ إجازة الإجهاض عن طريق جعله قانونيا ومعتمدا، وفي هذا حاول واضعو الوثيقة استخدام تعابير مختلفة لإباحة الإجهاض، من بينهما الحمل غير المرغوب فيه، إنهاء الحمل، تخفيف عواقب الإجهاض، الإجهاض غير الآمن.
- ✓ وجوب تثقيف المراهقين ثقافية جنسية، وإباحة الممارسات الجنسية لهم مع حقهم في سرية هذه الأمور، وعدم انتهاكها من قبل أفراد الأسرة[232].

من منطلق هذه الحلول –التي تدو في مجملها حول إباحة العلاقات الجنسية خارج دائرة الزواج مع تأمين هذه العلاقات بإعطائها السرية التامة وحمايتها من الانتهاكات، وتوفير الوسائل المانعة للحمل قصد تجنب عواقب هذا الأخير، أما في حالة حدوثه فيواجه بالإجهاض الآمن، أضف إلى ذلك استهجان الزواج والمبكر وما يترتب عليه من عزوف الشباب عن الزواج لما له من مسؤوليات خاصة في الدول النامية، الأمر الذي يؤدي إلى انحلال المجتمع، واختلال العلاقات الاجتماعية والعائلية وشيوع الفوضى الجنسية– يترتب الآتي:

- ✓ إعادة صياغة سياسات هذه الدول اقتصاديا واجتماعيا وتعليميا تنفيذا لتوصيات الوثيقة.
- ✓ تنحية المؤثرات الدينية والأخلاقية من سياسات الدول.

231– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 167.

232– الحسيني سليمان جاد، المرجع السابق، ص 17– 18.

- ✓ خضوع الدول لتوصيات هذا المؤتمر بوصفه إجماع عالمي، تجنبا لمخاطر عدم الامتثال لها، المتمثلة في ممارسة جميع ألوان الضغوطات الإعلامية والسياسية والاقتصادية عنها، أو حرمانها من الحصول على الدعم المالي أو الفني أو القروض من هيئات الأمم المتحدة أو أحد الدول الموالية لها[233].

أما المؤتمر الثاني: المنعقد بالصين الشعبية سنة 1995 ببكين، وذلك من 04 إلى 15 سبتمبر 1995، فلقد بدأ التحضير له قبل ثلاث سنوات من تاريخ انعقاده، وذلك من خلال دعوة لجنة مركز المرأة التابعة للأم المتحدة في آذار 1992 جميع دول العالم لتشكيل لجان وطنية تساهم في التحضير له، ولقد كانت الغلبة في هذا المؤتمر للجمعيات النسائية التي كانت تحظى آنذاك باهتمام ورعاية الأمم المتحدة، بخصوص الأعمال التحضيرية لهذا المؤتمر[234].

علاوة على تميز المؤتمر بعدد المشاركين الكبير الذي لم يشهده مؤتمر قبله، تميزه بتفوق العنصر النسوي من أصل عدد المشاركين، مما جعله أكبر تجمع نسائي يحدث في العالم[235]، حيث كان على رأس الحضور ملكة بلجيكا، زوجة رئيس فرنسا، إضافة إلى زوجات رؤساء دول أخرى، نساء وزراء، أكاديميات، كوادر، باحثات وغيرهم[236].

هذا ولم يخرج مؤتمر بكين عما جاءت به الاتفاقيات الدولية والمؤتمرات السابقة له، خاصة ما ورد منها في ميثاق الأمم المتحدة و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين والدوليين واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المراة[237]، ولقد تضمن برنامج عمل المؤتمر 362 فقرة منها 30 فقرة لم يتم الاتفاق بشأنها[238] لتناولها عدد من القضايا المثيرة

233- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، 168- 169.

234- بلهادي حميد وأخرون، المرجع السابق، ص 219-220.

235- حسن مصطفى الباش، المرجع السابق، ص 171.

236- بلهادي حميد وأخرون، المرجع السابق، ص 220.

237- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 291.

238- نفس المرجع، ص 278.

للجدل من بينهما المساواة بين الجنسين، الصحة التناسلية، الإجهاض غير القانوني، الإجراءات الجزائية، الميول الجنسي، هيكل الأسرة وشكلها، المساواة في حقوق الميراث للنساء، الاتجار بالنساء، الأدب، الفن... لذلك سمي بمؤتمر الإباحة[239]، الأمر الذي أفرز ظهور اتجاهان رئيسيان، يتمثل الاتجاه الأول في 77 دولة منها الصين والدول العربية، ويتمثل الاتجاه الثاني في مجموعة الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية وكندا واستراليا[240].

بهذا يعد مؤتمر بكين من أخطر المؤتمرات الدولية وتظهر خطورته أساسا في الآتي:

- ✓ أنه حاول صياغة مبادئ وقيم جديدة لإعادة تنظيم الحياة البشرية الحالية، وما يعقبها من أجيال وفق لتصورات العولمة التي تهمل جميع الموروثات الحضارية والإنسانية في جميع مراحلها، ليحل محلها ما تسفر عنه المخططات الجندرية[241] كأسس جديدة لابد منها للحياة الإنسانية[242].
- ✓ المناداة إلى تدمير الأسرة والاعتراف ببدائل لها والتشجيع على الممارسات الجنسية الشاذة كاللواط والسحاق، ووضع أطر قانونية لها، لكون توصيات المؤتمر ملزمة يجب على الدول المشاركة فيه إلغاء كل القوانين الداخلية المخالفة للوثيقة[243].

239- بلهادي حميد وأخرون، المرجع السابق، ص220.

240- نهى القاطجي، المرجع السابق، ص 294.

241- راجع، ص 70.

242- عبد العظيم المطعني، حقوق المرأة والطفل بين الإسلام والوثائق الدولية نقد لوثيقة بكين، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 41.

243- الشيخ شمس الدين، المرجع سابق، ص 189.

المطلب الثاني: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو).

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أول اتفاقية خاصة بالمرأة وأهمها على الإطلاق، سبقتها عدة مراحل مهيأة لها قبل[244] اعتمادها وفتح باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها بقرار الجمعية العامة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، دخلت حيز النفاذ في 3 أيلول/ سيتمبر 1981 طبقا لمادة 27(1)[245]، التي حدد بداية نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الموالي لتاريخ انضمام أو تصديق الدولة العشرين عليها، المدة التي تعتبر قصيرة بالمقارنة مع مدة نفاذ العهدين الدوليين مما يدل على إقبال أفراد المجتمع الدولي عليها وقبولها.

إن أساس هذه الاتفاقية كما هو واضح من خلال صياغة تسميتها هو مصطلح "التمييز"، لذلك يتناول هذا المطلب تعريفه وكذا تعريف المصطلحات المتصلة به في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فهو مخصص للبحث في مضمون الاتفاقية، خصائصها، والتصديق عليها والتحفظ على بنودها.

الفرع الأول: تعريف التمييز ضد المرأة والمصطلحات المتصلة به.

يعد التمييز أساسا ترتكز عليه اتفاقية سيداو، تتداخل حقيقته مع مفهوم خطير لقي اهتماما في وثائق مؤتمرات الأمم المتحدة متمثل في "الجندر"[246]، وهذا الأخير بدوره يرتبط بمصطلحات أخرى متصلة بأحكام الأسرة اتصالا وثيقا من بينها، "الأدوار النمطية" "الاستحقاقات

244- محمد محمود الطرايرة، المرأة واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدها (سيداو) دراسة نقدية شرعية، باحثات لدراسة المرأة، الرياض، 2015، ص 15.

245- المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، ص 73.

246- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 88.

الأسرية"[247]. "التمكين"، "الصحة الإنجابية"، "الحرية"[248]، وفيما يلي تعريف موجز لهاته المصطلحات التي يمكن وصفها بمصطلحات عصر العولمة المتعلقة بالأسرة.

أولا: تعريف التمييز ضد المرأة.

يقصد بالتمييز حسب المادة الأولى من اتفاقية سيداو التي تنص على أنه: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني مصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل"

يستفاد من المادة أعلاه أنه يعد تمييزا ضد المرأة كل إجراء من شأنه الحد أو تنحية المرأة بسبب الجنس من أي مجال في مجالات الحياة[249]، كما يستفاد أيضا أنها ترى في التمييز مفهوم واسع لذلك فرقت بين حالاته، أسسه، وآثاره، فمن حيث حالاته يكون أما استبعاد، تفرقة، أو تقييد للحقوق التي يفترض أن تتمتع بها المرأة في نظر الاتفاقية، ومن حيث أسسه فهو إما التفرقة على أساس الجنس، أو كل إخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ومن حيث آثاره يكون إما إضعاف أو إحباط الإقرار بحقوق الإنسان للمرأة، أو إضعاف أو إحباط استعمالها لهذه الحقوق والتمتع بها[250].

247- أمل بنت عائض الرحيلي، نفس المرجع، ص 83.

248- مرام منصور زاهد، الصحة الإنجابية في المواثيق الدولية، دراسة نقدية في ضوء الإسلام، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016، ص 35.

249- نعار زهرة، حماية حقوق المرأة وفقا لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة –الجزائر، م 04، ع 01، ص ص289-2017،208، ص 192.

250- دنش رياض، منع التمييز في ضوء اتفاقية سيداو (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)، مجلة العلوم الإنسانية–جامعة محمد خيضر بسكرة، م 15،ع 01، ص ص 223-236، 2015، ص 227.

من خلال التعريف السابق يظهر أن مصطلح التمييز يقضي هدم جميع الفروق بين الرجل والمرأة، وإقامتها على أساس من المساواة المطلقة بينهما، كما أنه يقتضي الضغط على القوانين والتشريعات لتفعل هذه المساواة ولو اقتضى الأمر سن قوانين من مصلحة المرأة وحدها باعتبارها من قبيل التمييز الإيجابي[251]، متذرعين بحجة عدم تحقق المساواة الفعلية المرجوة من بنود الاتفاقية وغيرها من الصكوك الدولية فعلا على أرض الواقع.

ثانيا: الجندر.

ظهر مصطلح الجندر باللغة الإنجليزية (GENDER) لأول مرة في وثيقة مؤتمر القاهر للسكان سنة 1994 في (51) موضعا، ولقد ترجم إلى اللغات الأخرى بأنه لفظ يطلق للدلالة على الذكر والأنثى، الأمر الذي لم يخلق أي جدال بين الوفود الحاضرة في المؤتمر، ليستخدم في العام الموالي وثيقة مؤتمر بكين (233) مرة، العدد الذي دعا لضرورة الوقوف عند معناه ودلالته عند أصحابه[252]، الذين رفضوا تعريف الجندر بالذكر والأنثى، مما أدى إلى نشوب مناقشات حادة وصراع كبير بين المشاركين في المؤتمر، الدافع الذي أدى إلى إنشاء لجنة خاصة يعهد لها مهمة تعريفه التي اختارت تعريفه بعدم تعريفه ". فبذا بقي مفهوم الجندر مبهم نتيجة صعوبة ترجمته من جهة، وعزوف رواده عن تعريفه من جهة أخرى، رغبة منهم في تمرير ما تبنته الأمم المتحدة من أفكار تدور حول الاعتراف بجميع أشكال الاقتران الجنسي بين بني البشر[253].

إلى جانب التعريف الذي لا يعدو أن يكون ترجمة لمصطلح الجندر في مؤتمر القاهرة، والتعريف السلبي الذي جاءت به اللجنة السابقة الذكر، ظهرت عدة محاولات عديدة لتعريف مصطلح الجندر، من بينهما تعريف الموسوعة البريطانية: "تعني بالجندر أنه شعور الإنسان بنفسه ذكرا أو أنثى وفي الأعم الأغلب فأن الهوية الجندرية تطابق الخصائص العضوية، لكن

251- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 88.

252- محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 26 و28.

253- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 282.

هناك حالات لا ترتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية" فالهوية الجندرية حسب هذا التعريف ليست ثابتة بالولادة –ذكر أو أنثى– بل العوامل الاجتماعية والنفسية هي التي تؤثر في تكوينها، وهي تتغير وتتوسع بفعل العوامل الاجتماعية كلما نما الطفل[254]، وكذا تعريف منظمة الصحة العالمية الذي ينص على أن الجندر: "المصطلح الذي يفيد استعماله وصف خصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة اجتماعية، لا علاقة لها بالاختلافات العضوية"، ويمكن تعريف الجندر على أنه: مصطلح حديث نسبيا جاء مخالفا للعادات الفطرية التي تقضي بتوزيع الأدوار المجتمعية بين الرجل والمرأة بحجة أنها من صنع المجتمع لا من صنع الطبيعة[255]، مما يفيد قدرة الآدمي على ممارسة جميع المسؤوليات والواجبات والوظائف الاجتماعية، فيمكن قبول حلول المرأة محل الرجل، وحلول الرجل محل المرأة في جميع الأدوار الاجتماعية بشكل مطلق ودون استثناء[256]، فبهذا يتضمن الجندر مفاهيم في غاية من الخطورة أشدها وأشنعها إباحة الزواج المثلي أو كما يسمى أيضا المثلية الجنسية[257].

تجدر الإشارة إلى أن الكثير أخلطوا بين الجنس والجندر، إلا أنهما أمران متباينان فالجنس بوصفه جملة الفروق البيولوجية بين الرجل والمرأة تخلق مع الإنسان لا تتغير بتغير الزمان والمكان، أما الجندر فمتمثل في توزيع المجتمع للأدوار بين الآدميين بناء على الدور البيولوجي لكل من الجنسين، فيظهر الفرق بينهما واضحا حسب أنصار الهوية الجندرية المتمثل في كون الجنس مرتبط بما هو طبيعي لا دخل للإرادة فيه مما يعطيه استقرار وثبات غير قابل للتغير أو التطور، في حين أن الجندر يميل إلى ما هو ثقافي، مما يعطي للذكر والأنثى طبقا له معنى متغير بتغير الزمان والمكان وتبعا لظروف كل مجتمع معين[258].

254– عبد العظيم المطعني، المرجع السابق، ص 34.

255– مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 35.

256– أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 17.

257– راجع الصفحة، المطلب الأول من المبحث الأول، من الفصل الثاني.

258– أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 82 و 83.

ثالثا: الأدوار النمطية.

جاء ذكر هذا المصطلح في المادة 1/5 من اتفاقية سيداو التي تنص على ما يلي: (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي: -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 أدوار نمطية للرجل والمرأة...). فالأدوار النمطية مصطلح يشير لضرورة تجريد الوظائف الاجتماعية عن الجنس، ومن ثم يقبل فكرة تبادل الأدوار بين الرجل والمرأة[259]، ويمكن تعريفه على أنه: مجموعة الوظائف الخاصة بكل من الرجل والمرأة، التي جاءت انعكاسا لعادات وأعراف اجتماعية، متحيزة غير مقبولة من وجهة نظر واضعي اتفاقية سيداو، فغاية هذا المصطلح خطيرة جدا تسعى للقضاء على الحد الأدنى من معالم التفرقة بين الجنسين مجتمعيا وثقافيا.

بهذا يرفض مفهوم الأدوار النمطية دور الرجل كرئيس للأسرة ويقع عليه واجب الإنفاق وواجب العمل خارج البيت، والمرأة لها حق النفقة وعليها واجب الطاعة والعمل في البيت[260]، فهو يسعى إلى إعادة هيكلة المفاهيم الاجتماعية المنوطة بكل من الرجل والمرأة، كالقضاء على دور المرأة كأم وكزوجة متفرغة في شؤون بيتها، وسلب قوامة الرجل على المرأة، بل يسعى لتغيير شكل الأسرة النمطي التي عرفتها الإنسانية منذ بزوغها المتكونة من رجل وامرأة، ليقر أشكلا أخرى لها تجمع بين شخصين من النفس الجنس[261]، فمن خلال حقيقة مصطلح الأدوار النمطية والنتائج المترتبة عنه، يظهر تقاطعه واتفاقه مع مصطلح الجندر السابق الذكر[262].

259- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 89.

260- فهد بن محمد الغفيلي، نظرات في المساواة بين الجنسين، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016، ص 108.

261- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 215.

262- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 89.

رابعا: الاستحقاقات العائلية.

جاء ذكر هذا المصطلح في المادة 13 من اتفاقية سيداو التي تنص على ما يلي:(تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجلات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق، ولاسيما: (أ)- الحق في الاستحقاقات العائلية،...).

لقد فسر هذا المصطلح على أنه يقصد أحكام الميراث، وتطبيق المساواة المطلقة فيه بين النساء والرجال، ويلاحظ أن استخدام هذا المصطلح جاء بصيغة ضمنية لم تشر له صراحة، لعلم من وراء هذه الاتفاقية بمدى ثبوت أحكام الميراث في الفقه الإسلامي، تجنبا لردود فعل التيار الإسلامي[263].

خامسا: الصحة الإنجابية.

عرف مصطلح الصحة الإنجابية تطورا ملحوظا في أواخر القرن الماضي، فأول ظهور له كان في بداية السبعينيات من القرن الماضي، المرحلة التي لم يحصل فيها على الإقبال والتأييد الدولي الكافي، شأنه في ذلك شأن أي مصطلح مستحدث، غير أنه في أواخر الثمانيات نال نوعا من الاهتمام، وزاد عقب مؤتمر القاهرة للتنمية والسكان سنة 1994 الذي عرفه على أنه: "وتعني الصحة الإنجابية قدرة الناس على التمتع بحياة جنسية مرضية ومأمونة، وقدرتهم على الإنجاب، وحريتهم في تقرير الإنجاب وموعد تواتره"[264]، كما عرفته منظمة الصحة العالمية على أنه: "حال من الكمال البدني والنفسي والاجتماعي للفرد والأسرة والمجتمع، وليست فقط الخلو من الأمراض والإعاقة"[265].

بهذا يتضمن مصطلح الصحة الإنجابية أبعاد إيجابية وأخرى سلبية من وجه نظر الفقه الإسلامي، فمن بين أموره الإيجابية الأمومة الآمنة، وكل ما من شأنه المحافظة على صحة

263- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 92.

264- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة 5-13 أيلول/ سبتمبر 1994، الفصل السابع، المادة 07-2.

265- مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 21.

المرأة من حيث العناية اللازمة للحامل والنفساء والمرضع، وكذلك الإرضاع الطبيعي وصحة الرضيع... إلخ، ومن ببين الأمور السلبية التنفير من الزواج المبكر، الحد من الإنجاب، تناول حبوب منع الحمل، إباحة الإجهاض[266]، والأكثر من هذا إقراره الضمني بالاقتران الجنسي بين الرجل والمرأة دون أن يربطهما عقد زواج[267].

سادسا: التمكين.

ظهر مصطلح التمكين في تسعينيات القرن الماضي، وظل مفهومة غامضا[268] إلى أن تكفلت ورشة (عمل المرأة والتنمية والتمكين) بتعريفه بقولها: "فهو يعني ببساطة مزيدا من قوة المرأة، والقوة تعني أن لها: "مستوى عاليا من التحكم، وإمكانية التعبير والسماح لها، والقدرة على التعريف والابتكار من منظور المرأة، والقدرة على الاختيارات الاجتماعية المؤثرة، والتأثير في كل القرارات المجتمعية وليس فقط في المناطق الاجتماعية المقبولة كمكان للمرأة، واعترافا واحتراما كمواطن مساو، وكيان إنساني مع الآخرين، والقوة تعني أيضا مقدرتها على المساهمة والمشاركة في كل المستويات الاجتماعية، وليس مجرد المنزل، والاعتراف بهذه المشاركة واعتبارها ذات قيمة"[269]

طبقا لهذا التعريف يفهم أن التمكين مفهوم يحمل معاني القوة والتسلط والسيادة لصالح المرأة، من شأنه تعزيز مركزها السياسي والاجتماعي والاقتصادي خاصة في مجال التنمية[270]، فبهذا يعد مفهوما معارضا لدور المرأة كزوجة وأم تسهر على شؤون بيتها وأمور أولادها، الدور الذي يشكل عائقا أمام المرأة في المشاركة الكاملة في عملية التنمية[271].

266- نهى قاطرجي، المرجع السابق، ص 279- 288.

267- مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 22.

268- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 58.

269- مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 37.

270- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق،

271- مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 37 – 38.

سابعا: الحرية.

إن العولمة في جانبها الاقتصادي تسعى إلى تعميم النظام الليبرالي وجعله النظام الاقتصادي الرئيسي الذي تقوم على الحياة الاقتصادية في جميع أنحاء العالم، وهو النظام المتميز بالحرية الاقتصادية، والعولمة في جوانبها الأخرى لم تحد عن المبدأ الرئيس المتمثل في الحرية، ففي مجال حقوق الإنسان عامة وحقوق المرأة خاصة تعد مطلبا أساسيا من وجهة نظر العولمة، فترى اتفاقية سيداو في مواطن عديدة تعتبر حرية المرأة في جميع المجلات مقصدا أساسيا يجب على الدول اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتفعيلها والحد من ما من شأنها تقيد حريتها، فعلى سبيل الذكر لا الحصر نص المادة 4/15 من الاتفاقية: (...4- تنمح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم.).

والأدهى أن نطاق الحرية في مجال حقوق الإنسان حسب وجهة نظر الأمم المتحدة المستنبط من مجل ما تنظمه مؤتمرات يتسع ليشمل الحرية الجنسية التامة، باعتبارها حقا من حقوق الإنسان، بغض النظر عن الحالة الاجتماعية كون الشخص متزوج أم لا، وبغض النظر عن مرحلته العمرية كون الشخص بالغا أو مراهقا، فهي تقر المخالطات الجنسية خارج إطار الزواج، بل وتسخر خدمات الصحة الإنجابية لهم بأزهد الأسعار ضمانا لهم في علاقات آمنه[272].

من خلال شرح موجز لهذه المصطلحات التي يمكن نسبتها للعولمة لتزامن ظهورها من بوادر ظهور العولمة، وعند استقراء ما تحمله معان يلاحظ أنه يمكن تركيزها في مصطلح واحد يستوعبها جميعا، متمثل في المساواة المطلقة والتامة بين الرجل والمرأة للدرجة التي تصل إلى محو معالم التفرقة بينهما، فالعولمة في جانبها الاجتماعي والثقافي وما ينتج عنهما من عولمة قانونية لا تعترف بتقسيم النوع الإنساني إلى ذكر وأنثى إنما ترى في الكائن البشري نوع واحد

272- مرام بنت منصور زاهد، نفس المرجع، ص 39.

وهو الإنسان، فيمكن للرجل بيولوجيا أن يقوم مقام المرأة، كما يمكن للمرأة بيولوجيا أن تقوم مقام الرجل في جميع شؤون الحياة.

بالرجوع لفكرة المساواة بين الناس بصفة عامة والمساواة بين الرجل والمرأة بصفة خاصة في الفقه الإسلامي يلاحظ أنها مبدأ أصيل جاءت به الشريعة الإسلامية، لا يتم العدول عنه إلا بدليل يقتضى هذا العدول، وموانع المساواة بين الجنسين في الفقه الإسلامي تتمثل في الموانع الجبلية التي ترجع لخلقة كل من الرجل والمرأة، كقيادة الجيش، وواجب الإنفاق، الموانع الشرعية، التي ثبت بموجب أحكام شرعية منها ما عرف مقصده ومنها ما يبقى اختبارا لإيمان المؤمن كإباحة التعدد والاختلاف في أحكام الميراث، الموانع السياسية مثل منع المساواة بين المسلمين وغيهم من غير المسلمين وموانع الاجتماعية والتي يمكن ردها إلى فكرة الأخلاق، وفي حالة انتفاء هذه الموانع يتم إعمال الأصل وهو المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الأحكام[273].

الفرع الثاني: مفهوم اتفاقية سيداو.

يتناول هذا الفرع مجموعة من المسائل متمثلة في: مضمون اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، جملة الخصائص التي تميزها عن غيرها من الاتفاقيات والصكوك الدولي، والتصديق على الاتفاقية والتحفظ عليها في النقاط التالية:

273- فهد بن محمد الغفيلي، المرجع السابق، ص 27-28.

أولا: مضمون الاتفاقية.

جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد مكونة من دباجة تضمنت أساسها وأسبابها وخلفياتها اعتمادها، و 30 مادة مقسمة إلى ستة أجزاء أساسية موجزة فيما يلي[274]:

الجزء الأول: من المواد (01 إلى 06)، الجزء الثاني: من المواد (07 إلى 09)، الجزء الثالث: من المواد (10 إلى 14)، الجزء الرابع: من المواد (15 إلى 16)، والجزء الخامس: من المواد (17 إلى 22)، والجزاء السادس من المواد (30 إلى 30).

ويمكن تقسيم هذه الأجزاء تقسيما أقل تركيزا إلى ثلاث مجموعات، الأولى: تمثل الأساس الذي ترتكز عليه الاتفاقية وتشمل البنود من (01 إلى 05)، الثانية: تمثل الوسائل والمجالات التي تسعى الاتفاقية منع التمييز فيها وتشمل المواد من (06 إلى 16)، والثالثة: تمثل الآلية الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية وتشمل المواد من (17 إلى 30)[275].

فالمجموعة الأولى التي توصف بأنها منطلق الاتفاقية جاءت بتعريف شامل للتمييز، وضرورة إلزام الدول باتخاذ إجراءات عملية منصوص عليه في الاتفاقية لتحقيق ما تطمح إليه الاتفاقية من مساواة بين الرجل والمرأة[276] ، كما أشارت بنود هذه المجموعة إلى ضرورة اتخاذ التدابير الخاصة والمؤقتة لمنع التمييز، وضرورة القضاء على الأدوار النمطية، أما بنود المجموعة الثانية فلقد دعت إلى منع كافة أشكال استغلال المرأة والاتجار بها، وتحقيق المساواة التامة بينها وبين الرجل[277] وكفالة جميع حقوقها في الحياة السياسية –كحق التصويت، الترشح،

274– عزيزة بن جميل، آليات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة (SDAW) لحماية حقوق المرأة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة يحيى فارس المدية، م 01، ع 01، ص ص 117–129، 2017، ص120.

275– محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 23 و24.

276– مبروك جنيدي، آليات التطبيق الدولي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، م 19، ع 01، ص ص 117–131، 2019، ص 120.

277– محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 24.

المشاركة السياسي، جنسية أطفالها..–[278]، والمدنية بما تشمله من جوانب تربوية وتعليمية، وخدمات صحية، ومالية، وأسرية.

أما بنود المجموعة الثالثة والأخيرة فلقد بينت آلية تطبيق بنود اتفاقية سيداو، التي نصت على إنشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وبينت طريقة عملها من مهام وصلاحيات معقودة لها، كما تضمنت هذه المجموعة الأحكام الإدارية الخاصة بالمصادقة على الاتفاقية والتوقيع عليها والانضمام إليها، ويلحق بالمجموعة الثالثة البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية، الذي جاء بآليات جديدة تساعد على تفعيل تطبيق بنود هذه الاتفاقية[279].

من خلال مضمون الاتفاقية يظهر أنها واسعة النطاق من حيث الاعتناء بالمرأة في جوانب حياتية عديدة، وما يكفل هذه العناية من حماية دولية وداخلية، وما يعنينا منها هو الشق الذي تتقاطع فيه الاتفاقية مع أحكام الأسرة، خاصة المادة 16 منها التي تحمل أبعادا مرتبطة بالشخص وأسرته حيث ينص هذا الأخير على ما يلي:

"1– تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) نفس الحق في عقد الزواج ؛

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل؛

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه؛

(د)نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية،في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول ؛

278– مبروك جنيدي، المرجع السابق، ص 120.

279– محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 24.

(هـ) نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبادراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على معلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق؛

(و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم ، أو ما شابه ذلك من الأعراف،حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول؛

(ز) نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل؛

(ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعى منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسميأمراً إلزامياً".

ثانيا: خصائص اتفاقية سيداو.

تتميز اتفاقية سيداو بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من بين مختلف الصكوك الدولية من إعلانات ومواثيق و واتفاقيات، دولية متمثلة في مايلي:

- ✓ طابعها المزدوج الذي يجمع بين كونه خاصا وعاما في آن واحد، فمن جهة اعتبارها ذات طبيعة خاصة فلقد جاءت لمصلحة المرأة دون الرجل، ومن جهة اعتبارها ذات طبيعة عامة جاءت شاملة جميع مناحي الحياة التي يمكن للمرأة اقتحامها والخوض فيها.
- ✓ المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه الاتفاقية هو المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع مجالات الحياة، السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية[280]، وفي هذه الخاصة تشترك

280- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 11.

اتفاقية سيداو مع غيرها من المواثيق الدولية الأخرى كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين.

- ✓ إلزامية بنود الاتفاقية الأمر الذي يفرض على الدول الموقعة والمصادقة والمنضمة له موائمة قوانينها بما يتمشى وأحكامها سواء بالتعديل أو بالإضافة أو بالإلغاء[281].
- ✓ غلبة النظرة الغربية على بنود الاتفاقية، فالحقوق والحريات التي جاءت بها تحمل مرجعية غربية مخالفة لمضمون الحقوق والحريات لدى أغلب شعوب العالم، مما يعكس عدم إمكانيتها تلبية حاجيات جميع نساء العالم[282].
- ✓ تتميز السيداو بميزة يفتقر إليها غيرها من الصكوك الدولية، آلا وهي عدد الدول المنظمة إليها الذي بلغ 186 دولة حتى عام 2009[283]، فجميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة صادقت عليها إلا تسعة، الأمر الذي يعطيها مكانة أكبر من غيرها من الإعلانات والمواثيق والمعاهدات الدولية[284]،
- ✓ نظرتها المادية للنساء التي تعامل المرأة كأنها كائن منسلخ اجتماعيا، لا علاقة لها بالأسرة أو المجتمع أو الدولة أو أي انتماء ديني أو تأريخية أو أخلاقية[285].
- ✓ ما يميز اتفاقية سيداو هو سهر الأمم المتحدة على تطبيق بنودها، هذا من يظهر من خلال استحداث لجنة القضاء على التمييز ضد بالمرأة بموجب المادة 17 من الاتفاقية، تتمثل مهامها في النظر التقارير تتضمن التدابير التشريعية والقضائية والإدارية، وغيرها قصد إنفاذ أحكامها، ولقد فرقت المادة 18 بين نوعين من التقارير، تقرير أولي تقدمه الدولة في غضون عام من تاريخ بدء نفاذ الاتفاقية، وتقارير دورية تقدمها الدولة كل

281- نفس المرجع، ص 11.

282- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 47.

283- نفس المرجع، ص 46.

284- محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 18.

285- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 47 و48.

أربع سنوات على الأقل. ولقد حددت المادة 19 طريقة عمل اللجنة محيلة مسألة تنظيمها إلى النظام الداخلي الخاص بها.

ولم تكتفي الأمم المتحدة بنظام التقارير التي لا تمنح للنساء بتقديم شكاوى بشكل مباشر إلى لجنة القضاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة[286]، إنما ألحقت به نظام الشكاوى الفردية من الأفراد أو المجموعات المدعين أنهم ضحايا لانتهاك أي حق من الحقوق الواردة في الاتفاقية، وآلية التحقيق في تلك الشكاوى بموجب البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[287]، المعتمد والمعروض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر 1999، النافذ بتاريخ 22 ديسمبر 2000 وفقا لأحكام المادة 16 منه التي تقضي بنفاذه بعد ثلاثة أشهر تاريخ مصادقة الدولة العاشرة عليه. ولقد صادق على هذا البروتوكول حتى عام 2012 97 دولة من بينها أربع دول إسلامية ليبيا، تونس، بنغلاديش، المغرب[288]، ولم تصادق الجزائر على هذا البرتوكول إعمالا لحقها في الانضمام أو عدم الانضمام لبروتوكول اختياري.

ثالثا: التصديق والتحفظ على الاتفاقية.

يقصد بالتصديق: التصرف القانوني الصادر من السلطة المختصة في الدولة، يظهر أثره في ارتضاءها الالتزام بأحكام معاهدة دولية بصورة قطعية[289]، كما يقصد بالتحفظ ذلك التصرف القانوني الصادر من الدولة وقت التصديق على المعاهدة الغرض منه استبعاد أو تعديل حكم أو أحكام معينة من تلك المعاهدة[290] أما بشأن مشروعية التحفظ فيرجع فيه بداية إلى ذات

286- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع نفسه، ص 52.

287- عزيزة بن جميل، المرجع السابق، ص 122.

288- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 53.

289- مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 71.

290- نفس المرجع، ص 85.

الاتفاقية التي قد تأتي بنص يجيز التحفظ أو تحظره، أما في حالة سكوتها فمشروعيته تتوقف على مدى تعارضه أو توافقه مع موضوع الاتفاقية[291]. ولقد جاءت المادة 2/28 من اتفاقية سيداو بنص صريح يمنع التحفظ على يكون معارضا لموضوع الاتفاقية وغرضها، الذي يفهم منه ضمنا إمكانية التحفظ على بعض بنودها.

ولقد صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة محاولة الاندماج مع غيرها من أفراد المجتمع الدولي، وتلبية للمطالب بعض الجمعيات والأحزاب السياسية التي ترى في هذه الاتفاقية دستورا يعكس قمة التقدم الذي يجب للمرأة الوصل إليه، بموجب المرسوم الرئاسي 51-96[292]، المؤرخ في 22 يناير 1996، متحفظة على المواد 2، 2/9، 4/15، المادة 16 برمتها، 1/29. لتعارض أحكامها وقانون الأسرة الجزائري. وما يعنينا هنا هو المادة 16 التي عالجت مسائل الأسرة المتعلقة الزواج وانحلاله، وما يتعلق بهما من ولاية على الأطفال وحماية لهم.

إن التباين بين بُنى الدول السياسية والاقتصادية والدينية والثقافية من شأنه عرقلة استجلاب أكبر عدد ممكن من الدول من أجل انضمامها لاتفاقية دولية تنزع إلى النظرة الغربية، ليأتي التحفظ محاولا الحد من هذا النفور من خلال السماح بالانضمام غير الكامل لبعض الدول خير لها من الاستبعاد التام من تلك المعاهدات[293]، هذا ما حققه التحفظ فعلا بشأن الانضمام إلي اتفاقية سيداو فحتى عام 2019 كانت ثمة هناك 53 دولة متحفظة على بند واحد من بنودها على الأقل، من بينهما 35 دولة متحفظة على المادة 16، فبهذا تعتبر هذه المادة التي

291- مانع جمال عبد الناصر، المرجع نفسه، ص 94 و 95.

292- المرسوم الرئاسي رقم 51-96 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر، ع 06، مؤرخة في 24 يناير 1996، ص 04.

293- أحمد عبادة، التحفظات الجزائرية على اتفاقية "سيداو" من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية أم البواقي، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي- الجزائر، م 7، ع 2، ص ص 88-102، 2020، ص 90.

جاءت بتنظيم مسائل الأسرة القاسم المشترك بين الدول العربية والإسلامية من حيث تحفظ حكومتها عليها[294].

وفي ذات السياق يطرح تحفظ 35 دولة على المادة 16 قضية مشروعيته، فحسب بعض الباحثين يعد مشروعا لمساسها بمبادئ الشريعة الإسلامية، وعدم احترامها للهوية الثقافية والتشريعات الداخلية للدول، فمن حق هذه الأخيرة عدم حرمانها من الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية، الأمر الذي يقتضي الاعتراف للدول لها بحق التحفظ على ما تشاء من بنودها[295]، وفي جانب أخر حسب لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تمثل المادة 16 غاية ومقصدا رئيسيا للاتفاقية، لكون تعطيل أحكامها يعد انتهاك صريحا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فطبقا للمادة 2/28 من اتفاقية سيداو لا يعد مشروعا لمساسه بجوهر الاتفاقية وروحها. ومن هنا يثور التساؤل حول مصير التزام الدول المتحفظة على المادة 16 بتطبيق بنودها، بمعنى أخر هل التحفظ على المادة 16 من الاتفاقية يخرجها من نطاق الاتفاقية أم لا؟[296]

حسب فقه القانون الدولي يعد لاغيا مثل هذا التحفظ وتبقى الاتفاقية نافذة في مواجهة الدول المصادقة عليها[297]، هذا ما دأبت عليه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في اعتبار أن الاتفاقية سارية النفاذ في مواجهة الدول التي تبدي تحفظات باطلة، فتقترح على الدول المتحفظة على بنودها، إما الإبقاء على التحفظات وإما استبدال التحفظ غير المشروع بآخر مشروع، وإما سحب تحفظات، وغالبا ما تميل اللجنة إلى تبني الخيار الأخير، حيث تتعامل وكأنما أحكام المواد المتحفظ عليها نافذة فعلا في مواجهة الجزائر، وغيرها من الدول المتحفظة على المادة 16[298]. هذا ما تم فعلا تنفيذا لتوصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بعد

294- بيدي آمال، المرجع السابق، ص 409.

295- بيدي آمال، المرجع نفسه، ص 409 و410.

296- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 96.

297- رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، د ت ن، ص 42.

298- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 96.

التقارير التي قدمتها الجزائر حتى سحبت بعض تحفظاتها على سيداو وتبقي على الأخرى[299]. وجدير بالذكر أن الجزائر لم تسحب تحفظاتها بشأن بنود المادة 16 هذا ما يتضح من خلال الإبقاء على بعض مظاهر التمييز بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائري[300].

299- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص286.

300- أحمد عبادة، المرجع السابق، ص 96.

الفصل الثاني:

أحكام الأسرة بين متطلبات عولمة القانون والثابت في الفقه الإسلامي.

يأتي الفصل الثاني تحت عنوان "أحكام الأسرة بين متطلبات عولمة القانون والثابت في الفقه الإسلامي" أساسا ليجب عن السؤال التالي: كيف نظمت عولمة القانون أحكام الأسرة بما جاءت به المعاهدات والمؤتمرات الدولية، ويستحسن لمعرفة حقيقة أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون مقارنتها مع ما هو ثابت في الفقه الإسلامي، ولقد تم تقييد المقارنة بما هو متفق عليه بين جميع الفقهاء، وما هو مستقر في ضمير الشعوب العربية والإسلامية دون الخوض في تفصيلات أقوال الفقهاء، لكي لا يتم الابتعاد عن موضوع البحث وجوهره المتمثل في تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة في التشريع الجزائري.

إذا كانت القوانين العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري، قسم موضوعات أحكام الأسرة إلى زواج وطلاق، نيابة شرعية (الولاية على المال)، الميراث، والتبرعات، ولقد تبنى غالبية شراح الأحوال الشخصية هذا التقسيم في شرح أحكام الأسرة، غير أن اعتماده لا يستقيم في ما هو محل للبحث ها هنا، لذلك سيتم العدول عنه ويتم معالجة موضوعات أحكام الأسرة بين عولمة القانون والثابت فقها تبعا لارتباط أحكام الأسرة بالمجلات التي قد ترتبط بها، فكما تتصل أحكام الأسرة بالمجال الاجتماعي، بل وتنبثق من جوهره، تتصل بمجلات أخرى متمثلة في المجال الخلقي والمالي، وعليه سيتم معالجة أحكام الأسرة بين عولمة القانون والثابت فقها في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أحكام الأسرة الاجتماعية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

المبحث الثاني: أحكام الأسرة الأخلاقية والمالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

المبحث الأول: أحكام الأسرة الاجتماعية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

يقصد بأحكام الأسرة الاجتماعي في هذا المبحث العلاقة بين الرجل والمرأة بموجب عقد الزواج بوصفها أهم علاقة اجتماعية على الإطلاق، تحتاج نظام رصين يحكمها من لحظة نشأتها إلى غاية انحلالها، ويتفرع عن الزواج جملة من النتائج والآثار من أهمها على الإطلاق الولادة، لذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول: نظام الزواج بين عولمة القانون والفقه الإسلامي بما يشمله الزواج من انعقاد وآثار إلى غاية انحلاله، والمطلب الثاني: إلى أحكام الولادة بين عولمة القانون والفقه الإسلامي لما للولادة من أهمية واختلاف في أحكمها بين عولمة القانون والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: نظام الزواج بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

أقرت المجتمعات الإنسانية نظام الزواج كسبيل لارتباط الرجل بالمرأة بغية تحقيق مقاصد ترجع بالفائدة عليهما من جهة، ومن شأنها الحفاظ على النوع الإنساني من جهة أخرى، ويختلف تنظيم هذا العقد من نظام لأخر، وما يهم هنا نظرة كل من الفقه الإسلامي وعولمة القانون لهذا العقد، التي تبدو متباينة ومتعارضة من البداية، ذلك أن الفقه الإسلامي يؤسسه على فكرة القوامة – التمييز، أو التفضيل– الزوجية مصداقا لقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[301]، في حين أن العولمة تؤسسه على فلسفة المساواة بين الرجل والمرأة، ولإثبات ذلك سيتم التطرق إلى كيفية إبرام الزواج وجملة الآثار المترتبة عنه بين الفقه الإسلامي وعولمة القانون، عن طريق تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول تكوين الزواج بين الفقه الإسلامي وعولمة القانون، والثاني آثار الزواج بين الفقه الإسلامي وعولمة القانون.

301– النساء الآية 34.

الفرع الأول: تكوين عقد الزواج بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للزواج، ومن التعريفات المعاصرة تعريف الشيخ محمد أبو زهرة الذي ينص على أنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[302]، فأول قيد لهذا التعريف هو أن الزوج "عقد" غير أن حقيقته تختلف عن العقد المعروف كنظرية عامة اهتم بها فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، إلا أنه اصطبغ بصبغة العقود من حيث كونه يحتاج لإيجاب وقبول لانعقاده، لذلك قرر فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة مفادها أن: "النكاح مبني على المكارمة، والبيع مبني على المكايسة"[303].

فالقول بأن الزواج عقد كغيره من العقود لا بد من توافر إيجاب وقبول لتمامه، هذا ما يصطلح عليه ركن "الصيغة" عند فقهاء الشريعة الإسلامية، الذي يعبر عنه الفقه القانوني بركن التراضي، والقول بأن النكاح مبني على المكارمة والبيوع مبينة على المكايسة، يقتضي التفرقة بينه وبين مختلف العقود من زاويتين تهمنا الأولى منهما المتعلقة بتكوينه، فيفترض هذا الأخير توافر مقومات للزواج في الفقه الإسلامي لا نظير لها في باقي العقود كأصل عام، والمتمثلة في اشتراط الولي، الإشهاد، انتفاء موانع الزواج الشرعية، الإعلان، على عكس عولمة القانون التي ترى فيه عقدا عاديا من حيث تكوينه لا يوجد ما يميزه عن غيره من العقود التي يمكن أن يبرمها الشخص في حياته اليومية.

302- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 02، د ب ن، 1949، ص 17.

303- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011، ص 279.

أولا: تكوين عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

الزواج أهم العقود التي يمكن أن يبرمها الإنسان وأقدسها على الإطلاق، لما يترتب عنه من نتيجة متمثلة في إيجاد كيان مستقل يسمى الأسرة، وفي سبيل تكوينه اشترط الشارع الحكيم علاوة على ما أُصطلح عليه ركن الصيغة أو التراضي، جملة من المقومات يجب توافرها لانعقاده صحيحا مرتبا لجميع آثاره، تكفل علمائنا بتبيانها والمتمثلة في ما يلي:

الفقرة الأولى: الولي: اتفق رجال الفقه الإسلامي على أن للرجل أن يتزوج بمن شاء سواء كان مكافئة له أم لا، سواء تزوج بمهر المثل أم بأكثر منه، معلقين ذلك بشرط وحيد وهو كمال أهليته ورشده، أما في جانب المرأة البالغة الراشدة، فلقد اختلف الفقهاء في ثبوت ولايتها في تزويج نفسها –دون تدخل الولي الذي يشترط فيه الذكورة والذي يكون الأب بالدرجة الأولى باتفاق الفقهاء ويليه آخرون من الأقارب والسلطان يختلفون باختلاف المذاهب الفقهية[304]–، الخلاف الذي نتج عنه صلاحية المرأة تولي زواجها بعبارتها[305]، ويمكن رد اختلافهم إلى ثلاثة آراء، الأول اختيار أبو حنيفة الذي أجاز تزويج البالغة الراشدة نفسها وليس لوليها الاعتراض ما دامت زوجت نفسها بكفء، أما الرأي الثاني فهو اختيار جمهور الفقهاء الذين منعوا النساء من تزويج أنفسهن بعبارتهن مطلقا، إنما زواجهن يكون بعبارات الولي، الذي ليس له إجبار البالغة ولو كانت بكرا على رأي الجمهور وعند الشافعي له أن يجبرها إذا كانت بكرا، وعند مالك له أن يجبر البكر إلى أن تبلغ الثلاثين أو الثالثة والثلاثين، على الخلاف في مذهب مالك والجمهور أنه لا فرق بين البكر والثيب، أما الرأي الثالث فهو اختيار أبو ثور الذي ذهب

304– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 02، دمشق، 1985، ص 199.
305– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 276.

إلى جواز تزويج المرأة نفسها وبعباراتها بشرط رضا وليها[306]. ولكل رأي من هذه الآراء دليل قوي ومتين من القرآن والسنة والقياس والمعقول[307].

من خلال ما تقدم يظهر أن الأنوثة –المجردة عن الصغر والحالة العقلية– تعد سببا من أسباب الولاية في مجال الزواج شأنها في ذلك شأن القاصر أو من في حكمه من مجنون أو معتوه من حيث مبدأ كونها أسبابا للولاية في الزواج، وإن كانت في حدود فيها نوع من المرونة والاتساع في الفقه الإسلامي[308]، فإذا كان جمهور الفقهاء متشددين فيها من جانب المرأة حيث توصلوا باجتهادهم إلى أنه ليس للمرأة الزواج مطلقا بعبارتها، فلقد خفف أبو ثور من شدة هذا التوجه بالتوصل في اجتهاده إلى أنه للمرأة تولي زوجها بشرط رضا وليها، ليأتي رأي أبو حنيفة ليلطف من شدة التوجهان السابقان باجتهاده الذي يقر أن للمرأة الزواج بنفسها دون رضا وليها لكن بشرط كفاءة الزوج، وما يمكن التوصل إليه هو أنه للولي دور في زواج المرأة في الفقه الإسلامي يضيق ويتقلص باختلاف المذاهب والآراء، الأمر الذي يجعل الولي معتبرا في زواج المرأة في الفقه الإسلامي.

والسبب في اعتبار الولي الذي يشترط فيه الذكورة في زواج المرأة مرده فطرة المرأة وطبيعة تكوينها البيولوجي والنفسي والعاطفي، وبمعنى أخر سبب الولاية في الزواج هو القوامة[309].

الفقرة الثانية: انعدام الموانع الشرعية. من بين مقومات الزواج في الفقه الإسلامي انتفاء موانع الزواج الشرعية الكثيرة ومتعددة، والأصل فيها أنها مؤسسة على فكرة المساواة بين الرجل والمرأة، فمن الثوابت مثلا المنع بسبب القرابة كحرمة الأخت من الرضاعة، فهذا التحريم يسري على الرجل كما يسري على المرأة، ويأتي استثناء من الأصل العام وهو التفرقة بين الرجل

306– محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، د د ن، د ت ن، ص 108–109.

307– راجع هذه الأدلة، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 277–288–299. محمد أبو زهرة الولاية على النفس، ص 109 وما بعدها.

308– محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 42.

309– محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 43.

والمرأة في باب الموانع الشرعية، وتتمثل هذه الاستثناءات أساسا في مانع اختلاف الدين، مانع الزيادة فوق خامسة ومانع العدة،

1/ مانع اختلاف الدين. أجازت الشريعة الإسلامية للمسلم كاستثناء من الأصل العام الزواج بغير المسلمة بشرط أن تكون من أهل الكتاب[310]، فالقاعدة العامة منع الزواج بسبب اختلاف الدين مصداقا لقوله تعالى: (وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ أُوْلَٰٓئِكَ يَدۡعُونَ إِلَى ٱلنَّارِۖ وَٱللَّهُ يَدۡعُوٓاْ إِلَى ٱلۡجَنَّةِ وَٱلۡمَغۡفِرَةِ بِإِذۡنِهِۦۖ وَيُبَيِّنُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمۡ يَتَذَكَّرُونَ)[311] ويستثنى من هذه القاعدة زواج المسلم بمن هي من أهل الكتاب مصداقا لقوله تعالى: (ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ وَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلۡإِيمَٰنِ فَقَدۡ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنَ ٱلۡخَٰسِرِينَ)[312]، والمراد بأهل الكتاب في هذه الآية أهل التوراة وأهل الإنجيل، وهم اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم[313].

فهذا نص صريح محكم في حل نساء أهل الكتاب[314]، فهو مخصص لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 219[315]، ثم إن هذه الآية من آخر أي القرآن نزولا، أو هي على الأقل من أخر السور نزولا، أضف إلى ذلك إجماع الصحابة إلا عبد الله بن عمر على أن زواج الكتابيات جائز شرعا، والعلة تبدو واضحة في إجازة الشريعة الإسلامية الغراء للمسلم الزواج من كتابيات

310- محمد أبن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج12، دار ابن الجوزي، عنيزة، 1427هـ، ص 146.

311- البقرة، الآية 219.

312- المائدة الآية 06.

313- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 243.

314- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 100.

315- محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 12، ص 145.

لأن الدين الإسلامي يلتقي مع اليهودية والنصرانية في أصل واحد وهي التي تمثل الأديان السماوية[316].

فكلها تشترك في الإيمان ببعض المبادئ الأساسية كالاعتراف بإله، الإيمان بالرسل والرسالات، الإيمان باليوم الآخر وما فيه من عقاب وحساب، فكان مستساغا من هذا المنطلق قبول زواج المسلم بالكتابية، لإمكانية توفير حياة زوجية مستقيمة غالبا، ويرجى إسلامها لأنها تؤمن بكتب الأنبياء والرسل في الجملة[317].

وفي المقابل منعت الشريعة المسلمة الزواج بغير المسلم مطلقا، طبقا لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُومِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ فَامْتَحِنُوهُنَّۖ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّۖ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُومِنَٰتٖ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِۖ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّۖ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۚ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْۚ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْۚ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ﴾.

يلاحظ أن الشريعة الإسلامية فرقت بين الرجل والمرأة فيما يخص اختلاف الدين كمانع للزواج، والحكمة من هذا تظهر في نقطتين تتمثل الأولى: في أن المسلم يؤمن بكل الرسل والأديان في أصولها وأسسها الصحيحة الأولى، فلا خطر على الزوجة في عقيدتها أو مشاعرها، أما غير المسلم فلا يؤمن بالإسلام وبالرسالة المحمدية، فمن هذا المنطلق كان الخطر محققا بحمل الزوجة على التأثر بدينه، والمرأة بطبعها سريعة التأثر والانقياد، وفي زواجها إيذاء لشعورها وعواطفها وعقيدتها[318].

بينما الثاني طبيعة الزواج الذي يجعل سلطانا وقوامة للرجل على المرأة، فإذا أحل للمسلمة الزواج بالكتابي فلقد يستعمل وظيفة القوامة في التأثير على اعتقادها، فيطعن في دينها فلا هو يؤمن بنبيها– محمد صلى الله عليه وسلم– ولا بكتابها –القرآن الكريم–، وهي ضعيفة لا تستطيع

316– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 100.

317– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 152.

318– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 153.

إنقاذ نفسها من الخطر لأن مفتاح فك الزوجية هو الطلاق الذي ليس بيدها، فهي بين أمرين أحلاهما مر، فإما أن تدافع عن دينها فتسوء العشرة بينهما، أو تستسلم فتقع تحت تأثيره وتفتن في دينها، على عكس الزوج الذي يملك الدفاع عن دينه بما له من سلطة وسيادة، أو التخلص من الحياة الزوجية بموجب حق الطلاق الثابت بموجب نصوص قطعية الثبوت والدلالة[319].

2/ مانع الإحصان والعدة. من موانع الزواج في الفقه الإسلامي الإحصان طبقا لقوله تعالى: (وَالْمُحْصَنٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ الَّا مَا مَلَكَتَ اَيْمٰنُكُمْ)[320]، والإحصان في النظم القرآني يفيد ثلاثة معان، فإما يقصد به المتزوجة، أو العفيفة عن الزنا، أو الحرة[321]، ولقد ذهب أهل العلم في تفسير هذه الآية حمله على أنه يقصد المتزوجة المشغولة بحق زوج أخر، وتبدو الحكمة من هذا المنع واضحة وهي حفظ الأنساب من الاختلاط، ويلحق بالمتزوجة من تكون في فترة العدة[322]، حيث يقصد بها الأجل المضروب لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل والمرأة لا تنحل الرابطة الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تنتظر المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة المقدرة شرعا[323].

ولا يقوم مانع الإحصان في جهة الرجل ولا مانع العدة، ذلك أن الشريعة الإسلامية أباحت للرجل دون المرأة التعدد في حدود أربعة نساء، ولم تلزمه بفترة يتربص فيها كما تتربص المرأة، ففي هذا المجال لا يمكن القول بالمساواة بين الرجل والمرأة لاختلاف الخصائص البيولوجية لكل منهما، الأمر الذي يؤثر على العاطفة والفكر والأحاسيس، كما يؤثر على الحقوق الزوجية والإخصاب والإنجاب وثبوت النسب[324]، وتوقي مختلف الأمراض التي قد تتعرض لها المرأة بسبب اختلاط ماء الرجل في داخلها.

---

319 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 249.

320- النسا، الآية 24.

321- محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 12، ص 146.

322- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 147.

323- محمد أو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 372.

324- محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 116.

الفقرة الثالثة: الشهادة. يعد الإشهاد مقوما من مقومات الزواج في الفقه الإسلامي، ويقصد به إشهار الزواج بقصد إخراجه من مظنة العلاقات غير المشروعة شرعا، وحماية للنسل من اشتباه أمره، فبشهرة النكاح يتحقق أمران، الأول إعطاء مزيدا من الحصانة للمرأة، حيث يعلم الكافة اختصاص الزوج بزوجته، والثاني أنها تبعث الناس على احترامها وانتفاء الطمع فيها إذا صارت محصنة، لذلك سمى القرآن الأزواج محصنين بصيغة اسم الفاعل، وسمى الزوجات محصنات بصيغة المفعول، فقال[325](مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخْدَانٍۗ)[326] وقال (فَإِذَآ أُحْصِنَّ)[327].

ويشترط في الشهداء على الزواج في الفقه الإسلامي ما يلي: الأهلية، الإسلام، سماعهم وفهمهم لصيغة العقد، التعدد، وأن يكونوا رجالا عند جمهور الفقهاء[328] على خلاف الحنفية الذين يكتفون بوجود رجلين أو رجل وامرأتين لتصح الشهادة[329].

ثانيا: تكوين عقد الزواج طبقا لمتطلبات عولمة القانون.

لعولمة القانون نظرة خاصة لعقد الزواج معارضة للطبيعة البشرية وأحكام الأديان السماوية خاصة الدين الإسلامي الذي يدعو للعفة والفضيلة والطهارة والمحافظة على الشرف، فالعولمة فتدعو للانحلال الخلقي والأخلاقي والجنسي تحت مسميات عدة منها حق المرأة في جسدها، المساواة التامة بين الرجل والمرأة[330]، فتكوين عقد الزواج طبقا لمختلف المواثيق والإعلانات الدولية التي صادقت ولم تصادق عليها الجزائر، يكفي لانعقاده توافر مقومان متمثلان في رضا الزوجين وبلوغ سن الزواج، وشرطان آخران لإثباته متمثلان في الإشهاد وتوثيقه الزواج

325- محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 281.

326- المائدة، الآية 05.

327- النساء، الآية، 25.

328- نسرين شريفي وبوفرورة كمال، المرجع السابق، ص 40.

329- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ط 02، 1971، ص 94.

330-زكى على السيد أبو غضة، الزواج والطلاق والتعدد بين الأديان والقوانين ودعاة التحرر، د د ن، د م ن، 2004، ص 37.

أمام سلطة مختصة، وهذا ما تم استقائه من خلال تتبع مختلف المواثيق الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر، فترى المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على ما يلي:

"1-للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله

2- لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه..."،

فما يلاحظ على الفقرة الأولى من هذه المادة أنها كرست حق الزواج وتأسيس أسرة بين الرجل والمرأة، فهي توافق في هذا التوجه كل من الفقه الإسلامي وعلماء الاجتماع في تعريفهم للزواج باعتباره عقد يضم شخصين مختلفين في الجنس، فلا يعد زواجا حسب ميثاق الأمم المتحدة العلاقة بين شخصين من جنس واحد[331]، مشترطة بلوغ الشخص، ولم تحدد هذه الاتفاقية سن البلوغ، فيرجع فيه للصكوك الأخرى التي حددته بـ: 18 سنة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه[332].

ويعد شرط البلوغ لغو من هذه المادة التي جعلت من التراضي الذي لا أكراه فيه ركن الزواج الوحيد، ذلك أن ركنيته تقضي حتما صدوره من بالغ راشد. ولا يمكن للدين طبقا لهذه المادة أن يشكل قيدا على الزواج، وفي هذا معارضة للدين الإسلامي الذي يرى في اختلاف الدين مانعا للزواج، يجد تطبيق له إذا أراد المسلم الزواج بغير كتابية، وإذا أرادت المسلمة الزواج بغير المسلم، وفي الحالة الأخيرة يوافق الدين الإسلامي كل من الديانة اليهودية

331- كيفاجي الضيف، حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، م 03، ع 05،ص ص 231-253،2014، ص242.

332- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 158.

والمسيحية[333]، فبهذا تكون العولمة عولمة معارضة للفكر الديني أيا كان نوعه وأيا كان مصدره وأيا كانت الجهة التي تمثله.

ويسير في فلك ميثاق الأمم المتحدة كل من العهدين الدوليين، واتفاقية سيداو التي بينت معالم توجه الأمم المتحدة في تنظيم مسألة الزواج أكثر من خلال المادة 16 التي تنص على ما يلي:

"1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) نفس الحق في عقد الزواج ؛

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل؛..."

يمكن اعتبار هذه المادة أخطر مواد الاتفاقية على الإطلاق لتجاهلها معتقدات شعوب العالم ومنظومتها القيمية، لكونها تعمل على فرض نمط الحياة الغربية، فهي تطالب بالتساوي التام والمطلق قي تكوين عقد الزواج[334]، حيث يترتب عليها ما يلي:

منع تعدد الزوجات[335]، المسألة الثابتة في الفقه الإسلامي بموجب نصوص قطعية الثبوت والدلالة التي لا تقبل الاجتهاد ولا التغيير، التي جاءت كحل لمشكلة مرافقة لجميع المجتمعات متمثلة في التفاوت العددي بين الرجال والنساء، فإذا كانت الإحصائيات تشير إلى أن عدد الرجال والنساء يكون متساويا تقريبا من حيث معدل الولادات، بمعنى أن المواليد الذكور تماثل مواليد الإناث على وجه التقريب، إلا أن ذات الإحصائيات بينت أن معدل الوفيات تحدث بنسبة أكبر للرجال دون النساء، وهذا التفاوت ملحوظ على مختلف مراحل العمر من الطفولة

333- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 309.

334- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 22.

335- محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 115. معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 259.

حتى الشيخوخة، وعلى مختلف المراحل التي عرفتها الانسانية، فمن خلال هذا وفي الحالات العادية يكون التفوق للعنصر النسوي في المجتمع على عنصر الرجال من حيث العدد، ناهيك عن حالة المجتمعات عقب الحروب، التي تأخذ معها ما تأخذ من جنس الرجال في أغلب الأحيان[336].

هذا ما حدث فعلا عقب الحرب العالمية الأولى في ألمانيا، حيث أصبحت نسبة النساء أعلى من الرجال، فقامت النساء الألمانيات بمظاهرات يطالبن فيها بتبني نظام تعدد الزوجات، بعد أن قتلت الحرب معظم الرجال وبعد كثرة اللقطاء في الشوارع والحدائق العامة[337]. فطبقا للفارق العددي بين النساء والرجال يعد التعدد ضرورة اجتماعية لا بد منها، به يتحقق كثرة النسل الذي ينتج عنه كثرة الأيادي العاملة، ضمانا لقوة للأمة وحماية لها[338].

في ذات السياق سجلت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة دورتها الثالثة عشر عام 1994، أن كثيرا من الدول الأطراف في الاتفاقية تنص على المساواة في دساتيرها، ولكنها تسمح بالتعدد بوصفه وضعية تتعارض والحقوق الدولية والدستورية للعنصر النسوي فوجب على الدول إزالة هذا التعارض عن طريق منعه بموجب نصوص صريحة[339].

السماح للمسلمة بالزواج بغير المسلم: سواء كان يهودي أو نصراني أو حتى ملحدا[340]، شأنها في ذلك شأن ميثاق الأمم المتحدة الذي جاء صريحا في عدم اعتبار الدين قيدا أو مانع من موانع الزواج.

336- وحيد الدين خان، المرأة بين شريعة الإسلام والحضارة الغربية، ترجمة سيد رئيس أحمد الندوي، مراجعة، ظفر الإسلام خان، دار الصحوة، دار الوفاء، القاهرة، 1994، ص 238.

337- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 169.

338- محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة المسلمة، المكتبة العصرية، بيروت، 2005، ص 128.

339- كيفاجي الضيف، حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية، ص 248.

340- معاذ بن عبد الله الرحيلي، المرجع السابق، ص 259.

إلغاء الولاية في الزواج: بحجة أنه إجراء تمييزي ضد المرأة يحط من كرامتها و ينقص من مواطنتها، وهذه الكلمات الفضفاضة الفارغة من محتواها لا علاقة لها بتشريع الولاية في الفقه الإسلامي، فهل كل الملايين من النساء اللواتي تزوجن من خلال أوليائهن لا كرامة لهن؟؟ ومنهن الطبيبات والمهندسات والاقتصاديات والمحاميات وأرباب بيوت ناجحات، فالولاية تشريف للمرأة ووليها معا[341].

أما عن اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج عام 1962 و1965، التي لم تصادق عليها الجزائر فلقد سبقت اتفاقية سيداو في المادة 2/16[342] بإضافة الجديد لعقد الزواج من حيث مقوماته، منه ما هو موافق للفقه الإسلامي ويمكن إدخاله تحت ما يسمى بالمصالح المرسلة، ومنه ما هو معارض له لا يمكن تبريره بأي وجه من الوجوه شرعا، حيث نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على ما يلي: "لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور الشهود، وفقا لأحكام القانون".

يمكن ملاحظة جملة من النقاط من خلال استقراء هذه المادة، والمتمثلة في ما يلي:

- ✓ الحرية في اختيار الزوج[343]، بجعل التراضي ركن ركين في الزواج شأنها في ذلك شأن مختلف المعاهدات والمواثيق الدولية، التي جعلت منه أساس الزواج وركنه الوحيد.
- ✓ إعراب الزوجين بشخصيهما عن الرضا بعقد الزواج، بمعنى أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج يجب أن يكون صادرا من طرفيه –الرجل والمرأة–، ويستفاد من هذا ما يلي: تعطيل دور الولي وتغيبه بالنسبة للمرأة البالغة، فلا دور له في مجلس العقد

341– شمس الدين بوروبي، المرجع السابق، ص 94.

342– تنص المادة 2/16 من إتفاقية سيداو على ما يلي: ".... وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا".

343– أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 45.

ولا ولاية على المرأة مطلقا، ومنع الوكالة في الزواج الجائزة في الفقه الإسلامي، فمن القواعد المسطرة فقها أن من يملك إبرام عقد له أن يوكل غيره فيه، وعقد الزواج يقبل الإنابة فيجوز التوكيل فيه في الفقه الإسلامي[344]، فبهذا الحكم تقف العولمة مرة أخرى مقابلة لأحكام الفقه الإسلامي في تنظيم عقد الزواج، فالوكالة في الزواج مشرعة لتسهيل وتبسيط أمور الناس، فلا يوجد ما يسوغ منع الوكالة في الزواج التي من شأنها إيجاد وخلق زيجات وأسر جديدة، فيظهر وكأن المعاهدات الدولية ناقمة لأحكام الفقه الإسلامي في جميع جزئياته الدقيقة، التي ما لبثت وإلا جاءت بحكم مخالف لها.

- ✓ ضرورة حضور شهداء على عقد الزواج، وهذا الشرط مستحسن متوافق مع الشريعة الإسلامية، رغم أنها لم تبين عدد الشهود وجنسهم، وواضح أنها لا تفرق بين الجنس سواء كانوا ذكورا أو إناثا، إما عن العدد فيكفي الذي تتحقق به العلانية التي تتحقق بشخصين فأكثر.
- ✓ حضور السلطة المختصة في عقد الزواج، وهذا من أجل تسجيل عقود الزواج في سجل معد لذلك، حيث تنص المادة 03 من ذات المعاهدة على أنه: "تقوم السلطة المختصة بتسجيل جميع عقود الزواج في سجل رسمي"، فهذه المادة تنص على ضرورة إنشاء سجلات لتدوين حالات الزواج وتوثيقها رسميا[345].

أما المادة الثانية التي تنص على أنه: "تعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذا السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزعم زواجهما."

فهذه المادة جاءت بأصل عام المتمثل في تحديد سن الزواج بحد أدنى، لا يمكن لمن لم يبلغه الزواج، غير أنها ألحقت هذا الأصل باستثناء متمثل في الإعفاء من شرط السن الأدنى

344- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 131.

345- أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 46.

بشرط المصلحة الجدية لطرفين عقد الزواج. وما يعاب على هذه المادة أنها لم تحدد السن الأدنى فيبقى هذا الأمر متروك للدول كل منها تحدد السن الذي تراه مناسب كحد أقصى للزواج.

بهذا يكفي لانعقاد الزواج على ضوء عولمة القانون توافر التراضي ببين رجل وامرأة بالغين سن الزواج القانونية، مسجل في جهة حكومية، وهذا ما يصطلح عليه المعاصرين "بالزواج المدني" حيث يقصد به: "هو الذي يتم تأثرا بالنظام الغربي عن طريق الاكتفاء بتسجيله في قسم الشرطة أو أي جهة حكومية، من غير إيجاب ولا قبول صريحين بالزواج، ولا شهود، ولا ولي للمرأة"، فهذا الزواج يفقد النية الأساسية التي يقوم عليها الزواج في الشريعة الإسلامية، وحكمه البطلان، فلا يرتب أي حكم من أحكام الزواج الشرعية[346].

فالزواج الصحيح في نظر المعاهدات الدولية، في الفقه الإسلامي يعد نوعا من أنواع البغاء يستحق أطرافه ثمانين جلدة كحد شرعي متعلق بحق الله جراء فعلته المشينة هذه، ولم تكتفي العولمة بمخالفة نظام الزواج الشرعي، من حيث انعقاده إنما واصلت هجومها الشرس عليه حتى فيما تعلق بآثاره، وهذا ما سيتم مناقشته في الفرع التالي.

الفرع الثاني: آثار الزواج الشخصية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها .

طبقا لتعريف الزواج السابق الذكر الذي يفيد ترتيب مجموعة من الحقوق والواجبات على طرفيه –الزوج والزوجة–، وطبقا للقاعدة المقررة السابقة "النكاح مبني على المكارمة، والبيع مبني على المكايسة" التي اقتضت مخالفة الزواج لباقي العقود من زاويتين تمت مناقشة الأولى المرتبطة بتكوينه في النقطة السابقة، وبقيت الثانية المتعلقة بآثاره التي ستكون محل البحث في هذه النقطة.

346– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، دار الفكر، ط03، دمشق، 2012، ص 536.

أولا: آثار الزواج الشخصية في الفقه الإسلامي.

إذا توفرت في الزواج مقوماته المتمثلة في الصيغة، الولي، شاهدين، انتفاء الموانع الشرعية، قام صحيحا وكان صالحا ليرتب آثار الزواج الصحيح[347]، ويقصد بآثار الزواج الصحيح جملة الحقوق والالتزامات التي يرتبها[348]، وبما أن الزواج يربط بين شخصين يشتركان في نوعيهما الإنساني، كان من المنطقي أن يرتب حقوقا مشتركة بين طرفيه، وبما أن الزواج يربط بين شخصين مختلفين في الجنس لكل منهما وظيفة معينة في المجتمع، كان من المنطقي التفرقة بين الزوجين في مجال الحقوق والالتزامات.

وعليه يرتب عقد الزواج حقوقا مشتركة بين طرفيه، حقوق الزوج، وحقوق الزوجة، ومجموع هذه الحقوق منها ما هو مالي ومنها ما هو غير مالي، ولقد خصص هذا الجزء للحديث عن الحقوق غير المالية، تاركين الحقوق المالية لمكان أخر[349].

الفقرة الأولى: الحقوق المشتركة بين الزوجين.

تتمثل أساسا في حل الاستمتاع بين الزوجين، بمعنى حل ما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو ممنوع إلا بالزواج لقوله تعالى: (وَالذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتَ اَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ)[350]، فحل الاستمتاع بين الزوجين تعبير مهذب لإباحة المعاشرة الجنسية بين الرجل والمرأة، ويتفرع عن هذا الحق حقان آخران مشتركان بين الزوجين، هما حرمة المصاهرة، وحق التوارث بين الزوجين، فأما حرمة المصاهرة فلتشابه لحمة المصاهرة

347- أما إذا تخلف ركن من هذه الأركان، لا ينعقد أصلا، ويستحق الفسخ كجزاء لمخالفة نظامه الشرعي،

348- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 513.

349- راجع، ص 146.

350- المؤمنون، الآية 05 -06.

بلحمة النسب رتب الشارع الحكيم هذا الأثر[351]، وأما حق التوارث بين الزوجين فيترك بحثه في مكانه.

عند التمحيص في الحقوق المشتركة بين الزوجين أكثر، يلاحظ أن نسب الولد حق مشترك للزوجين[352]، بوصف النسب صلة القرابة بين شخصين بالاشتراك في الولادة من قريب أو من بعيد[353].

الفقرة الثانية: حقوق الزوج.

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن حقوق الزوج على زوجته أعظم من حقوقها عليه[354] لقوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)[355]، ومن حقوق الزوج على زوجته المرتبط والمتفرعة عن بعضها البعض ما يلي:

طاعته في كل ما يقتضيه عقد الزواج، إلا ما كان فيه معصية لله سبحانه وتعالى، ولقد دلت الآثار الكثيرة على حق الطاعة من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لو كنا آمرا أحدا أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها"[356]، وقوله أيضا: "أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها، دخلت الجنة"[357]، ويتفرع عن حق الطاعة حق القرار في البيت، ويقصد به التزام الزوجة مسكن الزوجية وعدم الخروج منه إلا بإذن زوجها[358]، بقصد التفرغ لشؤون البيت والأولاد[359].

351- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 163.

352- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، ص 630.

353- الموسوعة الكويتية، ج 40، ص 231.

354- الموسوعة الكويتية، ج 41، ص 313.

355- البقرة، الآية 226.

356- أخرجه الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، حديث رقم 1159، ص 275.

357- أخرجه الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في حق الزواج على المرأة، حديث رقم 1161، ص 276.

358- خلود بنت عبد الرحمن المهيزع، القرار في البيت أحكامه وآثاره، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، السعودية، م 2015، ع 21، ص ص 512-563، 2015، ص 517.

359- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص 335.

من أجل تفعيل هذان الحقان أقرت الشريعة الإسلامية حق خادما لهما ليس مقصود لذاته، متمثل في تأديب للزوج لزوجته، الذي به تتم كفالة حقوق الزوج في حالة خروج الزوجة عن طاعته، أو عدم قرارها في بيتها، فتكون بعدم امتثالها لحقوق الزوجية المرأة في حكم الناشز. حيث يقصد بنشوز الزوجة ترفعها على مطاوعة الزوج وعدم قيامها بواجباتها والتزاماتها الزوجية[360]، فكان من الضروري إثبات حق التأديب للزوج، بمنحه سلطة تقويم سلوك زوجته في حال اعوجاجه.

إن حق التأديب من اخطر الحقوق التي منحها الفقه الإسلامي للزوج لذلك تكفل القرآن الكريم بتبيان وسائله ورسم حدوده، عن طريق رسم حد أدنى له متمثل في الوعظ والإرشاد الذي يكون عن طريق تنبيه ديني أو خلقي أو اللوم أو التنبيه إلى العيوب ونتائجها؛ وحد أقصى وهو الضرب غير المبرح أو الشائن، ويتوسط هذان الحدان الهجر في المضجع الذي يجب أن يكون من غير جفوة موحشة مصدقا لقوله تعالى[361]: ﴿وَاهْجُرْهُمْ هَجْراً جَمِيلاً﴾[362].

وهذه الطرق الثلاثة دل عليها قوله تعالى: ﴿وَالِتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنَ اَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾[363]، وهي عامة لمجموع النساء، فلا يجب تطبيقها على كل امرأة على حده، فمن النساء من يكفيهن الإيماء تأديبا، ومنهن من يحتجن للابتعاد قليلا، ومنهن من لا يجدي معهن إلا الضرب[364]، بشرط أن لا يكون شديدا، وأن لا يكون على الوجه أو البطن أو المناطق المخوفة، وأن لا يكون بسوط قاس ولا بخشب أو وتد حاد[365].

360- عماد أموري جليل الزاهدي، الوسائل القرآنية في علاج نشوز الزوجين وأقوال الفقهاء فيها، مجلة كلية العلوم الإسلامية، م 08، ع 15، ص ص 2014، ص 08.

361- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 163.

362- المزمل، الآية 09.

363- النساء، الآية 34.

364- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 163.

365- عماد أموري جليل الزاهدي، المرجع السابق، ص 14.

تجب الإشارة إلى أن حقوق الزوج على زوجته لا تثبت له بمجر عقد الزواج، إنما تثبت له بعد أداء ما عليه من واجبات سواء المالية أو الأدبية، فمنطق التمتع بالحق واستعماله، يفرض أن يكون الشخص موفيا لما في ذمته من التزامات بداية.

عند التمحيص في مختلف حقوق الزوج يلاحظ أن له حقا مهما يتمثل في الطلاق[366]، ثبت له بموجب نصوص قطعية الثبوت والدلالة لا تقبل الاجتهاد ولا التغيير، ومن أنكرها فلقد أنكر ما هو معلوم من الدين بالضرورة[367]، فالأصل العام في الفقه الإسلامي أن الفرقة بعد الزواج الصحيح تكون بالطلاق الذي يملكه الزوج، ويتفرع عن حق الزوج في الطلاق حقه في أن تلتزم الزوجة بأحكام العدة الشرعية[368].

هذا، ويمكن رد كل هذه الحقوق التي خُص بها الرجل عن المرأة بفكرة القوامة الزوجية التي تعكس فكرة أن الرجل هو قائد الأسرة وكبيرها وسيد على أهل بيته ورئيسها.

الفقرة الثالثة: حقوق الزوجة.

للزوجة على زوجها حقوق منها ما هو مالي ومنها ما هو غير مالي، وفي هذا المقام يترك الحديث عن الحقوق المالية لموضع أخر، فتبقى الحقوق الأدبية للزوجة على زوجها التي تتمثل أساسا فيما يلي:

العدل: ويكون من المتزوج بواحدة بأن يعاملها بما تجب أن يعاملها به، ويكون من المتزوج بأكثر من واحدة بأن يعاملهن بالمساواة الظاهرة كالقسم في المبيت والنفقة[369].

وجوب الإحسان للزوجة: ويظهر ذلك في المعاملة والمعاشرة بالمعروف اعترافا بقدسية رباط الزواج القائم على الحب والشرف والعفة والطهر والعدل.

366- الموسوعة الكويتية، ج 41، ص 612.

367- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 518.

368- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، ص 625.

369- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 168.

حماية كرامة الزوجة والغيرة عليها وتقديرها وإعفافها: لأنها بشر من جسد وروح له متطلباته البيولوجية والنفسية والعاطفية[370].

إذا كان حق الزوج في الطلاق ثابت للزوج مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، ولقد جاء هذا الحكم تحقيقا لمقاصد وحِكَمْ منها ما أدركها العقل ومنها ما لم يدركها، ومع هذا لم تغيب الشريعة الإسلامية جانب الزوجة في مجال إنهاء الرابطة الزوجية، فلقد أجازت لها الافتداء بالمال إذا كرهت زوجها وملأ البغض قلبها، وتوصلت إلى أن حياتها لا تحتمل مع زوجها، وهذا ما يسمى بـ: "الخلع" في الفقه الإسلامي، وإلى جانب الخلع شُرِعَ لها اللجوء للقضاء لتطليقها في حال عجزها عن أداء بدل الخلع، أو عدم رضا الزوج بالفدية، مع ضرورة وجود سبب جدي يقتضي إجابة الزوجة في طلبها، ويعد هذا الأخير مناط وأساس فكرة التفريق القضائي، لذلك اتفق فيه فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، كما اتفقوا في بعض الأسباب واختلفوا في بعضها الأخر[371].

فالفقه الإسلامي أقر هذا الحق للزوجة لرفع الحرج والضرر عنها، من خلال إلزام القاضي للاستجابة إلى طلبها متى ثبتت أسباب تسوغ الفرقة بين الزوجين، وهذا ما يعد تطبيق لمطلق العدالة[372].

بهذا يكون للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي شأنها في ذلك شأن الرجل، غاية ما في الأمر أن حقها يختلف عن حق الزوج في الطلاق من حيث مداه، طبيعته، أسابه، وقيوده، فمن بين القيود التي تقع على حق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية لا نظير لها في جانب الزوج، قيد إشراف القضاء على حقها في طلب الفرقة، إذا فالقضاء جهة مقررة لحق الزوجة في الطلاق لا كاشف له.

370- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، ص 626.

371- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 577.

372- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 636.

فمن القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنه لا خلع إلا برضا الزوج أو بحكم القاضي، فالأصل فيه أن يتم برضا الزوج، شأنه في ذلك شأن أغلب العقود فإذا تعنت الزوج للقاضي إلزامه به، لأن النبي صلى الله عليه وسلم –بوصفه قاض– حكم بذلك في أول قضية خلع في التاريخ الإسلامي، فأوجب على الزوج بأن يقبل بدل الخلع ويطلق[373]، أما الطريق الثاني المتمثل في التفريق القضائي فيظهر من الاصطلاح الموضوع له أنه يتم عن طريق القضاء لتضمنه نزاعا، ويحتاج إلى إثبات وقائع، التي لا يكون إثباتها إلا عن طريق القضاء.

يتفرع عن حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، حقها في حضانة الأولاد ورعايتهم، ذلك أن الفقه الإسلامي راعى جانب الشفقة على الولد الذي يصدر من الأم، فلا يوجد أشفق على الولد من أمه، ولقد دل على قوله صلى الله عليه وسلم[374]: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، فحق الحضانة حق أصيل للأم قابل للسقوط بمجرد زواجها بقريب غير محرم.

ففي آثار الزواج فقها يلاحظ تباينا بين الرجل والمرأة، فحقوق الرجل غير تلك الممنوحة للمرأة، وهذا الاختلاف مرده انقسام النوع الإنساني إلى ذكر وأنثى، فالفقه الإسلامي وازن بين مصالح الرجل والمرأة واحتكم للعدل لا المساواة، وهذا ما جعل حكم القوامة العدل ينتج تطبيقاته ومظاهره وانعكاساته في فكرة آثار الزواج، على عكس آثار الزواج في ضوء عولمة القانون التي ستناقش في النقطة التالية.

ثانيا: آثار الزواج الشخصية طبقا لمتطلبات عولمة القانون.

ذُكِرَ في أكثر من مرة وفي أكثر من موضع أن عولمة القانون اهتمت بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في جميع مجالات الحياة، وإذا كانت تجليات القوامة كما تم التوصل في النقطة السابقة تظهر أيما ظهور في آثار الزواج، فإن تجليات المساواة بين الرجل والمرأة هي الأخرى أكثر ما تظهر في آثار الزواج، فترى جملة المؤتمرات والمعاهدات الدوليين التي صادقت عليها

373– أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتعديل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، ط 02، الجزائر، 2017، ص 218–220.

374– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، ص 633.

الجزائر والتي لم تصادق عليها، تحرص على المساواة بين الزوجين في آثار الزواج، وتمقت فكرة القوامة الزوجية التي ترى فيها سلطة ذكورية قديمة، سادت في أزمنة معينة عانت فيها المرأة ويلات الظلم والعبودية للرجل، فكان واجبا على البشرية الانتقال من هاته المرحلة والارتقاء بحقوق المرأة إلى مرحلة ملؤها عدم التمييز بين الرجال والنساء، خاصة إذا تعلق الأمر بالحقوق الزوجية.

عولمة القانون ترفض فكرة تقسيم حقوق الزوجين إلى حقوق مشتركة وحقوق خاصة بالزوج وأخرى خاصة بالزوجة، وهذا ما يتجلى من خلال المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على ما يلي: "1-للرجل والمرأة، ... وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله..."، تركز على فكرة المساواة خلال الزواج بمعنى المساواة في آثاره بما تحمله من حقوق والتزامات على عاتق أطرافه، وفي ذات السياق سارت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 1/16 بند (ج) التي تنص على ما يلي: "نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه؛.."،

يترتب على النظرة الجديدة التي جاءت بها المعاهدات الدولية لتنظيم حقوق والتزامات الزوجين، إلغاء المبدأ الشرعي والعقلي المتمثل في قوامة الزوج على أهل بيته، الأمر الذي يترتب عنه حتما إلغاء ما يتفرع عنها من حقوق والتزامات الزوجية، وإيضاح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: منع مركز رئيس الأسرة[375].

جاء في تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة بجين 4 -15 أيلول/ سبتمبر 1995، ما يلي:

-"1- منهاج العمل هو جدول أعمال لتمكين المرأة. وهو يهدف إلى التعجيل بتنفيذ استراتيجيات نيروبي التطلعية للنهوض بالمرأة وإزالة جميع العوائق التي تحول دون مشاركة المرأة مشاركة فعالة في جميع مجالات الحياة العامة والخاصة من خلال حصولها على نصيبها

375- كيفاجي الضيف، حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية، ص 248.

الكامل والمنصف في صنع القرارات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية. وهذا يعني أيضاً إقرار مبدأ تقاسم السلطة والمسئولية بين المرأة والرجل في البيت..."[376].

– "إن المساواة في الحقوق، والفرص، والوصول إلى الموارد، وتقاسم الرجل والمرأة المسؤوليات عن الأسرة بالتساوي، والشراكة بينهما، أمور حاسمة لرفاهتهما ورفاهة أسرتهما، وكذلك لتدعيم الديمقراطي"[377]

كما جاء في تقرير المؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة، والتنمية، والسلم في نيروبي، ما يلي: "إن الافتراضات الضمنية التي ينطوي عليها جانب كبير من التشريعات والأنظمة ذات الصلة وكذلك مسوح الأسر، التي تقصر دور العائل ورب الأسرة على الرجل، تعوق دون حصول المرأة على الإئتمانات والقروض والموارد المادية وغير المادية، ويلزم إدخال تغييرات على هذه المجالات تضمن للمرأة المساواة في الحصول على الموارد، وهناك حاجة إلى استبعاد عبارات مثل (رب الأسرة) وإدخال عبارات أخرى على درجة من الشمول تكفي للتعبير عن دور المرأة على نو مناسب قي الوثائق القانونية ومسوح الأسر..."[378].

ما يلاحظ عل هذا البند أنه ينكر وجود مفهوم رب الأسرة، بحجة أن الرجل المعيل للأسرة يحول دون مشاركة المرأة في المجال الاقتصادي، ففي هذا إقحام واضح وصريح لقضية المرأة في عملية التنمية، دون قيد أو شرط شأنها في ذلك شأن الرجل[379].

376– الأمم المتحدة، A/CONF.177/20/Rev.1 تقرير المؤتمر العالمي المعني بالمرأة، بيجين، 4–15 أيلول/سبتمبر 1995، الفصل الأول: بيان المهمة، الفقرة 01، ص 08.

377– تقرير المؤتمر العالمي المعني بالمرأة، بيجين، الفصل الأول: القرارات التي اتخذها المؤتمر، المرفق الأول، ف 15، ص 03.

378– الأمم المتحدة، A/CONF.116/28/Rev.1 تقرير المؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة والتنمية والسلم، نيروبي 15–26 تموز/يوليو 1985، الفصل الأول/ رابعا – طاء– ف 295، ص 106.

379– فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 346.

كما جاء عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 في دورتها الثالثة عشر سنة 1994: "أن القوانين التي تمنح مركز رئيس الأسرة تخالف أحكام المادة 1/16ج، وتضيق من دائرة حقوق النساء في المساواة في المراكز القانونية والمسؤولية"[380].

وهذا الكلام يجافي الحقيقة والواقع، فمركز رئيس الأسرة إنما هو مسؤولية إدارة شؤون البيت، الذي يعد بمثابة وظيفة مدير مؤسسة ما[381]، لأن من سنن الحياة في جميع مرافقها الاجتماعية والإدارية والاقتصادية مبدأ الرياسة الموجود في أي تشكيلة من تشكيلات الحياة، فحتى سرب الحمام الذي يطير في السماء يتخذ له قائدا في طيرانه، فكيف بالمجتمع الإنساني المجزئ المتمثل في الأسرة التي تشكل النواة الأساسية للمجتمع[382]، ألا يحتاج اصطفاء من يدير شؤونه، وتكون له الكلمة الآمرة الناهية في حالة اختلاف الآراء، وتقع عليه مسؤولية القيام على شؤون الأسرة بوصف أفرادها وبوصفها كيان يحتاج الحماية؟

الفقرة الثانية: عدم الاعتراف بالحقوق المترتبة عن القوامة الزوجية.

إن تعطيل العمل بحكم القوامة في ظل عولمة القانون غير مقصود لذاته، إنما هو وسيلة للقضاء على الحقوق المتقابلة بين الزوجين، فيفهم بطريق ضمني سلب مجمل الحقوق الثابتة للرجل بسبب القوامة الزوجية، ومع هذا لم تكتفي العولمة بهذه الإشارة الضمنية، إنما حاربت مجموعة الحقوق الثابتة للزوجة بسبب القوامة بموجب نصوص خاصة من ذلك استبدال حق القرار في البيت بحق المرأة المطلق في التنقل واختيار محل سكنها، طبقا المادة 15/4 من اتفاقية سيداو التي تنص على ما يلي: "تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم"، التي استعملت عبارة المرأة في شكل مطلق، ولم تبين حالتها الاجتماعية –عزباء، متزوجة، مطلقة

380– كيفاجي الضيف، حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية، ص 249.

381– كيفاجي الضيف، الحماية الدولية للأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، م 04، ع 01،ص ص 366–387،2017، ص 381.

382– عبد العظيم المطعني، المرجع السابق، ص 176.

أرملة– الأمر الذي يفهم منه أنها تقصد جميع النساء بصرف النظر عن حالتهن الاجتماعية، لأن اللفظ المطلق يشمل جميع أفراده على سبيل الاستغراق.

أما عن حق الزوج في تأديب زوجته بالطرق المذكورة أنفا، فهو من أكثر المسائل التي أثارت غيض الحركات التحررية كممثل وفاعل يسعى لتحقيق أفكار عولمة القانون، خاصة إذا تعلق الأمر بالضرب الذي لم يفهموا معناه ولا سببه ولا زمنه، فقالوا بأنه وسيلة صحراوية لا تتفق مع عصر المدينة والتقدم، وهذا القول مجانب للصواب ذلك أن التشريع الإسلامي لم يخص منطقة أو طائفة أو زمن معيين[383]، فهو متميز بالمرونة التي تسمح بتطبيقه على جميع المخاطبين به في جميع الأقطار وفي جميع الأزمان، فيرد عليهم أن معنى الضرب هو غير المبرح، وسببه فشل الطرق السابقة له من وعظ وهجر في المضجع، وزمنه زمن نشوز المرأة بمعنى ترفعها عن زوجها وعصيانه.

أما عن موضوع الطلاق فلم تشر إليه المعاهدات والمؤتمرات الدولية إلا فيما ندر، فقد يقول قائل أنها تسعى لتحقيق لحمة الأسرة وتماسكها وعدم انحلالها، ما هي الأسرة في نظرهم التي تحتاج إلى حماية؟ الأسرة التي يكفي تراضي الرجل والمرأة لتكوينها، أو الأسرة المتكونة من شخصين من نفس الجنس[384]. فمثلا اتفاقية سيداو في المادة 16 بفقرتيها بجميع بنودها، تصر على معاملة المرأة نفس معاملة الرجل من خلال استعمال عبارة "نفس"، حيث استعملت هذه الأخيرة بمناسبة فسخ الزواج 1/أ: " نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه".

إن هذه المادة جاءت في شكل عام غير مفصلة، لذلك تكفل المخلصون من حركات نسوية وجمعيات تحررية بالمطالبة بسلب حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة، وضرورة جعل

383– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 352.

384– راجع، ص 134.

الطلاق بيد القضاء سواء كان من الرجل أو من المرأة ، تحقيها لفكرة المساواة بين الزوجين[385] وفقا لفلسفة جندرية[386].

عند النظر في هاته المطالبة والتدقيق في فحواها، يلاحظ أنها مقتنعة بنص الآية التي منحت الرجل درجة على المرأة، فلكي تتحقق المساواة في الطلاق تكون المطالبة إما في شكل ايجابي عن طريق منح الزوجة الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة أسوة بالزوج، أو تكون في شكل سلبي عن طريق سلب الرجل حقه في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة الثابت شرعا ومنحه للقضاء، والأولى لتحقيق المساواة مطالبة إيجابية بمنح الزوجة حقها في الطلاق بالإرادة المنفردة، لا المطالبة بسلب الرجل حق ثابت له شرعا وعرفا في أغلب مجتمعات العالم، لكن هم اختاروا الحل السلبي، مقرين بعدم صلاحية المرأة لتمتعها ثبت للزوج في قوانين وشرائع مطبقة في بلدان أسرها متماسكة متلاحمة لا يخاف عليها من التفكك والانحلال.

المطلب الثاني: أحكام الولادة بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

الولادة عملية معقدة يسبقها غالبا ارتباط –جنسي– بين رجل وامرأة، وهي مقصد من مقاصد الزواج في الفقه الإسلامي، وأثر مرجو منه، فكان مكان الحديث عنها تحت عنوان آثاره الزواج، غير أنها تعد حكم كلي تتعلق بها أمور كثيرة تباينت واختلفت بين عولمة القانون والفقه الإسلامي، لذلك تم تخصيص مطلب لها مواز لنظام الزواج.

تتفرع عن الولادة نتيجة جزئية متمثلة في طفل يتربى داخل أسرة معينة لديه من الحقوق المتميزة الكثير بوصفه طفل؛ كما تتفرع عنها نتيجة إجمالية متمثلة في مجموع الأطفال الذي يمكن إطلاق لفظ "النسل" ليشملهم جميعا، لذلك سيتم معالجة حقوق الطفل بين عولمة القانون والفقه الإسلامي في الفرع الأول، وأحكام النسل بين عولمة القانون والفقه الإسلامي في الفرع الثاني.

385– زكى على السيد أبو غضة، المرجع السابق، ص 180.

386– أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 186.

الفرع الأول: حقوق الطفل الأسرية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

لم تكتفي عولمة القانون بفرض نظام الزواج على الطريقة الغربية تحقيقا لبعد مهم من أبعاد العولمة متمثل في العولمة الاجتماعية، إنما حاولت تمرير بعض القيم والأفكار تمس شريحة مهمة من شرائح المجتمع آلا وهي شريحة الأطفال، فلم تغفل الأمم المتحدة عن موضوع الطفل فأعطته نصيبا من جملة المؤتمرات والمعاهدات الدولية المشرفة عليها، منها العامة التي تناولت حقوقه كجزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، ومنها الخاصة التي نظمت أو صدرت بمناسبة الطفل، وغني عن البيان أن الشريعة الإسلامية قبل عولمة القانون بأربعة عشر قرن اعتنت بالطفل في جميع مناحي الحياة، وما يهم هنا هو كيفية تنظيم حقوق الطفل في نطاق الأسرة بين عولمة القانون والفقه الإسلامي.

قبل الحديث عن حقوق الطفل لا بد من التطرق إلى تعريفه في كل من الفقه الإسلامي وعلى ضوء المعاهدات الدولية.

أولا: تعريف الطفل.

الفقرة الأولى: تعريف الطفل من وجهة نظر عولمة القانون.

ذُكر فيما سبق أن الأمم المتحدة اهتمت بالطفل في مجموع المعاهدات الدولية الصادرة عنها، وتعد اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 أهم صك دولي خاص بالطفل[387] من حيث اعتبارها الأكمل والأمثل في القانون الدولي جاء لحماية مرحلة الضعف الأولى بما يجب لها من حقوق وما ترتب على الغير من تكليفات[388]، وإذا كانت تعد أهم اتفاقية في مجال حقوق

387- صادقت عليها الجزائر بموجب القانون المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 9 ديسمبر 1992، ج ر، ع 91، الصادرة في 23 ديسمبر 1992. ولقد تحفظت على المواد 14 /1 و 2/14، 13، 16 والمادة17.

388- لشهب بوبكر، اتفاقية حقوق الطفل في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة نقدية تقويمية، مجلة المعيار، كلية أصول الدين بجامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، م 03، ع 05، ص ص 219-243، 2003، ص 219.

الطفل بإجماع فقهاء القانون الدولي والداخلي[389]، فهي لا تعد الوحيدة فلقد سبقتها عدة جهود دولية تخدم ذات الشأن منها العامة ومنها الخاصة[390]، كما تلتها جهود أخرى متمثلة أساسا في البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل المتعلق ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل المتعلق باشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

تتكون اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 من ديباجة وثلاثة أجزاء، تظم 54 مادة، تميزت بطابعها الملزم للدول المصادقة عليها، بحيث يجب على هاته الأخيرة تعديل قوانينها الداخلية بما يتماشى وأحكامها ومختلف البروتوكولات المكلمة لها[391]، كما تميزت بغلبة النظرة الغربية عليها، وأخيرا تميزها بطابعها العام، حيث جاءت مهتمة بالطفل باعتبار ذاته، وباعتباره فردا منتميا للأسرة، وباعتباره منتميا للدولة أو المجتمع، وما يهم هنا هي جملة حقوق الطفل المرتبطة بالأسرة من بعيد أو من قريب.

إن المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل تكفلت بتعريف هذا الأخير من خلال نصها التالي: "يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه"، فواضح من هذه المادة أنها جاءت بأصل عام متمثل في اعتبار كل من لم يبلغ الثامنة عشرة سنة طفلا، مردفة هذا الأصل باستثناء متمثل في خروج الشخص من مرحلة الطفولة قبل سن الثامنة عشرة سنة إذا كان قانون دولته يسمح بذلك[392].

ما يلاحظ على هذه المادة ربطها سن الطفولة بقدرة كل دولة وظروفها ومدى تقدمها الحضاري والاقتصادي والاجتماعي والعوامل التي من شأنها التأثير على نماء الشخص وبلوغه،

389- ربيع زكرياء، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة – السداسي الثاني، جامعة أكلي محند أولحاج –البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية، 2020/ 2021، ص 40.

390- لشهب بوبكر، المرجع السابق، ص 220.

391- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 153.

392- نفس المرجع، ص 153.

ففي المجتمعات المتقدمة عادة ما يكون عمر الطفولة أطول منه في المجتمعات البدائية والنامية، لذلك حددت الاتفاقية سن 18 سنة كحد أقصى يكون الشخص فيه بالغا في جميع المجتمعات مها كان تقدمها[393]، مع ترك الحرية لكل دولة في تحديد سن البلوغ نظرا لظروفها الخاصة، فهذه المادة اعتمدت على تحديد مرحلة الطفولة من خلال ضابط جامد متمثل في "العمر" يسهل من خلال تحديد الطفل تحديدا نافيا للجهالة، فهل يتفق هذا المعنى للطفل مع ما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية في ذات الشأن؟

الفقرة الثانية: تعريف الطفل من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تبيان حقيقة الطفل على مذهبين[394]، حيث ذهب الأول منهما إلى إقرار صفة الطفولة على الجنين في بطن أمه إلى غاية بلوغه، فالطفولة عندهم تبدأ عند تكوين الجنين وتنتهي عند بلوغ الشخص[395]، في حين ذهب أصحاب المذهب الثاني إلى اعتبار الطفل أو الطفولة: "وصف يلحق بالإنسان منذ مولده إلى غاية بلوغه الحلم"[396]، فلا يمتد المفهوم الثاني للطفل ليشمل الجنين في بطن أمه، وعلى الرأي الثاني أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية.

يتصل مصطلح الطفل في الفقه الإسلامي بمصطلحات أخرى منها، مراهق، فتى، غلام، ولد، صغير، وصبي[397]، وحياة الصبي في الفقه الإسلامي تقسم إلى دورين مهمين، الأول

393- ربيع زكرياء، المرجع السابق، ص 38.

394- خالدي أحمد، حقوق الطفل وتطوريها في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية -مقاربة تأصيلية مفاهيمية- مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، م 03، ع 02، ص ص 416- 429، 2020، ص419.

395- حميد محديد، حقوق الطفل وحمايتها في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، م 06، ع 04، ص ص 71- 83، 2013، ص 72.

396- الموسوعة الكويتية، ج 27، ص 20.

397- سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2003، ص 30.

يكون فيه الطفل عديم التمييز يبدأ منذ الولادة إلى التمييز، والثاني يكون فيه مميزا يبدأ منذ قدرة الصغير على التمييز بين الأشياء، بأن تكون له القدرة على إدراك ما يسمح له بالتفرقة بين النفع والضرر، وينتهي بالبلوغ، فالفيصل في الفقه الإسلامي الذي يحتكم إليه في تقسيم حياة الطفل إلى قسمين هو تمييزه، وهذا الأخير عند البعض ليس له سن معينة يعرف بها، إنما يعرف من خلال أمارات وعلامات النضوج والتفتح[398]، وزاد البعض إيضاحا لذلك حيث علقوا التمييز بضرورة استفاء الشخص سن السابعة فلا مجال للبحث في نضج الطفل وتفتحه ما لم يبلغ السابعة من عمره[399].

أما عن مرحلة البلوغ في الفقه الإسلامي فلقد حددها الفقهاء القدامى من خلال أمارات وعلامات تظهر في الإنسان يعرف من خلالها إدراكه الكامل ورشده الذي لا ريب فيه، ورغم اتفاقهم في هذا المبدأ إلا أنهم اختلفوا في ذات العلامات التي قد تكون مشتركة بين الرجل والمرأة كالإنزال والاحتلام، ونبات الشعر في بعض المناطق، أو تكون خاصة بالمرأة كالحيض والحمل، أو تكون خاصة بالرجل[400].

فإذا نجحت الأمارات في تحديد بلوغ الشخص في سن ملائمة تم إعمالها، أما إذا فشلت فلقد اختار الحنفية والمالكية سن 18 سنة كحد أقصى لصغر الشخص، في حين حدها الشافعية والحنابلة ب 15 سنة[401]. فيظهر أن تحديد بلوغ الشخص عن طريق عمره في الفقه الإسلامي تحديد ثانوي، يأتي في حالة فشل تحديد بلوغ الشخص بالعلامات المسطرة فقها[402].

لم يرى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين منعا في الاعتماد على السن لتحديد بلوغ الشخص، ذلك أنه من الأمور المتغيرة التي تدخل تحت مسمى الاستصلاح –المصلحة

398- الموسوعة الكويتية، ج27، ص 20-21.

399- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 439.

400- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص562-563.

401- نفس المرجع، ص 564.

402- معاذ بن عبد الله الربيعي، المرجع السابق، ص 300.

المرسلة- يرجع فيه الأمر إلى ولاة الأمور بحسب مقتضات الأحوال وهذا كله طبقا لقاعدة "تغير الأحكام بتغير الزمان"[403].

اختلفت وجهات نظر الدارسين والباحثين في مدى مطابقة مفهوم الطفل على ضوء اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 لمفهومه في الفقه الإسلامي، فمنهم من ذهب إلى أنه تعريف مخالف تماما لما أقره فقهاء الشريعة الإسلامي وآية المخالفة فيه تظهر من زاويتين: الأولى تحديد الطفولة بسن معينة، والثانية عدم تقسيم الطفولة إلى مراحل كما في الفقه الإسلامي[404].

عند التأمل في التعريفان السابقان-تعريف الطفل في ظل عولمة القانون وفي الفقه الإسلامي- لا يلاحظ أي مخالفة صريحة جاءت بها المعاهدة الدولية لحقوق الطفل فيما يخص تعريفه، فإذا كانت الاتفاقية اعتمدت معيار السن فكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين لم يرو حرجا في اعتماده وأدخلوه تحت المصالح المرسلة، أما عن عدم تقسيم مراحل الطفولة فهو أمر سلبي من المعاهدة الدولية، لا يمكن الجزم من خلاله بمخالفتها لأحكام الفقه الإسلامي، فهي عمل بشري يتسم بالقصور والنقص مهما بلغت فطنة القائم عليه، أو قد يكون أمرا متروكا عن قصد تحسبا لاختلاف المجتمعات ومدى تقدمها، -السبب المقرر سابقا في ترك الحرية للدولة في تحديد سن البلوغ قبل 18 سنة- الأمر الذي يؤثر حتما على تقسيم مراحل الطفولة كما أثر على تحديد حقيقة الطفولة وحدودها.

بعد الانتهاء من تعريف الطفل يبقى مواجهة حقوقه داخل نطاق الأسرة بين عولمة القانون والفقه الإسلامي مع التركيز دائما على حجم المخالفات الأممية لأحكام الفقه الإسلامي لكمال هذا الأخير وعدم حاجته لأفكار جديدة وافدة تساعده في النهوض بالطفل والرقي والوصول به إلى أحسن الأحوال.

403- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص 569.

404- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 159. معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 297.

ثانيا: حقوق الطفل الأسرية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

أعطت الشريعة الإسلامية الإنسان حقوقا تحفظ له دينه ونفسه وماله وعرضه وعقله بصفة عامة، كما خصت الأطفال بوصفهم شريحة ضعيفة بحقوق خاصة بهم دون غيرهم من الناس، والعولمة كذلك محاولة اختراق كل ما يعد موروث ثقافي واجتماعي اعتنت بالطفل من خلال حمايته داخل الأسرة بحماية تحكمها نزعة تغلب عليها النظرة الغربية، وعليه تتناول هذه النقطة جملة من حقوق الطفل داخل الأسرة مقارنة بين الفقه الإسلامي والعولمة.

إن حقوق الطفل داخل الأسرة عديدة ومتنوعة ويمكن تقسمها عدة تقسيمات[405]، ومن بين التقسيمات الوجيهة، تقسيمها إلى: حقوق متعلقة بالشخصية القانونية للطفل، وحقوق متعلقة بحمايته سواء في نفسه أو في ماله.

الفقرة الأولى: حقوق الطفل الأسرية المتفرعة عن الشخصية القانونية[406].

يُعرف الفقه القانوني الشخصية القانونية: على أنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[407]، والمتفق عليه في القوانين الحديثة ثبوتها للآدمي بمجرد ميلاده حيا، وفي ذلك تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته...." وما يعنينا هنا مجموعة الحقوق التي تمنح للآدمي (للطفل) المتعلقة بالشخصية القانونية، بطريق أخر مجموعة الحقوق التي تثبت للطفل بمجرد ولادته حيا وخروجه من بطن أمه تمام الخروج بوصفه أدميا داخل أسرة معينة.

405- من بين التقسيمات الأخرى لحقوق الطفل تقسيمها إلى مالية وغير مالية، تقسيمها إلى حقوق تثبت له دون تدخل من يعتبر وليا عليا، وحقوقا تحتاج تدخل من له ولاية عليه، حقوق ذاتية خالصة للطفل وحقوق مشتركة بينه وبين غيره كالأب أو الأم.

406- محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، العولمة وحقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 69.

407- عجة الجيلالي، المرجع السابق، ج02، ص 69.

ومجموعة الحقوق التي تثبت للطفل المتعلقة بالشخصية القانونية متمثلة في حقه في الاسم، والجنسية وحقه في ثبوت نسبه، ويلحق بالنسب مسألة التبني[408]، وهذه الحقوق جمعتها المادة 1/7 من اتفاقية حقوق الطفل التي تنص على أنه: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما..."

إن الشريعة الإسلامية أعطت الطفل حقا في تسميته اسما حسنا، لما لهذا الأخير من تأثير إيجابي على شخصية الطفل وسلوكه وطموحاته، أضف إلى ذلك أن النفس ترتاح له ويسعد به الطفل عند كبره، على العكس الاسم القبيح فإنه يسوء الطفل ومن يدعوه به على حد السواء[409]، فبهذا يظهر أن حرية الوالدين في تسمية الابن في الفقه الإسلامي ليست مطلقة ألبتة، إنما هي مقيدة بأن يكون اسما بهيا سمحا يتناسب وبهاء وسماحة الشريعة الإسلامية.

أما على ضوء عولمة القانون فنص المادة 1/7 أعطت الطفل حقا في تسميته هي الأخرى، بطريق صريح دون أن يبين شروط الاسم أو قيوده كما في الفقه الإسلامي، وبطريق ضمني تستلزم مسألة تسمية الطفل إيجاد دواوين ومصالح رسمية يتم فيها تسجيل الأطفال المولدين حديثا وهذا ما لا يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ يمكن اعتباره من قبيل المصالح المرسلة التي لا يرى الفقه الإسلامي حرجا في العمل بها.

أما حق الطفل في الجنسية فتجب الإشارة إلى أن هذا المصطلح قانوني وحديث العهد في آن واحد[410]، لم يرد استعماله في كتب الفقه الإسلامي القديمة والحديثة كلفظ[411]، وبوصف الجنسية رابطة بين شخص ودولة ما، فهي فكرة قديمة قدم الدولة ذاتها لأنها تعكس سمة هامة

408- محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، المرجع السابق، ص 70.

409- سمر خليل محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 100.

410- رحيل غرايبة، الجنسية في الشريعة الإسلامية، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2011، ص 27.

411- محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، المرجع السابق، ص 85.

من سمات الدولة متمثلة في ركن الشعب[412]، لذلك تحدث فقهاء الشريعة عن أحوال وظروف ثبتت فيها الرعوية الإسلامية، والتي تعد في تعبير أخر بمثابة الجنسية المعروفة في القوانين الحديثة، وهذه الجنسية أو الرعوية تثبت لكل مسلم مهما كان جنسه أو لونه أو عرقه، فالجنسية والدين في الدولة الإسلامية وجهان لعملة واحدة، فهي صفة في الدولة الإسلامية تدور وجودا وعدما مع صفة المسلم[413].

أما في الدول الحديثة فلقد أصبحت الجنسية منفصلة عن الدين، ويحدد تشريع كل دولة شروط اكتسابها وفق أساسين كثيرا ما يتم الاقتصار على العمل بواحد منهما- وفي حالات قليلة يتم اعتمادهما معا- الأول صلة الدم كأن يأخذ الابن جنسية أبيه، والثاني رابطة الإقليم كأن يولد شخص في إقليم دولة معينة فيمنح جنستها[414].

إن ازدواج أساس منح الجنسية في تشريعات الدول، قد تنجم عنه مشكلة انعدام الجنسية، فقد يولد الطفل في إقليم دولة لا تمنح جنسيتها على أساس الإقليم، إنما على أساس الدم؛ من أبوين يحملان جنسية دولة لا تمنح الجنسية على أساس الدم. إنما على أساس الإقليم، مما يجعل الطفل في هذه الحالة عديم الجنسية.

إن اتفاقية حقوق الطفل في نص المادة 1/7 السابقة الذكر أعطت الطفل الحق في الجنسية فور الولادة[415] -لما لها من آثار[416] مهمة على حياة الشخص بدأ بولادته حتى موته- محاولة قدر الإمكان إلزام الدول الإطراف في هذه الاتفاقية القضاء على ظاهرة انعدام الجنسية، لكن

412- رحيل غرايبة، المرجع السابق، ص 85.

413- محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، المرجع السابق، ص 85.

414- محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، المرجع نفسه، ص 85-86.

415- نص الاعلان العالمي لحقوق الإنسان على هذا الحق أيضا في نص المادة 15 منه. وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في نص المادة 2/24.

416- تترتب على الجنسية نتائج قانونية في غاية من الأهمية أهمها على الإطلاق صلاحية الشخص لتمتع بطائفة من الحقوق تسم بالحقوق السياسية تمنح للشخص على أساس رابطة الجنسية، من ذلك حق الشخص في الترشح، حقه في الانتخاب، حقه في التمتع ببعض الحقوق المدنية الأخرى كالاستفادة من خدمات الضمان الاجتماعي...

من جهة أخرى عند النظر في فقرتها الثانية التي تنص على أنه: "... ولاسيما حيثما يعتبر الطفل عديم الجنسية في حال عدم القيام بذلك.". يلاحظ أنها تقر وتعترف ضمنا بهاته الظاهرة، فهذا أول عيب موجه لعولمة القانون في هذا المقام.

أضف إلى ذلك إقحامها المرأة في جميع القضايا بما فيها قضية الطفل، لتعطي لها حقا مساويا للرجل في منح جنسية الطفل كما قضت به المادة 2/9 من اتفاقية سيداو، مخالفة في ذلك توجه غالبية الدول الإسلامية والعربية التي تمنح الجنسية عن طريق رابطة الدم استنادا لرابطة الطفل بأبيه لا بأمه، إعمالا لمبدأ القوامة الزوجية الإسلامي.

ودائما في محاولة العولمة وإصرارها على مخالفة كل ما يعد موروث ثقافي وهوياتي خالفت أحكام النسب في الشريعة مخالفة صريحة، فالنسب في الشريعة الإسلامية يعد عند البعض مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية الكلية الخمسة[417]، وهو في اصطلاح الفقهاء "القرابة": وهي الارتباط بين إنسانين بالاشتراك في ولادة من قريب أو من بعيد[418]، والنسب بهذا المعنى كما تقدم حق مشترك بين الأب والأم والطفل[419]

فكون النسب علاقة أو حق بين الأم والولد يتحقق منه بمجرد الولادة بغض النظر عن هذه الولادة كانت نتيجة زواج صحيح أو فاسد أو زنى[420] أما كون النسب علاقة بين الأب والولد فهو الرابطة التي تخلق إشكالا فيما يتعلق بثبوته، فمن القواعد التي يقوم عليها نظام النسب في الفقه الإسلامي أن الزنا لا يثبت نبسا[421]، فالأصل إذن ثبوته من جهة الأب هو الزواج

417- محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 287.

418- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 482.

419- راجع، ص 102.

420- علال برزوق امال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015/2014، ص 13.

421- محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، ص 388.

الصحيح[422]، ويلحق به الزواج الفاسد[423]، الوطء بشبهة[424]، الإقرار[425]، والبينة[426]، وأما التبني فهو نظام محرم شرعا[427]، حيث يقصد بهذا الأخير رابطة قرابة مصدرها الإرادة لا الدم[428]، يرتب جميع أثار قرابة الدم.

إن النسب في حد ذاته يعد حقا معنويا مهما للطفل، ولا تتوقف أهميته عند وصفه هذا، إنما تمتد للنتائج الشرعية المترتبة عنه، فهو سبب للولاية على الطفل والمرأة مطلقا، وسبب من أسباب النفقة، وسبب من أسباب الحضانة، ومانع من موانع الزواج، وتترتب عليه حقوق والتزامات أخرى، لذلك جاءت أحكامه الشرعية متميزة بنوع من المرونة إذا ما قورنت بغيره من المسائل الشرعية.

فالنسب طبقا للقاعدة العامة يثبت عن طريق الزواج الصحيح، وطبقا لقاعدة إحياء الولد يثبت أيضا بالطرق السالفة الذكر، ولا يعد الزنا طريقا من طرق إثبات النسب الشرعية منعا لانتشار الفاحشة بين الناس وردعا لهم في إنجاب أولاد ناتجين عن سفاح، فالحكمة من منع ثبوت ولد الزنا ليس ظلما للولد، إنما هو سبيل للحد من ظاهرة لا أخلاقية إذا حلت بالمجتمع افتقدته توازنه واختلال نظام حياته، كما لا يمكن بأي حال اعتبار التبني نظاما شرعيا بديلا

422- الزواج الصحيح: هو عقد الزواج الذي استوفى جميع أركانه وشروطه الشرعية.

423- الزواج الفاسد: ويطلق عليه أيضا الزواج الباطل وهو الزواج الذي لم ستوفى جميع أركانه، مع وجود بعض مقومات عقد الزواج الشرعية.

424- الوطء بشبهة: هو الارتباط الجنسي ببين رجل وامرأة وليس زنا، أو زواج سواء صحيح أو فاسد، فالوطء بشهبة غلط يقع فيه الرجل، كؤطء امرأة يجدها في فراشه فيظنها زوجته. -علال برزوق امال، المرجع السابق، ص 124.

425- الإقرار : ويسمى أيضا الاستلحاق، هو "إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص أخر". علال برزوق امال، المرجع السابق، ص 139.

426- البينة: المفهوم الواسع للبينة يعني الحجة والدليل والبرهان، لأي طريق من طرق الإثبات يدخل تحت مفهوم البينة، أما الفقهاء فلقد خصصوا مفهوم البينة على دليل واحد وهو الشهادة، فمعنى الشهادة الضيق هو الشهادة كدليل من أدلة الإثبات. -عجة الجيلالي، المرجع السابق، ج02، ص 593.

427- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص 541.-بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 622.

428- علال برزوق امال، المرجع السابق، ص 196.

عن النسب نظرا لجسامة وأهمية آثار النسب التي تقوم على فكرة جوهرية، متمثلة في الدم، التي لا يمكن للإرادة أن تحل محلها.

لم تشر اتفاقية حقوق الطفل لحق الطفل في نسبه[429] رغم أن غالبية حقوقه تجاه والديه تدور وجودا وعدما مع هذا الحق[430]، وهذا ما يبدو غريبا من هذه المعاهدة التي أشارت في أكثر من مرة على وجوب تمتع الطفل بجو عائلي وبحماية من الأبوين، من هما الأبوين في نظرها؟ أهما الأبوين اللذان يربطهما عقد زواج صحيح أم يكفي ارتبطهما ارتباط غير شرعي في ميزان الشريعة الإسلامية مشروع من وجهة نظر الأمم المتحدة؟

أجابت على هذا السؤال لجنة حقوق الطفل سنة 2001 في شكل ملاحظة على التقرير المقدم من مصر[431] حول اعتراضها على جعل الزنا طريق من طرق إثبات النسب بقولها "أن التمييز بين الأطفال الذين تم ولادتهم خارج إطار الزواج لا يتوافق مع البند رقم 2 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل"[432]، حيث يقضي البند الثاني من اتفاقية حقوق الطفل ضرورة المساواة التامة في كل شيء خاصة بين الذكر والأنثى[433].

أما فيما يخص نظام التبني فلقد نصت المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل على اعتباره نظاما بديلا لمصلحة الأطفال المحرومين من وسط عائلي، أو المتواجدين في وسط عائلي غير ملائم لتنشئتهم تنشئة صالحة[434] بالنسبة للدول التي تجيزه في قوانينها، أما التي تمنعه

429- هذا ما يستفاد من نصوص الاتفاقية الصريحة، إلا أنه عند التمعن في قراءة نص المادة 08 من اتفاقية حقوق الطفل يمكن القول أنها تقصد حق النسب للطفل التي تنص على ما يلي: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه **وصلاته العائلية** على النحو الذي يقره القانون،...".

430- سمر خليل محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 180.

431- كانت جمهورية مصر العربية من أولى الدول التي وقعت على اتفاقية حقوق الطفل، بموجب قرار رئيس الجمهورية رقن (260) سنة 1990. - اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 160.

432- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 179.

433- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 302.

434- علال برزوق امال، المرجع السابق، ص 220.

كغالبية الدول الإسلامية، فلقد نصت المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل على اعتماد نظام الكفالة[435] المشروعة في الفقه الإسلامي التي لا يلحق فيها نسب الولد إلى الكافل كما في التبني.

الفقرة الثانية: حماية الطفل في نفسه وماله.

بوصف الطفل الإنسان الذي لم يتجاوز سن 18 سنة حسب الأمم المتحدة، فحتما يفترض فيه النقص العقلي والبدني، الأمر الذي يحول دون قدرته على القيام بشؤون بنفسه، فوجب حينها توفير حماية له داخل الأسرة –تكفل له الرفاه في حياته– التي تكون إما تكون متعلقة بنفسه وإما بماله.

فحماية الطفل في نفسه تفترض مسائل عديدة أشار إليها الفقه الإسلامي في شكل مفصل أولها حضانته، ورضاعه، والإنفاق عليه وعلى حاضنته ومرضعته، وحسن تربيته، وولاية تزوجيه، فهذه الالتزامات التفصيلة منها ما ينعقد فيه الاختصاص للأم كالحضانة والإرضاع، ومنها ما ينعقد فيه الاختصاص للأب كالنفقة، ولاية التزويج، والإشراف على حسن التربية داخل الأسرة وخارجها.

أما حماية الطفل في ماله في الفقه الإسلامي، فللجنين في بطن أمه حق التملك، فما بالك بالطفل الذي ينبض بالحياة، فلقد أوجبت الشريعة الإسلامية تعيين شخص له كامل الأهلية والرشد لإدارة ممتلكاته وتسييرها واستثمارها حفاظا عليها لمصلحته عند بلوغه، وهذا ما يسمى بنظام: "الولاية على المال" في الفقه الإسلامي ويسمى المشرف على أموال الطفل "وليا" أو "وصيا" أو "مقدما"، وهذا النوع من الحماية للطفل يشرف عليه غالبا الأب تطبيقا لمبدأ القوامة الزوجية.

وكل هذه النظم تفترض استقرار الطفل في جو عائلي ملؤه الهدوء والسكينة، ذلك أن من مقاصد الزواج إنجاب الولد، ومن مقاصده أيضا السكن والمودة بين الزوجين لقوله تعالى:

435– سمر خليل محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 180.

(وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ)[436] وحتما هذه المودة والمحبة المقصودة بين الزوجين مفهوم واسع، تتسع لتمس شريحة الأطفال.

أما في جانب عولمة القانون، فلم تُفَصِل المعاهدة الدولية لحقوق الطفل في هذه المسائل إنما جاءت نصوصها في شكل عام[437] تقضي بحق الطفل في أسرة وجو عائلي مناسب كما أشارت إليه ديباجة الاتفاقية، وجمع شمل الأسرة طبقا للمادة 1/9، وعدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، ومع هذا قد تقرر السلطات المختصة ضرورة فصل الطفل عن والديه، للحفاظ على مصلحة الطفل الفضلى، ويتم هذا الفصل في حال إساءة الوالدين معاملة أو إهمالهما له[438].

فحق الطفل في أسرة وجو عائلي وارتباطه بوالديه مرهون بتوفير الوالدين الحد الأدنى من مصلحة الطفل الفضلى، لكن ما المقصود بمصلحة الطفل الفضلى؟؟

يقصد بمصلحة الطفل الفضلى: "تقديم رغبات الطفل على أي شيء آخر"، فواجب على الآباء قول نعم للأطفال، حتى رفعت الأمم المتحدة شعارا سنة 2002 بعنوان: "قل نعم للأطفال"، وإذا ما اعترض الآباء على مطالب الأطفال فبإمكانهم الاستعانة بالشرطة عن طريق الخط الساخن، فتتدخل الدولة لتفتك الطفل من حضن أبويه كي تتولى هي تربيته والقيام على شؤونه، وهذا ما يتضح من نص المادين 9 و20 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[439].

إن هذا الحكم غريب فكيف يمكن العثور على جهة أحرص على الطفل من والديه، فلا يعقل القول بوجود مصلحة فضلى للطفل تدركها الدولة ومؤسسات رعاية وحماية الطفولة ولا

436- الروم الآية 21.

437- أشارت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في نص المادة 2/24/هـ على حق الطفل في الرضاعة كحق وحيد خاص للطفل في الاتفاقية.

438- ربيع زكرياء، المرجع السابق، ص 46-47.

439- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، المرجع السابق، ص 166.

يدركها الوالدان، فمن مصلحته الحقيقة لا المتوهمة تربيته بين أحضان أمه وأبيه، ودليل هذا ما تم استفادته عن طريق الاستقراء والتتبع، فلم يتواتر الناس على الإساءة لفلذات الأكباد إلا في حالات نادرة جدا، وإن وجدت تجد أن الوالدين أو أحدهما قد أساء لنفسه قبل أن يسيء لولده كتعاطي المخدرات ونحوها[440].

يُتَوَصَلُ إلى أن ما ذهب إليه البعض في أن العولمة تسعى إلى رفع ولاية الآباء على الأولاد[441] أمر صحيح، وهدف تسعى الدول الغربية لتحقيقه، الغرض منه نشر الثقافة الغربية بمزيد من الانحلال والتمرد وإنقاص دور الولي على الأطفال، وجعله في حدود ضيقة مع الحرص على منطلقها ومبدأها الرئيسي المتمثل في المساواة بين الرجل والمرأة الذي لم تضع له حدا يحده أو قيدا يسده، فيحب أن تشترك المرأة مع الرجل في واجب وحق الولاية على الأطفال، حيث تقضي المادة 1/16 (هـ) من اتفاقية سيداو (هـ) بما يلي:(نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين...)، و المادة 1/16 (د) من ذات الاتفاقية بما يلي: (نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم...).

الفرع الثاني: أحكام النسل بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

ينبغي أولا تحديد مفهوم النسل، حيث يمكن تعريفه عند الفقهاء والأصوليين والأطباء والمختصين أنه: الولد والذرية[442]، والأحكام المتصورة بشأنه لا تخرج عن أربعة، فإما تدور حول إكثاره، تنظيمه، تحديده، وإما إعدامه، ويخرج هذا الأخير الذي لم يقل به أحد، وإن قال به فهو يريد فناء البشرية عن بكرة أبيها، فتبقى إذن الموضوعات المثارة بشأنه تدور حول إكثاره، تنظيمه، تحديده.

440- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 315-316.

441- فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 466. -إكرام بين كمال بن معوض المصري، المرجع السابق، ص 263.

442- صديق خوجة خالد، تنظيم النسل في الديانات السماوية، مجلة الحوار الثقافي، كلية العلوم الاجتماعية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر،م 04، ع 01، ص 105-111، 2015، ص 01.

أما عن إكثاره ففي الحضارات القديمة، كمصر والهند والصين وبلاد فارس كان التكاثر والتناسل من المسائل المقدسة[443]، وكذلك بالنسبة للديانات السماوية المتمثلة قطعا في النصرانية واليهودية[444]، فالأولى أدانت وحاربت أي محاولة لتجنب الإنجاب، أما الثانية فالزواج عندهم واجب ديني لا بد من أدائه، حيث تدعو الأمة اليهودية للتناسل والتكاثر إذ يعتقدون أن العقم عندهم لعنة كبيرة من الله، وعندهم يعد عدم الإنجاب سبب من أسباب الطلاق[445].

وفي ذات السياق في الشريعة الإسلامية يعد النسل والإكثار منه مقصدا رئيسيا من مقاصد الزواج وغايته الأولى[446]، فالشرع يرغب في كثرة النسل بشرط القدرة والاستطاعة المالية والتربوية[447]، وهذا الشرط يقتضي جواز حكم متعلق بالنسل والمتمثل في تنظيمه، وتستعمل مصطلحات أخرى يقصد بها تنظيم النسل كتنظيم الولادات، تنظيم الأسرة، وفي هذا الإطار عرف المؤتمر الإسلامي المنعقد بالرباط سنة 1971 تنظيم الأسرة بقوله: "قيام الزوجين بالتراضي بينهما، ودون إكراه، باستخدام وسائل مشروعة ومأمونة لتأجيل الحمل، أو تعطيله بما يتناسب وظروفهما الصحية والاجتماعية والاقتصادية، وذلك في نطاق المسؤولية نحو أولادهما وأنفسهما"[448]

إذن فصفوة القول أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو إكثار النسل ولا تجد الشريعة حرجا في تنظيمه لمصلحة الأبوين ومصلحة الأولاد، فبهذا تبقى المسألة الثالثة والأخيرة المتعلقة بالنسب والمتمثلة في تحديده، حيث يقصد به وقف عملية الإنجاب على عدد محدد من الأطفال

443- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 241.

444- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 240.

445- صديق خوجة خالد، المرجع السابق، ص 3-4.

446- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 103.

447447- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص 224.

448- صديق خوجة خالد، المرجع السابق، ص 1.

بشتى الوسائل[449]، وهو محرما شرعا لتعارضه مع مقصد كثرة الإنجاب عند الاستطاعة[450]، ومصادمته الفطرة التي جبل الله الناس عليها[451].

في الوجه المقابل عند الرجوع لموقف عولمة القانون متمثلة فيما يصدر عنها في مؤتمراتها ومعاهداتها الدولية من مسألة النسل والإحكام المتعلقة به، يظهر أنها تعتنق لا بل وتشجع تحديده[452]، انطلاقا من فلسفات ومرجعيات اقتصادية واجتماعية وثقافية[453]، فتجد أغلب المؤتمرات التي تعقدهما الأمم المتحدة تربط بين زيادة السكان والفقر واستحالة التنمية[454].

ومن النصوص الدولية الجزئية التي تؤكد على أن العولمة تؤيد حكم تحديد النسل ما يلي:

-المادة 1/16/هـ من اتفاقية سيداو التي تنص على أنه: "نفس الحقوق في أن تقرر وبحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه،..."، ويبدو أن صياغة هذا البند ركيكة وغير منسجمة ذلك أنها تقر نفس الحقوق بين الرجل والمرأة من جهة، ومن جهة أخرى تعطي حق وحرية تقرير عدد الأطفال والفاصل بين الطفل والذي يليه للمرأة دون إشراك الرجل في هذا الحق.

وتفسيرا لذلك جاء عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الثالثة عشر لسنة 1994 توصيتها عامة رقم 21/21 تقضي بوجوب إعطاء الأولوية للمرأة في تحديد عدد أفراد الأسرة، بسبب الالتزامات الملقاة على عاتقها فيما يخص الحمل والتربية[455]، وفي هذا إقرار

449- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 245.

450- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص 224.

451- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ص 104.

452- فؤاد بن احمد عطاء الله، خطر المؤتمرات والمعاهدات والمواثيق الدولية على الأسرة المسلمة -دراسة تحليلة نقدية- مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، م 05، ع 02، ص ص 59-71، 2020، ص 65. - فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 445.

453- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 244.

454- الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 167.

455- كيفاجي الضيف، الحماية الدولية للأسرة، ص 377.

واضح بوجوب معاملة المرأة معاملة متميزة غير تلك الموضوعة لمعاملة الرجل، نظرا لطبيعتهما البيولوجية المتباينة.

–تقرير مؤتمر القاهرة الذي جاء بما يلي: " يجب أن يكون هدف برامج تنظيم الأسرة هو تمكين الأزواج والأفراد من أن يقرروا بحرية وبروح من المسؤولية عد أطفالهم والمباعدة بين الولادات..."[456].

وأخيرا وليس أخرا يبقى أن كل نظام أو توجه لا يعرض موقفه على سبيل النصح والإرشاد إنما يضع من الوسائل ما يعزز ويضمن به موقفه، فالفقه الإسلامي في سبيل إعطاء حكم إكثار النسل وتقويته وإهطاءه نوعا من الفاعلية وضع من الأساليب ما يكفل ذلك.

حيث جاءت محافظة الشرع على النسل من جهتين، من جهة الوجود وذلك من خلال الحث على أصل النكاح والترغيب فيه بوصفه الطريق الشرعي الوحيد لتحصيل النسل وبقائه، وكذلك الحث على نكاح الولود، وإباحة التعدد في حدود الأربعة نساء؛ أما جهة العدم فتتجلى مظاهر حمايته من خلال النهي عن ترك النكاح والإعراض عنه حتى لو كان ذلك في سبيل العبادة والتقرب لله سبحانه وتعالى، وتحريم ما يمنع الحمل لدى المرأة ويقطع الشهوة نهائيا، وتحريم الإجهاض[457].

في نفس السياق اتخذت العولمة هي الأخرى لتحقيق غرضها في تحديد النسل وإضعافه مجموعة من الوسائل والإجراءات من بينها منع تعدد الزوجات[458]، محاربة الزواج المبكر، رفع سن الزواج، منع حالات الحمل غير المرغوب فيه، وإباحة الإجهاض، وفيما يلي شرح لهذه الطرق، باستثناء منع التعدد الذي تم الحديث عنه فيما سبق.

456– الأمم المتحدة، الأمم المتحدة، A/CONF.171/13/Rev.1تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 5–13 أيلول/ سبتمبر 1994، الفصل السابع، باء، فقرة 7–12، ص 41.

457– محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، 1998، ص 258.

458– راجع، ص 88.

محاربة الزواج المبكر[459] ورفع سن الزواج: اعتبرت الاتفاقيات والمؤتمرات الدوليين الزواج المبكر –أي زواج الشخص دون الثامنة عشر سنة يعتبر عنفا ضد المرأة[460]– أمرا غير مرغوب فيه، وجب محاربته ومنعه خاصة إذا تعلق الأمر بالمرأة الريفية، وفي ذلك تنص المادة 2/16 من اتفاقية سيداو على الآتي: "لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج...".

ومن جهة أخرى حرصت المؤتمرات الدولية على رفع سن الزواج من خلال تشجيع الشباب على كل ما من شأنه الحيلولة دون إتمام الزواج المبكر، من ذلك على سبيل الذكر لا الحصر ما جاء في تقرير مؤتمر السكان بالقاهرة لسنة 1994[461]: "تشجيع الأطفال والمراهقين والشباب وخاصة الشابات على مواصلة تعليمهم بغية تهيئتهم لحياة أفضل، وزيادة إمكاناتهم البشرية للمساعدة في الحيلولة دون حدوث الزيجات المبكرة وحالات الحمل التي تنطوي على مخاطر كبيرة، ولتخفيض ما يرتبط بذلك من معدلات الوفيات والاعتلال."[462].

على العكس من ذلك فإن الشريعة الإسلامية حثت على الزواج ودليل ذلك في القرآن والسنة والإجماع[463]، أما في السنة النوبية فعن عائشة رضي الله عنها قالت: "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم لست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسع سنين"[464]، أما الإجماع فلقد أجمع العلماء على أن للأب أنو يزوج ابنته الصغيرة دون مشاورتها، ومستند إجماعهم في ذلك الحديث السابق[465].

459– فؤاد بن أحمد عطاء الله، المرجع السابق، ص 66.

460– فؤاد بن أحمد عطاء الله، المرجع السابق، ص 66.

461– إكرام بنت كمال بن معوض المصري، دور التربية الإسلامية في مواجهة بعض أساليب عولمة المرأة المسلمة المعاصرة، ص 195.

462– تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة (1994)، الفصل السادس، باء، الفقرة 6–7، ج، ص 32.

463– أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 181.

464– أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، رقم الحديث 1422، ص 1038.

465– أمل بنت عائض الرحيلي، المرجع السابق، ص 182.

منع حالات الحمل غير المرغوب فيه[466]:

جاء في تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية المنعقد في القاهرة سنة 1994 ما يلي:

"من أجل تلبية الزيادة الكبيرة في الطلب على وسائل منع الحمل خلال العقد القادم وما بعده، ينبغي للمجتمع الدولي أن يتحرك، على أساس فوري لإيجاد نظام للتنسيق يتسم بالكفاءة ولإقامة مرافق إقليمية ودون إقليمية من أجل توريد وسائل منع الحمل وغيرها من السلع الأساسية اللازمة لبرامج الصحة الإنجابية في البلدان النامية والبلدان التي تمر اقتصادياتها بمرحلة انتقال، وينبغي للمجتمع الدولي أن ينظر أيضا في اتخاذ تدابير مثل نقل التكنولوجيا إلى البلدان النامية لتمكينها من إنتاج وتوزيع وسائل منع الحمل ذات النوعية العالية وغيرها من السلع الضرورية اللازمة لخدمات الصحة الإنجابية، وذلك لتعزيز الاعتماد على الذات في هذه البلدان، وبناء على طلب البلدان المعنية، ينبغي لمنظمة الصحة العالمية أن تسدي المشورة بشأن نوعية طرق تنظيم الأسرة ومدى سلامتها وكفاءتها"[467].

يظهر أسلوب منع حالات الحمل غير المرغوب فيه، من خلال العمل على تسويق كل ما من شأنه الحيلولة دون حدوث الحمل، وذلك عبر تقديم الدعم المادي لوسائل منع الحمل، من ذلك العازل المطاطي، وتقديم أقراص منع الحمل من خلال مراكز توزيع تجارية[468] وصحية، وفي المقابل يلاحظ عدم رفع التدعيم المالي على كل ما من شأنه مساعدة الشريحة التي تعاني من أمراض جنسية تحول دون حدوث الحمل التي قد تصيب الرجل بالوراثة أو بالتسبيب كضعف الحيوانات المنوية أو عدم قدرتها على تخصيب البويضة، كما قد تصيب المرأة كانسداد القنوات الرابطة بين المهبل والرحم أو عدم حيويتها لنقل حيوانات منوية حية إلى مكان زرعها، خاصة أن الأدوية والعقاقير من هذا النوع تستخلص من مواد نادرة وباهضة

466- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 405.

467- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 1994، الفصل الرابع، باء، فقرة 7-25 ص45.

468- النهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 258.

الثمن، وتتكفل الدول العظمى بتصنيعها مما يصعب على صاحب الدخل المتوسط تلبيتها وتوفيرها، ومن باب أولى عجز صاحب الدخل الضعيف على توفيرها.

فأي عولمة هذه التي تجتمع فيها عدم القدرة الجسدية على الإنجاب مع عدم القدرة المالية على تلقي العلاج الصحي للتمتع بوجود ذرية بجانبه في الحياة تدعوا له بالرحمة والفعل النافع عند الممات.

إذن فالعولمة تسعى بالدرجة الأولى للحيلولة دون حدوث حالات الحمل غير المرغوب فيها، ومع هذا إذا حصل وتحققت، تصدت لها من خلال إباحة ما يسمى بالإجهاض الآمن وهذا ما سيتم معالجته في النقطة التالية.

إباحية الإجهاض[469]: يقصد بالإجهاض في ابسط معانيه إسقاط الحمل –الجنين– وهو عمل محظور في الفقه الإسلامي بعد أربعة أشهر من بدء تخلقه بالإجماع، إلا إذا ثبت قطعا أن الولد لن يعيش، ويعد الاعتداء على الجنين في الحالات العادية جريمة موجبة للغرة أي خمسين دينار، أما الإجهاض قبل نفخ الروح فلقد أباحه الحنفية والحنابلة والشافعية، لكن مع الكراهة التحريمية عند الحنفية، وحرم المالكية والغزالي من الشافعية والظاهرية الإجهاض مطلقا[470].

أما عن الإجهاض من وجهة نظر المؤتمرات الدولية هو من السبل الفعالة للحد من النمو السكاني، فمنطق العولمة يقبل إباحته وجعله قانونا[471]، ولقد استعملت مؤتمرات الأمم المتحدة مصطلحات للتلطيف من مصطلح الإجهاض الذي يبدو بشعا من خلال حقيقته، كمصطلح "التخلص من الحمل غير المرغوب فيه" "والإجهاض الآمن" حيث يقصد به إسقاط الحمل غير المرغوب فيه بطريق قانوني وآمن تحت إشراف طاقم طبي مؤهلا تقنيا، ويعد الإجهاض الآمن

469– مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 41.

470– وهبة الزحيلي، الأسرة الإسلامية في العالم المعاصر، ص 227.

471– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 167.

بهذا المفهوم أثر سلبي من آثار الصحة الإنجابية[472] التي ترى الأمم المتحدة في توفيرها تحقيق حياة جنسية مرضيه[473].

عند تتبع مختلف تقارير المؤتمرات الدولية وبالأخص المؤتمرين الدوليين اللذين لهما الصدى الأكبر في عولمة المرأة وعولمة الإجهاض–مؤتمر القاهرة ومؤتمر بكين– يلاحظ أنهما لم يسوقا للإجهاض كطريق لتنظيم الأسرة صراحة، إنما تناولا الإجهاض غير الآمن باستفاضة شديدة، دون أن يضعا تعريفا له، مع خلطهما بين الإجهاض غير الآمن وغير القانوني والحمل غير المرغوب فيه، ومن جهة أخرى شجع مؤتمر السكان بالقاهرة على الإجهاض الآمن وروج له من خلال ضرورة تسهيله لطالبيه من منطلق حق الصحة الإنجابية، وهذا ما لا يدع مجالا للشك للقول بأن في استخدام الإجهاض وإباحته وتقنينه، تعارض مع كل توصيات مؤتمرات السكان التي عقدت في العالم الإسلامي[474].

فخلاصة القول أنالإجهاض في نظر الأمم المتحدة يمكن تقسميه إلى إجهاض غير آمن الذي يطلق عليه أيضا الإجهاض غير القانوني، ويكون في استخدامه خطر على حياة الحامل، وإجهاض آمن ويسمى بالإجهاض القانوني ويكون بناء على رغبة الحامل وإرادتها، والذي لا يكون في استخدامه أي خطر يذكر على حياتها، فبهذا خالفت مؤتمرات الأمم المتحدة الشريعة الإسلامية مرة أخرى، الشريعة التي وازنت بين سلامة الأم وحق الجنين في الولادة والحياة.

يترتب على تشجيع العولمة للإجهاض، إباحة العلاقات المحظورة، غير القائمة على الزواج[475]، لأنه في غالبية المجتمعات المُحَافِظَةُ يعد الحمل الناتج عن علاقة غير مشروعة غير مرغوب فيه، في أغلب الحالات تسارع الحامل للتخلص منه.

472– راجع، ص 73.

473– مرام بنت منصور زاهد، المرجع السابق، ص 65.

474– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 174–175.

475– إكرام بنت كمال بن معوض المصري، دور التربية الإسلامية في مواجهة بعض أساليب عولمة المرأة المسلمة المعاصرة، ص 195.

بهذا يتم التوصل إلى أن إباحة الإجهاض الآمن يساعد على محو الآثار غير المرغوبة الناتجة عن العلاقات غير المشروعة، يفتح الحديث عن موقف عولمة القانون الصريح من العلاقات المحظورة في ميزان الشريعة الإسلامية، وهذا هذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الموالي المتعلق بالأحكام الخلقية، وقبل الخوض في هذه الجزئية يجب الإشارة إلى أن العولمة في سبيل تحديد النسل وإعدامه وفي سبيل تمكين المرأة بصفة خاصة والإنسان بصفة عامة من جميع الحقوق التي يمكن أن يتصورها العقل والتي لا يتصورها، أقرت علاقة أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها أبشع حال يمكن يجتمع فيه شخصين تجمع، آلا وهي طامة الاعتراف بزواج شخصين من نفس الجنس، التي تشترك مع إباحة العلاقات غير الشرعية في طبيعتهما الأخلاقية.

المبحث الثاني: أحكام الأسرة الأخلاقية والمالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فِقها.

يقصد بالأحكام الأخلاقية في هذا المبحث: مجموعة الحقوق المرتبطة بالأسرة –من بعيد أو من قريب– التي منحتها عولمة القانون للإنسان بوجه عام وللمرأة بوجه خاص، التي تعد ممارستها أو أضعف من ذلك كالمطالبة بها، لا بل وحتى الحديث عنها، أمرا يخل بالنظام العام والآداب العامة في غالبية شعوب العالم التي تراعي مبادئ الأخلاق والدين وتُحَكِمُهَا في معيشتها، في حين يقصد بالأحكام المالية: مجموعة الحقوق المرتبطة بالمال داخل الأسرة سواء كانت في شكل حقوق شخصية –التزامات– أو حقوق عينية.

لهذا تم تقسيم هذا المبحث وفق الخطة المعتادة المتمثلة في تقسيمه إلى مطلبين، يتناول الأول أحكام الأسرة الأخلاقية، والثاني أحكام الأسرة المالية، دائما في ظل عولمة القانون بالمقارنة مع ما هو ثابت في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: أحكام الأسرة الأخلاقية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

تقرر في أكثر من موضع أن العولمة تسعى لفرض نظام عالمي جديد لا يعترف بالحدود الجغرافية ولا بالانتماءات بأي شكل من أشكالها، سواء السياسية الاقتصادية أو الاجتماعية وحتى الثقافية منهما، ومن أبشع ما تروج له العولمة وتمرره من خلال جملة المؤتمرات والمعاهدات الدولية محاولتها نقد مفهوم الأسرة الذي عرفته البشرية منذ بزوغها، من خلال إيجاد والاعتراف بصور عديدة للأسرة إلى جانب صورة الأسرة المألوفة لدى جميع شعوب العالم منذ القدم، وعليه يتناول هذا المطلب أشكال الأسرة في ظل عولمة القانون في الفرع الأول، والفرع الثاني بيان موقف أو حكم الشرع من أشكال الأسرة في ضوء عولمة القانون.

الفرع الأول: أشكال الأسرة طبقا لمتطلبات عولمة القانون.

تقتضي الفطرة السليمة المقرة بتقسيم الكائنات الحية إلى ذكر وأنثى[476] –التي تشترك في الغريزة الجنسية– التمييز بين أنواع العلاقات الجنسية بين بني البشر فمنها المسوح المشروع ومنها الممنوع المذموم، فالجماعات السوية لا تعتبر العلاقة بين الجنسين أمرا فرديا أو بيولوجيا، إنما هي مسألة جماعية خلقية، وفي جانب أخر يعد الزواج الطريق الوحيد لإشباع الرغبات الجنسية والعاطفية[477]، وهو في الأديان السماوية وعلى رأسها الدين الإسلامي المصدر الوحيد لتكوين الأسرة[478]، وعند علماء الاجتماع أيضا هو مرحلة سابقة، وشرط ضروري لقيام الأسرة[479].

ما دام الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، فغياب الزواج يتواز معه انعدام الأسرة، ومجاراة لهذا أقرت الأمم المحتدة في جميع ما صدر عنها صورة هذا الزواج الذي يتم بين الرجل والمرأة[480]، ومثل هذا الزواج على ضوء نظرة الأمم المتحدة يوصف بالزواج النمطي، أي المعتاد والمعروف عند الناس منذ نشأة الحياة البشرية، وهو غير مرغوب فيه لما يترتب عليه من آثار تشكل مشكلات –في نظر الدول المستفيدة من العولمة– من ذلك صيرورة الزوجة أما، الأمر الذي يجعلها تقوم على تربية أبنائها، وفرض سيطرة الزوج على الزوجة

476– جاءت بعض الدراسات بإنكار وتجاوز تقسيم الإنسان إلى ذكر وأنثى ومن بين هذه الدراسات ما أكدته الأمريكية (آن فوستس ستيرلنج) في دراسة لها تحت عنوان "الأجناس الخمسة"، فتقسيم الناس إلى ذكور وإناث حسب هذه الباحثة أمرا تجاوزه الزمن، ولم يعد يعبر بدقة عن حقيقة الواقع الإنساني المعاش، ذلك ان الواقع أصبح يحفل بخمسة أجناس وليس= =جنسين فقط، إذ بجانب الرجال والنساء هناك المخنثون، والنساء الشاذات، والرجال الشواذ. –بوزيد وردة، دور منظمة الأمم المتحدة في تجسيد الأسرة اللانمطية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، م 09، ع 01، ص ص 441–450، 2022، ص 448–449.

477– حسين عبد الحميد أحمد رشوان، الأسرة والمجتمع دراسة في علم اجتماع الأسرة مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2012، ص 03.

478– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 173.

479– حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص 21.

480– أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، 2010، ص 20.

(القوامة)، وتقييد حرية المرأة الجنسية وحرمانها من ممارسة الجنس خارج دائرة الأسرة مع من تريد من الرجال...[481]، وتلافيا لجملة ما يعتبر مشكلات مترتبة عن الزواج النمطي، تم ابتداع صور جديدة للاقتران بين الرجل والمرأة دون الحاجة إلى عقد زواج وهذا ما يصطلح عليه: "العلاقات الاستسرارية"، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بغية الوصول بحقوق الإنسان إلى أوجها تم تقنين الاقتران بين شخصين من نفس الجنس وهذا ما يصطلح عليه: "الزواج المثلي"، وبالرغم من أن هذين الصورتين لا يمكن بأي حال اعتبارهما زواجا، لأن هذا الأخير أمر جلل في جميع الأديان وفي أغلب الشرائع الوضعية، تجده مؤسس على كونه موضوع ديني بوصفه عقد بين رجل وامرأة، لا يقوم إلا باحترام جملة من المعايير متمثلة في أركانه وشروطه، ليرتب جملة من الآثار المقبولة ديانة، والمقبولة بين أطرافه وأهاليهم والمجتمع برمته[482].

إن الأمم المتحدة تقر بما سمي العلاقات الاستسراية والزواج المثلي تعتبرهما زواجا وتصفه بالزواج غير النمطي[483]، وينبثق عنه ما يعرف بالأسرة غير النمطية أو الحديثة، أي الأسرة بمعناها الإنساني المتحضر[484]، ولم تكتفي الأمم المتحدة من خلال مؤتمراتها وجملة المعاهدات الصادرة عنها باعتبارهما كذلك، إنما حرصت على ضرورة توفير الحماية القانونية لها وتدعيمها بالسياسيات التي تخدم مصالحها في جميع مجالات الحياة شأنها في ذلك شأن الأسرة المشكلة من رجل وامرأة[485] يربطهما عقد زواج صحيح وفق ما تفيضه تقاليد وخصوصية كل مجتمع أو دين أو حتى قانون تشريعي.

لتأكيد هذا الكلام لا بد من الرجوع لمختلف الصكوك الدولية، فمجمل بنود اتفاقية سيداو لاسيما المادة 05 والمادة 16 منها، تعصف بكل الفروق الفطرية وبالقيم الاجتماعية، كما

481- عبد العظيم المطعني، المرجع السابق، ص 58.

482- عبد الباقي غفور، الأمن الأسري في ظل وثائق المؤتمرات الدولية، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية،جامعة قالمة،م 15، ع 02، ص ص 207- 221، 2012، ص 211.

483- عبد العظيم المطعني، المرجع السابق، ص 58.

484- بوزيد وردة، المرجع السابق، ص 445.

485- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 472-473.

تسعى إلى تجاوز الأسرة النمطية، وبالتالي تجاوز وإنكار اختصاص دور الأم بالإنجاب والأمومة واختصاص الرجل بالقوامة، وهذا إقرار ضمني منها بحق الأشخاص في الاقتران الجنسي سواء بين رجل وامرأة خارج نطاق الزواج أو بين شخصين من نفس الجنس طالما أن النوع الاجتماعي –الجندر[486]– ينكر الفروق البيولوجية[487].

في موضع أخر تقر لجان الأمم المتحدة بصور الاقتران الجنسي الأخرى، وهذا ما يظهر من خلال تفسيرها لنص المادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[488] بمناسبة الفصل في قضية "تونين" المشهورة التي تدور وقائعها حول إبرام شخصين من نفس الجنس زواجهما في ولاية "تاسمانيا" الاسترالية التي تمنع السلوكيات الجنسية بين إنسانين من جنس واحد بالتراضي، حيث طعن "تونين" أمام لجنة الأمم المتحدة لمنعه من الزواج من شخص بنفس جنسه في دولته، ولقد انتهت اللجنة إلى تقرير ما يلي: "مما لا شك فيه أن النشاط الجنسي الخاص بين بالغين بالتراضي مشمول بمفهوم الخصوصية بموجب المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"[489].

فهذا تعبير صريح من الأمم المتحدة على أن الزواج المثلي أمر مشروع وجائز، ومن باب أولى تعد المخالطات الجنسية بين الرجل والمرأة دون زواج علاقات مشروعة وجائزة، لا بل وأمر مرغوبا أمام طامة الزواج المثلي.

486– راجع، ص 70.

487– هاني بوجعدار، زواج المثليين في الشرائع السماوية والمواثيق الدولية، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، م 03، ع 01، ص ص 148– 178، 2017، ص 158.

488– تنص المادة 17 على ما يلي:

(1– لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته أو مراسلاته كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته،

2– لكل شخص الحق في حماية القانون ضد مثل هذا التدخل أو التعرض.)

489– هاني بوجعدار، المرجع السابق، 158.

أما في جانب المؤتمرات الدولية فتبدوا أكثر وضوحا بشأن موقفها من أشكال الأسرة الحديثة، فلقد جاء في تقرير مؤتمر السكان بالقاهرة ما يلي:

-"في حين توجد أشكال شتى للأسرة في مختلف النظم الاجتماعية والثقافية والسياسية، فإن الأسرة هي الوحدة الأساسية في المجتمع وعلى ذلك فهي جديرة بأن تحظى بحماية ودعم شاملين. وقد أثرت عملية التغير الديموغرافي والاجتماعي – الاقتصادي السريع في أنحاء العالم على أنماط تكوين الأسرة والحياة الأسرية، فأحدثت تغييرا كبيرا في تكوين الأسرة وهيكلها. أما الأفكار التقليدية للتقسيم، على أساس الجنس، للمهام الأبوية والمهام المنزلية وللمشاركة في القوة العاملة بأجر فلا تعكس الحقائق والتطلعات الراهنة، ..."[490].

-"وينبغي للحكومات أن تقيم وتطور الآليات الكفيلة بتوثيق التغييرات وأن تجري الدراسات بصدد تكوين الأسرة وهيكلها، لاسيما بشأن شيوع الأسر المعيشية ذات الشخص الواحد، والأسر ذات الوالد الوحيد والأسر المتعددة الأجيال"[491].

أما مؤتمر بجين فلقد جاء بما يلي:

-"وللمرأة دور حاسم في الأسرة، والأسرة هي الوحدة الأساسية في المجتمع، ولذلك ينبغي تعزيزها. ومن حقها أن تلقى الحماية والدعم الكاملين، وتوجد أشكال مختلفة للأسر في النظم الثقافية والسياسية والاجتماعية المختلفة، ويجب احترام حقوق أفراد الأسرة وقدراتهم ومسؤولياتهم،..."[492].

من خلال تقارير المؤتمرين الدوليين يلاحظ أن الأمم المتحدة أقرت صور أخرى للأسرة إلى جانب صورتها المألوفة، وهذه الصور المستحدثة للأسرة كثيرة ومتنوعة[493]، وسيتم تسليط

490-تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 1994، الفصل الخامس، ألف، فقرة 5- 1، ص27.

491-تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة،1994، الفصل الخامس، باء، فقرة 5- 6، ص28.

492- تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، بيجين، 1995، الفصل الثاني، فقرة 29، ص15.

493- بوزيد وردة، المرجع السابق، ص 445-446.

الضوء على علاقتين لهما الانتشار الأكبر والخطرة الأعظم، والمتمثلتان في ما اصطلح عليه بالعلاقة الإستسرارية من جهة، والزواج المثلي من جهة أخرى.

عولمة العلاقات الاستسرارية: يوجد في الدول الغربية إلى جانب نظام الزواج ما يسمى بـ:"العلاقات الاستسرارية"، حيث يشبه هذا الأخير الزواج من حيث كونه اتفاق بين شخصين على العيش معا كزوجين لكن دون رباط الزواج، ومع هذا يختلف عنه في كونه لا يحمل طابعا قانونيا في مجموعة الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق طرفيه، فهي لا تخضع لأي شكلية ولا لأية شروط باعتباره علاقة قائمة على الحرية المطلقة لطرفيها[494].

فالأسرة الأمريكية مثلا باعتبارها من الدول العظمى ومن أولى هي الدول المستفيدة الأولى من نظام العولمة، عرفت تطورا تاريخيا ملحوظا حسب النقل الآتي المدون في كتب الأمريكان وكما تدرس في الجامعات للطلاب الوافدين إليها:

- ✓ المرأة خادمة لزوجها من 1830 إلى 1890.
- ✓ الزوج هو القيم القائد المسؤول والزوجة تعلب دور المساعد من 1890 إلى 1920.
- ✓ الزوج المسؤول الرئيسي والزوجة هي المسؤول الثانوي من 1920 إلى 1970.
- ✓ الزوج والزوجة متساويان تماما من 1970 إلى الآن[495].

عند معرفة التطور الأخير الذي توصلت إليه الأسرة الأمريكية يعرف سبب تعنتها ورفضها فكرة المصادقة على اتفاقية سيداو بحجة أنها محققة لفكرة المساواة بين الزوجين، وكنتيجة مباشرة لتحقيق فكرة المساواة انتشرت فكرة الفردية وعدم الرغبة في أن يسطر أحد على الأخر، الأمر الذي ساهم في تصاعد نسب الطلاق[496]، من خلال إسرافهم في إباحة الطلاق –وكأنهم

494– تشوار جيلالي، مدى تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، م 45، ع 03، ص ص 89– 131، 2008، ص 92.

495– محمد الأمين سيد مختار، المرجع السابق، ص 22–23.

496– محمد الأمين سيد مختار، المرجع السابق، ص 24.

يتحدون الإنجيل[497]– حتى أعلن أحد قضاة الطلاق المشهورين في أمريكا، أن الحياة الزوجية ستزول من بلادهم، وتحل محلها الفوضى والإباحة في العلاقة بين النساء والرجال[498].

من إفرازات كثرة الطلاق، انتشار العنوسة في أمريكا[499]، الأمر الذي شجع على العلاقات خارج إطار الزواج، وذات النتيجة تحققت في الدول الأوروبية التي عرفت هي الأخرى ظاهرة العزوف عن الزواج وتفضيل العلاقات بين الرجل والمرأة دون زواج[500]، هذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إقرار بعض الحقوق دون البعض في إطار العلاقات الاستسرارية التي تربط الرجل والمرأة، منها على وجه الخصوص حق التعويض في حالة العدول التعسفي[501].

ما يمكن قوله هنا أن الدول المستفيدة من العولمة بدل أن تحاول استئصال مختلف الأمراض التي حلت بمجتمعاتها ومعالجتها، حاولت ومازالت تحاول نشر فوضتها الجنسية وتمريرها لمختلف شعوب العالم غير محترمة في ذلك خصوصيات غيرها من الأمم مستعملة في ذلك جميع الطرق المشروعة وغير المشروعة، وهذا كله لتبرير عجزها على مواجهة هذه الآفة التي إذا حلت بالمجتمع أختل نظام حياته، والأشد من هذا كله التستر تحت لواء حقوق الإنسان.

عولمة الزواج المثلي:

قبل الحديث عن عولمة الزواج المثلي لا بد من الإشارة إلى أن هذا المصطلح مفهوم حديث نسبيا عند مقارنته مع مصطلحات أخرى متصلة به وتكاد تعبر عن حقيقته وماهيته.

497– من المسائل الثابتة والمعروفة لدى النصارى أنه لا طلاق ولا تطليق غلا لسبب واحد وهو الخيانة الزوجية، فبهذا تعد الشريعة النصرانية أضيق الشرائع على الإطلاق في تقييدها للطلاق. –زكى علي السيد أو غضة، المرجع السابق، ص 118.

498– يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 20.

499– فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 474.

500– محمد الأمين سيد المختار، المرجع السابق، ص 28.

501– تشوار الجيلالي، مدى تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة، ص 93.

ومن هذه المصطلحات اللواط، السحاق، الشذوذ الجنسي، المثلية الجنسية[502]، تغيير الجنس[503].

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن تحديد حد للواط فهناك من يعرفه على أنه: وطء الذكر للذكر بإيلاج الحشفة أو قدرها في دبره، وهناك من يعرفه على أنه: "إيلاج ذكر في دبر ذكر أو أنثى"[504]، فحسب التعريف الثاني ينقسم اللواط إلى قسمين لواط الذكر للذكر، ولواط الذكر للأنثى، أما أصحاب التعريف الأول فيصفون إيلاج ذكر في دبر ذكر أخر باللواط الأكبر، بينما اللواط في دبر المرأة يصفونه باللواط الأصغر[505]، وعلى كل يكفي معرفة أن مصطلح اللواط مشين شنيع، يفيد المعاشرة الجنسية بين رجلين، إذن فالعبرة ليست بمكان الوطء إنما بأطراف العلاقة الجنسية.

"بينما السحاق هو أن تفعل المرأة بالمرأة مثل صورة ما يفعل بها الرجل"[506]، أو هو: "أن تأتي المرأة المرأة في فرجها بالتدليك"[507] أو بتعبير أبسط هو: الاتصال الجنسي بين الأنثيين[508]، أما الشذوذ الجنسي فهو ممارسة الجنس على وجه مخالف للمشروع، كالزنا واللواط والسحاق[509]، ويعد من قبيل الشذوذ الجنسي بهذا المفهوم وطء البهائم والاستمناء (العادة السرية)[510].

بينما المثلية الجنسية هو مصطلح حديث وضعه العالم السويسري "بنكرت" عام 1869 للدلالة على العلاقة الجنسية بين إنسانين من نفس الجنس، ثم انتشر حتى أصبح يستعمل

502- إبراهيم بن تيجان جكيتي، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016، ص 21.

503- مفيدة ميدون، أثر الزواج المثلي على الاستقرار الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية زيان عاشور الجلفة- الجزائر، م 04، ع 04، ص ص 18-31، 2019، ص 22.

504- الموسوعة الكويتية، ج 35، ص 339.

505- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 31.

506- الموسوعة الكويتية، ج 24، ص 251.

507- هاني بوجعدار، المرجع السابق، ص 151.

508- تشوار الجيلالي، مدى تأثير العولمة القانونية على أحكام الأسرة، ص 95.

509- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 32.

510- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 433.

ضمن مصطلحات علمية في جميع الميادين النفسية، الاجتماعية والقانونية[511]، وأخيرا يقصد بالتغيير الجنسي معاناة الشخص من اضطراب في الهوية الجنسية يدعوه لتغير جنسه من ذكر إلى أنثى أو من أنثى إلى ذكر، عند إحساس الشخص بأن أجهزته التناسلية تبدو غير نافعة له ألبتة[512].

أما الزواج المثلي فهو: توثيق للعلاقة الحميمة بين شخصين من نفس الجنس (رجل ورجل، امرأة وامرأة)[513]، فهو عبارة عن عقد يفيد حل الاستمتاع بين شخصين من جنس واحد، يتم رسميا بين شخصين من ذات الجنس، فيصيران شريكان في الحياة ويجري بينهما ما يجري بين الرجل والمرّأة، وهذا ما يعد مسألة مستحدثة لم تكن معروفة من قبل، فلقد كان عبارة عن ممارسة شاذة متمثلة في اللواط والسحاق ولم تكن له قوانين تعترف به وتقره إلا في الآونة الأخير من تاريخ البشرية[514].

من خلال ما تقدم يلاحظ أن الزواج المثلي يتمثل في صورتين، الأولى بين الذكور والثانية بين الإناث، ففي الأول يسمى لواطا وفي الثانية يسمى سحاقا، والزواج المثلي في صورتيه يعدا شذوذا جنسا، وبطريق آخر هو شذوذ في شكل مقنن معترف به من قبل أكبر الهيئات الدولية الرسمية –منظمة الأمم المتحدة والدول– وغير الرسمية –المنظمات غير الحكومية، والإعلام...–، والدول.

قبل أن يصبح الشذوذ الجنسي زواجا رسميا في نظرة الأمم المتحدة وقوانين الدول اليوم مر بمراحل عديدة[515]، فمن خلال الاطلاع على تاريخ الأمم السابقة تم التوصل إلى أن الإنسان مارسه عبر مر العصور، ومن المجتمعات من أباحه ورغب فيه، ومنها من منعته وأنكرت

511– إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 32.

512– مفيدة ميدون، المرجع السابق، ص 22.

513– هاني بوجعدار، المرجع السابق، ص 152.

514– إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 19.

515– إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 25.

عليه[516]، والثابت أن أول من سن فاحشة اللواط وأول من مارسها هم قوم لوط عليه السلام حيث قال تعالى[517]: (وَلُوطاً اِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَاتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنَ اَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ)[518]، وقوله أيضا: (وَلُوطاً اِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ إِنَّكُمْ لَتَاتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنَ اَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ)[519]، فلم يكن اللواط معروفا في أمة قبل أمة سيدنا لوط عليه السلام، حيث ابتدعوه ومارسوه في صورة علانية بعضهم أمام بعض كما دل على ذلك قوله تعالى: (وَلُوطاً اِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَاتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ وَأَنتُمْ تُبْصِرُونَ)[520] "وقد فُسِرَت كلمة تبصرون بمعنى يرى بعضكم بعضا ولا يستترون عندما تفعلون الفاحشة"[521].

ثم عرف الشذوذ الجنسي في الحضارات القديمة كقدماء المصريين والحضارة البابلية والكلندية والكنعانية، وكان اللواط أمرا مستساغا في الحضارة الإغريقية خاصة إذا كانت بين علية القوم، أما عند العرب فلقد اختلف الباحثون، فمنهم من نفى ممارسته عندهم، ومنهم من أكد انتشاره لكن في شكل سلوك خفي يتم سرا، وهذا ما جعل البعض ينفيه عند العرب[522].

في ذات السياق يؤكد الكثير من الباحثين أن أول من مارس السحاق هم قوم لوط، ولذلك لشيوع إتيان الذكور بعضهم بعضا، والإعراض عن النساء، فلما قويت شهوتهن لجأن إلى المساحقة والتدالك حتى أدركهن الهلاك[523]، وإن كان الشذوذ المعروف في المجتمعات القديمة والمجتمعات البدائية بكثرة هو شذوذ جنسي في صورة لواط، وهذا لا ينفي ممارسة المجتمعات القديمة للسحاق الذي يتميز بأنه أقل لفتا للأنظار إذا ما قورن مع اللواط لكون التعانق والتداعب

516- عبد الإله محمد النوايسة، المثلية الجنسية بين التجريم والإباحة، مجلة الشريعة والقانون، ع 37، 2009، ص 242.

517-517- هاني بوجعدار، المرجع السابق، ص 150.

518- الأعراف، الآية 79.

519- العنكبوت، الآية 27.

520- النمل، الآية 56.

521- عبد الإله محمد النوايسة، المرجع السابق، ص 243.

522- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 25-26.

523- نفس المرجع، ص 25.

بين النساء والنوم المشترك أمور مألوف ينظر إليه بعين القبول والتسامح أكثر مما الحال بالنسبة للعلاقات الحميمة بين الذكور[524].

أما في الزمن الراهن فلقد كانت غالبية دول العالم تمنع الشذوذ الجنسي والمثلية الجنسية بجميع صورها في قوانينها وتشريعاتها، من خلال النص عليه كجريمة في قوانينها الجنائية، تختلف عقوبتها من قانون دولة لأخرى، لكن سرعان ما تأثرت الكثير من دول العالم بحركة العولمة الداعمة لحقوق الإنسان التي جعلت منه موضوعا عالمي الطابع، وجعلت منه حقا من أسمى الحقوق يجب على الحكومات إلغاء القوانين المجرمة له من جهة، وإقراره والاعتراف به وتنظيمه من جهة أخرى، من خلال تقنين الزواج المثلي والاعتراف به كشراكة زواج عادية[525].

من بين الدول الغربية التي اعترفت به هولندا كأول دولة أوروبية سنة 2001، ولمثلي الجنس المتزوجين فيها نفس حقوق الزوجين المختلفي الجنس وفي طليعتها حق تبني الأطفال، وبلجيكا سنة 2003، وأسبانيا سنة 2006، وجنوب أفريقيا سنة 2006 التي تعد أول دولة افريقية أقرت وسمحت به، والنرويج سنة2009، والسويد سنة 2009، والبرتغال سنة 2010، والأرجنتين سنة 2010 التي تعد أولى دول أمريكا الجنوبية التي سمحت بالاقتران المثلي[526]، والدنمارك سنة 2012، والأوروغواي سنة 2013، ونيوزلندا سنة 2013، وفرنسا سنة 2013، والبرازيل سنة 2013، وبرطانيا سنة 2014، جمهورية ايرلندا سنة 2015[527].

هذا، وتسمح بعض الدول بزواج المثليين في مناطق من إقليمها دون الأخرى كالمكسيك[528]، والأمر ذاته كان في الولايات المتحدة الأمريكية قبل أن تقر المحكمة القضائية العليا في ولاية "ماساشوسس" الأمريكية الحق في الزواج المثلي، فلم يكن هناك تنظيم فيدرالي

524- عبد الإله محمد النوايسة، المرجع السابق، ص 245- 246.

525-هاني بوجعدار. المرجع السابق، ص167-168.

526- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 109.

527- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 29.

528- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 109.

له في الولايات المتحدة الأمريكية، إنما كان تنظيمه خاصا بكل ولاية على حده، حيث كانت غالبية الولايات تعتبره عملا محظورا بموجب نص دستوري صريح، لكن سرعان ما بدأت غالبية الولايات تتراجع عن موقفها في منعه، إلى أن حكمت المحكمة العليا الفدرالية بتشريعه في كافة الولايات سنة 2015[529].

أما بعض الدول الأخرى فلم تعترف بالزواج المثلي، إلا أنها تقر زواجا من نوع أخر يطلق عليه الميثاق المدني للتضامن، وهو عبارة عن عقد يجمع شخصين من نفس الجنس يخول لهما العيش معا وبالتالي الاستفادة من بعض حقوق الزوجية[530]، أو كما يسمى أيضا "العقود المدنية بين المثليين" ومن الدول التي أقرته حسب التسلسل الزمني فرنسا سنة 2000، ألمانيا سنة 2001، انجلترا سنة 2004، جمهورية التشيك سنة 2006، المجر سنة 2007، فنلندا، ليكسومبورغ، سلوفينيـ ايرلندا، النمسة سنة 2010، ومن الدول الأوروبية التي لا تعترف لا بالزواج المثلي ولا الميثاق المدني للتضامن إيطاليا، اليونان، مالطة، بلغارية، سلوفاكية، ليطوني، رومانية، بلونية، قبروس، ليتوانيا، وإسطونية[531].

هذا، ولم يُكتفى بتشريع الزواج المثلي باعتباره حقا من حقوق الإنسان في غالبية دول العالم العظمى اقتصاديا وعسكريا وإعلاميا... إنما أمتد الأمر لمحاولة نشره في جميع أنحاء العالم، ولقد أنيط بمهمة الدفاع عن حقوق الشواذ والمثليين بحقهم في الزواج إلى ما يسمى بالمنظمات غير الحكومية التي اعترفت لها الأمم المتحدة من خلال مؤتمراتها ومعاهداتها الدولية بجهودها في نشر حقوق الإنسان حسب نظرتها، ولم يتوقف الأمر عند المنظمات غير الحكومية فقد تعدى إلى إقحام صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للتصدي للقضايا

529- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 29-30.

530- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 110.

531- تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، شوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقياد تلمسان، م 2011، ع12، 2011، ص ص 01-38،ص 09.

الاقتصادية والاجتماعية العالمية المشتركة[532]، ومن نتائج عمل المنظمات غير الحكومية في أمريكا، النجاح في الضغط على الجمعية الأمريكية للطب النفسي التي حذفت الشذوذ الجنسي من قائمة الأمراض النفسية والعقلية سنة 1973، وفي سنة 1990 قامت منظمة الصحة العالمية هي الأخرى بحذف المثلية الجنسية من قائمة الأمراض النفسية والعقلية[533].

ومن المنظمات غير الحكومية في العالم العربي جمعية "حلم" اللبنانية التي لقيت تأييدا من بعض الدول كأستراليا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، من خلال توفير الدعم المادي لها وتوفير الحماية من تعسف السلطات اللبنانية[534].

هكذا يكون قد انتهى الحديث عن أشكال الأسرة في نظر العولمة التي ترى فيها تجمع قد يكون مؤسس على اتفاق بين رجل وامرأة سواء كان يربطهما زواج رسمي أم مجرد اتفاق على العيش مع بعضيهما حياة الزوجين العادية، كما ترى فيها تجمع مكون الأسرة من شخصين من نفس الجنس (رجل ورجل) (امرأة وامرأة) يربطهما عقد زواج رسمي، أم مجرد اتفاق بينهما يخول لهما العيش حياة الزوجين العاديين، وفي الفرع التالي يبقى البحث عن حكم الشرع في هذه الأشكال المستحدثة للأسرة.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من أشكال الأسرة طبقا لمتطلبات عولمة القانون.

تم التوصل في الفرع السابق إلى أن عولمة القانون لا تعارض على وجه صريح فكرة الزواج بين الرجل والمرأة، لكن تسمح بما يعرف بالعلاقات الاستسرارية والشاذة، مع إصرارها على إضفاء صفة الرسمية لكل منهما، تحقيقا لفكرة إعادة النظر في أشكال الأسرة المعاصرة[535]، التي تعد مطلبا عالميا يجب على جميع الحكومات والمجتمعات مجاراته والاندماج معه، وهذا

532- هاني بوجعدار. المرجع السابق، ص167-168.

533- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 75-75.

534- مفيدة ميدون، المرجع السابق، ص 23.

535- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 108.

كله من منطلق أن الزواج مسألة ذات صبغة خاصة يحكمه ما يعرف "بالحرية[536] الفردية" فهو مبني على الحب لا على أساس التناسل وحفظ النوع الإنساني[537].

إن التوقف عند نقطة السابقة يفتح المجال للحديث عن موقف الشريعة الإسلامية من الغريزة الجنسية المودعة لدى الإنسان بالفطرة لحكمة ربانية متمثلة في انجذاب الرجل للمرأة والمرأة للرجل دون دافع أو إكراه ليكون التوافق بينهما مضمونها في جميع الأحوال، وفي جميع الأزمان[538]، فالشريعة الإسلامية اعترفت بالغريزة الجنسية من خلال الإقرار بوجودها لدى الإنسان، ولم يكتف الإسلام بالاعتراف بها، إنما حث على تصريفها[539]، من خلال موقف معتدل منزه عن الجنوح الممقوت، ناه عن الكبت المكروه[540].

لقد جعلت الشريعة الإسلامية الزواج هو الطريق الوحيد للعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة، قصد تحقيق مقاصد وغايات منها حفظ الأنساب، وتحقيق المودة والرحمة والتعاون والوفاق بينهما مصداقا لقوله تعالى[541]: (وَمِنَ اٰيٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً اِنَّ فِے ذَٰلِكَ لَأٰيٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)[542]، حثة عليه مرغبة فيه[543] محرمة ما عداه من العلاقات الجنسية في جميع العصور وفي جميع الأمكنة[544]، ومن المسائل المحرمة قطعا في الشريعة الإسلامية الزنا وهو ما اصطلح عليه العلاقات الاستسرارية، واللواط والسحاق وهو ما اصطلح عليه الشذوذ الجنسي أو المثلية الجنسية، والسماح بصور هذا الاقتران

536- راجع مصطلح الحرية

537- تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، ص 09.

538- محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 274.

539- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 418.

540- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 416.

541- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص 39.

542- الروم، الآية 20.

543- محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، المرجع السابق، ص 258.

544- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص 39.

فيه من الجنوح عن الفطرة السوية ما فيه، وعليه سيكون العمل في هذا الفرع على تبيان موقف الشرع الإسلامي من الزنا واللواط.

أما بخصوص الزنا فهو سلوك محرم بإجماع أهل الملل فلم يحل في ديانة قط، وفي الشريعة الإسلامية من أكبر الكبائر بعد الشرك والقتل، لذلك حرمه الله تعالى في أكثر من موضع في القرآن الكريم[545]، ومن بين الآيات التي دلت على حرمته ما جاء في قوله تعالى:(وَالذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهاً اٰخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِے حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَۖ وَمَنْ يَّفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَاماً)[546]، وقوله أيضا (وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنِےٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلاًۖ)[547]، والنهي المتضمن في هذه الآية نهي عن قرب الزنى، ويدخل فيه النهي عن ما من شأنه الإيصال إليه من ذلك النظر المحرم والخلوة المحرمة والاختلاط والتبرج، كما يدخل فيه الأمر بكل ما من شأنه الحيلولة دون وقوعه من ذلك الأمر بالحجاب والستر وغض البصر، والتحصن بالزواج والعبادة[548].

والعلة من تحريم الزنى أنه فيه اعتداء على نظام الأسرة، وعلى النسل والأنساب، وعلى النظام الاجتماعي برمته الذي جعل الله فيه العلاقة بين الرجل والمرأة قائمة على عقد الزواج[549].

لم تكتفي الشريعة الإسلامية بتحريم الزنا إنما اعتبرته حدا من الحدود الشرعية متعلق بحقوق الله –وهذه الأخيرة تجد لها تسمية مقابلة في القوانين الحديثة "حق المجتمع"[550]– مقرة له عقوبات في الحياة الدنيا تتفاوت وتختلف بحسب حال أطرافه الاجتماعية، فمن يزنى بذات زوج أعظم وأشنع مِنْ مَنْ يزني بمن لا زوج لها[551]، فعقوبة الزاني غير المحصن –ويقصد

545– الموسوعة الكويتية، ج 24، ص 19–20.

546– الفرقان، الآية 68.

547– الإسراء، الآية 32.

548– فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 422.

549– محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 50–51.

550– نفس المرجع، ص 49.

551– الموسوعة الكويتية، ج24، ص 20.

بالمحصن الشخص المتزوج الذي يكون له شريك يغنيه عن الزنا[552]– مائة جلدة مصداقا لقوله تعالى[553]: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖۖ وَلَا تَاخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُومِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ ٱلْاَخِرِۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلْمُومِنِينَۖ)[554].

أما عقوبة المحصن هي الرجم بالحجارة حتى الموت، ولم تثبت هذه العقوبة بالنص القرآني إنما بالأحاديث النبوية الشريفة[555]، منها ذلك ما روي "عن جابر عبد الله الأنصاري أن رجلا من أسلم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثه أنه قد زنى، فشهد على نفسه أربع شهادات، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجم، وكان ققد أحصن"[556].

يرى الكثير من العلماء المعاصرين أن عقوبة الزاني الحَدِيَةُ مطلقا –سواء كان محصنا أم لا– هي مائة جلدة كما نصت عليها الآيات الكريمة والآحاديث الشريفة، أما الرجم حتى الموت فهو عقوبة تعزيرية يرجع فيها الأمر لولي الأمر عند توافر الأسباب والظروف التي تدعو للحكم بها، ومع هذا لا يمكن بأي حال من الأحوال إثبات جريمة الزنى إلا بالإقرار المتكرر للزاني على نفسه أربعة مرات في أربعة مجالس، لأن إثبات الزنى بالشهود أمر يكاد يكون مستحيلا، فإذا لم تتوفر أدلة إثبات الزنا حسب ما تقدم لتطبيق حد الجلد أو الرجم تحولت العقوبة إلى تعزير بالقدر الذي يراه ولي الأمر كافيا[557].

أما بخصوص اللواط فلقد أجمع علماء الأمة باختلاف مذاهبهم على تحريمه بوصفه جريمة مخالفة للفطرة البشرية[558]، ومن بين من نقل الإجماع على تحريمه الموفق ابن قدامى المقدسي

552– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 290.

553– خليل إبراهيم علي الزكروط الحلبوسي، الجرائم الجنسية والشذوذ الجنسي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 105.

554– النور، الآية 02.

555– خليل إبراهيم علي الزكروط الحلبوسي، المرجع السابق، ص 109.

556– صحيح البخاري، باب رجم المحصن، كتاب الحدود، حديث رقم 6814،ص 1685. كتاب الحدود.

557– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 290–291.

558– إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 46.

في كتابه المغني[559]، ولهذا الإجماع سند متين في قوله تعالى: (وَلُوطاً اِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَاتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنَ اَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ)[560]، وقوله أيضا: (وَلُوطاً اِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ إِنَّكُمْ لَتَاتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنَ اَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ)[561].

أما عن عقوبة هذا العمل الشنيع فمن الفقهاء من اعتبره زنا وألحق عقوبته بعقوبة الزاني، ومنهم من اعتبره اخطر ومن ثم يستحق فاعله عقوبة أغلظ[562]، وعلى هذا اختلف الفقهاء في عقوبة اللواط على مذهبين[563]:

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء الذين قرروا إن عقوبة اللائط هي عقوبة الزاني، فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن[564]، ودليل هذا المذهب قوه صلى الله عليه وسلم: "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان،..."[565].

المذهب الثاني: وهو إجماع الصحابة رضوان الله عليهم[566]، وبعض الفقهاء كالإمام مالك وإسحاق بن راهوية، والإمام الشافعي في قول والإمام أحمد في رواية عنه، وعقوبة اللواط عندهم هي القتل مطلقا سواء كان محصنا أم غير محصن[567]، ودليل هذا المذهب قوله صلى الله عليه وسلم: "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فأقتلوا الفاعل والمفعول به"[568]

559- موفق الدين إبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 12، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 03، 1997، ص 348.

560- الأعراف، الآية 79.

561- العنكبوت، الآية 27.

562- خليل إبراهيم علي الزكروط الحلبوسي، المرجع السابق، ص 106.

563- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، ص 62.

564- الموسوعة الكويتية، ج 35، ص 340.

565- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج08، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط03، بيروت، 2003، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللواط، حديث رقم 17033، ص 406.

566- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج 14، دار ابن الجوي، الرياض، 1427، ص 242.

567- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، 60.

568- أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، د س ن، كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط، حديث رقم 4462، ص 801-802.

ومن المعاصرين من أيد هذا الحكم مدللا هذا التوجه لما للمفسدة العظيمة الناتجة عن اللواط، حيث يَحِلُ فيه الرجال محل النساء على وجه لا يمكن التحرز منه، لكون الرجال دائما مع بعض على عكس العلاقات غير المشروعة بين الرجل والمرأة من الممكن التحري عنها بالسؤال، ومادام هذا الأمر فضيعا ويصعب التحرز منه واكتشافه بيسر استحق فاعله القتل[569].

إذا كان أصحاب هذا المذهب متفقين في حكم قتل مرتكب جريمة اللواط إلا أن الصحابة اختلفوا في طريقة قتله[570]، فمنهم من قال يحرق، ومنهم من قال يرفع إلى أعلى مكان في البلد ويلقى منه منكسا على رأسه ويتبع بالحجارة، ومنهم من قال يستحق الرجم حتى الموت، لأن الله سبحانه وتعالى فعل ذلك بقوم لوط[571].

عند محاولة الترجيح بين المذهبين يبدو أن المذهب الثاني أقرب للصواب، لورود أحاديث صريحة في هذا الشأن، ناهيك على اتفاق الصحابة على قتل مقترف جريمة اللواط[572].

وأخيرا وليس أخرا يبقى موقف الشريعة الإسلامية من الصورة الثانية من صور الشذوذ الجنسي المتمثلة في السحاق الذي لم يجد خلاف بشأن حكمه، إذ اتفقت الأمة الإسلامية على حرمته من وقت الصحابة، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: (وَالذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتَ اَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ)[573].

فمن صريح هذه الآية يستفاد أن المساحقة محرمة قطعا، لأن المرأة تمكن نفسها لغير زوجها، فبهذا الفعل تكون من العادين[574]، ومن الآثار الثابتة عن النبي قوله صلى الله عليه

569- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 14، ص 243.

570- إبن قدامة، المرجع السابق، ج 12، ص 350.

571- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 14، ص 242-243.

572- إبراهيم بن تيجان جكيتي، المرجع السابق، 65.

573- المؤمنون، الآية 06.

574- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 02، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن، ص 368.

وسلم: "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان"..."[575]، وقوله أيضا: "لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد"[576].

أما بشأن عقوبة السحاق فلقد اتفق علماء الأمة على أنه لا حد فيه، إنما يجب فيه التعزير[577]، حيث يقصد بالحد العقوبة المقدرة شرعا في معصية كعقوبة السرقة[578]، بينما التعزير عقوبة غير محددة شرعا لا بنص قرآني ولا بحديث نبوي، مع ثبوت نهي الشرع عنها[579]، فتبقى مسألة تقديريها من اختصاص ولي الأمر.

بهذا يتوصل إلى أن الشريعة الإسلامية من خلال النصوص الواردة بشأن تحريم الشذوذ الجنسي جاءت بشكل من العموم يستوعب كل ما يعد مخالفا للفطرة الإنسانية خاصة إذا تعلق الأمر باللواط والسحاق، فتكاد مجمل الآيات القرائية والأحاديث النبوية تجعل منهما فعل واحد وجريمة واحدة وفاحشة واحدة.

من خلال ما تقدم يتبين أن موقف الشريعة الإسلامية جاء واضحا بخصوص نظرتها للأسرة وحق الإنسان في استفاء رغباته الجنسية، فجعلت الزواج الطريق الوحيد لتلبيتها، مرغبة فيه حاثة عليه، قاصدة تحقيق مقاصد وغايات، متمثلة في تحقيق المودة والألفة والمحبة بين الرجل والمرأة، والحفاظ على النوع الإنساني في شكل منظم تتقبله الفطر السوية والأذواق السليمة، محرمة ما عداه من العلاقات التي تعتبرها العولمة مظهرا من مظاهر التقدم وحقا أساسيا من حقوق الإنسان وشكلا جديدا من أشكال الأسرة، تعمل على نشره وفرضه على جميع سكان الكرة الأرضية.

575- البيهقي، السنن الكبرى، ج08، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللواط، حديث رقم 17033، ص 406.

576- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابوري، صحيح مسلم، ج 01، خادم الكتاب: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1991، كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات، حديث رقم 338، ص 266.

577- الموسوعة الكويتية، ج 24، ص 252.

578- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 14، ص 306.

579- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص 89.

المطلب الثاني: أحكام الأسرة المالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

ترتبط بالأسرة بوجه عام وبنظام الزواج بوجه خاص أحكام ذات طبيعة مالية، تتمثل في آثار الزواج المالية لعقد الزواج في الشريعة الإسلامية من جهة، وفي عمل الزوجة من جهة أخرى. وعليه سيكون الحديث في هذا المطلب عن كل من آثار الزواج المالية بين عولمة القانون والفقه الإسلامي في الفرع الأول، وعمل الزوجة بين عولمة القانون والفقه الإسلامي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: آثار الزواج المالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي ينشأ بموجب عقد بين رجل وامرأة بعد إتباع جملة من القيود الشرعية الواجبة الاحترام، ليرتب جملة من الآثار غير المالية، تم التكلم عنها في مكانها من هذا البحث، حيث تم التوصل إلى أن نظام العائلة في الفقه الإسلامي يقوم على فكرة القوامة الزوجية، التي أثرت في انعقاد الزواج وأثاره غير المالية، ويمتد تأثيرها ليمس لتظهر ثمرة في جملة الآثار المالية التي يمكن أن يرتبها الزواج، على عكس نظرة عولمة القانون، التي ترى فيه مجرد علاقة بين شخصين سواء من جنس مختلف أو من جنس واحد، قائمة على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، سواء من حيث انعقاده أو أثاره غير المالية، أو حتى المالية.

تتمثل الآثار المالية لعقد الزواج في الفقه الإسلامي في الحقوق الآتية: حق الزوجة في الصداق، حقها في النفقة، وحق الزوجين في الميراث، وأغلب هذه الحقوق غير مقررة في القوانين الغربية، حيث انفرد بها الإسلام من أجل تكوين أسرة قوية محصنة قائمة على العفة والشرف والطهارة قصد إنجاب ذرية وتربية الأولاد تربية قويمة[580]، ويمكن إضافة حق الزوجة في التملك بوصفه أثر من آثار الزواج[581]، وما يتفرع عنه من حقها في التصرف فيما تملك[582]، وعليه

580- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص 582.

581- فتنت مسيكة بر، حقوق المرأة بين الشرع الإسلامي والشرعة العالمية لحقوق الإنسان، مؤسسة المعارف، بيروت، 1992، ص 133.

582- فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 796.

سيكون العمل في هذا الفرع على معرفة حقوق المرأة المالية في الفقه الإسلامي وتبيان موقف عولمة القانون منها.

أما عن الصداق، وكما يسمى أيضا بالمهر يمكن تعريفه على أنه: المال الذي يدفعه الرجل للمرأة تعبيرا عن رغبته في الاقتران بها[583]، ودليل مشروعيته قوله تعالى: (وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةٗۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٖ مِّنْهُ نَفْسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا)[584].

ويأخذ الصداق حكم الوجوب بإجماع الفقهاء[585] بوصفه حقا ماليا شخصيا يقع على ذمة الزواج لصالح الزوجة، ورغم اتفاق فقهاء الشريعة في هذا، إلا أنهم اختلفوا في طبيعيته بين كونه شرطا من شروط الزواج أو أثر من آثاره، في ذلك ذهب جمهور الفقهاء لاعتباره آثر من آثار الزواج[586]، بينما عده الفقهاء من المالكية شرط من شروطه[587]، وبصرف النظر عن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف الصداق يهم مبدأ الاتفاق حول وصفه التكليفي والمتمثل في الوجوب.

أما عن النفقة الزوجية فيمكن تعريفها على أنها: اسم للأداء المالي المترتب على ذمة الزوج لصالح الزوجة، تشمل الطعام والشراب والملبس والعلاج والكسوة...، والنفقة مشروعة في الفقه الإسلامي ودليل ذلك قوله تعالى: (اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ فَإِنَ اَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَاتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٖۖ ۞وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ (6) لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتِىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتِىٰهَاۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٖ يُسْرٗاۗ

583- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائر-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2015، ص 81.

584- النساء، الآية 04.

585- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 347.

586- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 253.

587- محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج02، دار المعرفة، ط06، بيروت، 1982، ص 18.

)[588]، وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[589] ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوبها للزوجة بموجب عقد الزواج الصحيح سواء كانت الزوجة مسلمة أم كافرة، وذلك بشرط احتباس الزوج لها ويقصد باحتباس الزوج تفرغ الزوجة لخدمة زوجها ونسله[590].

أما الحق الثالث المالي للزوجة فهو حق الميراث، وحقيقته أنه مشترك بين الرجل والمرأة، فالزوج يرث زوجته في حال وفاتها، والزوجة أيضا ترث زوجها في حال وفاته، إذن فالمبدأ أن الزوجية في الفقه الإسلامي سبب من أسباب الإرث، وأن الميراث حق تبادلي بين الزوجين، ومع هذا يختلف نصيب أحد الزوجين عن نصيب الزوج الأخر، حيث يمكن التفرقة بين حالتين الأولى حالة وفاة الزوجة: ويكون للزوج إما الربع ¼ عند وجود الفرع الوارث، أو النصف ½ عند انعدام الفرع الوارث، أما في حالة وفاة الزوج، فيكون للزوجة إما الثمن 1/8 عند وجود الفرع الوارث، أو الربع ¼ عند انعدام الفرع الوارث.

ما يلاحظ على حالتي ميراث الزوجين الرئيستين بما يتفرع عنهما من فروض جزئية، أن الرجل يرث ضعف المرأة، ففي حالة انعدام الفرع الوارث يكون للزوج النصف بينما الزوجة الربع، أما في حالة وجود الفرع الوارث يكون للزوج الربع بينما للزوجة الثمن، ولم تأتي أنصبة الزوجين اعتباطا إنما جاءت نتيجة إعمال قاعدة فقهية مشهورة في علم الفرائض وهي قاعدة

588- الطلاق، الآية 06-07.

589- أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم، 1218، ص 890.

590- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 231-232.

"للذكر مثل الأنثيين"[591] مصداقا لقوله تعالى: (يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ)[592].

والسبب في التفرقة بين الرجل والمرأة في الميراث بوجه عام والزوج والزوجة بوجه خاص، ارتباط الإرث بالنفقة على الأسرة، وبما أن الزوج هو الذي ينفق وهو الذي يعطي الصداق فيكون نصيبه أكبر[593].

ويبقى أخيرا من الحقوق المالية للزوجة حقها في التملك ما تشاء من الأموال المباحة، الحق الذي ضمنته الشريعة الإسلامية وأقرت به ما لم يتعارض وقواعدها الكلية[594]، مساوية في ذلك بين الرجل والمرأة، حيث فصلت ملكية المرأة عن ملكية زوجها، ولا يجوز بأي حال من الأحوال جمع ملكية الزوجة بملكية زوجها أو خلطهما، لأن كل واحد منهما غريب عن الأخر فيما تعلق بملكية الأخر[595]، ويتفرع عن حق المرأة في التملك، حقها في التصرف في أموالها بجميع أنواع التصرف كما دلت على ذلك السنة النبوية الشريفة، فلقد ورد "عن أسماء رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله مالي إلا ما أدخل علي الزبير فأتصدق قال: تصدقي ولا توعي فيوعي عليك"[596]، ومعنى "لا توعي" في هذا الحديث لا تجمعي الأموال في وعاء وتبخلي في النفقة فتجازي بذلك، ويستفاد من هذا الحديث إذن النبي صلى الله عليه وسلم لأسماء رضي الله عنها بالصدقة، دون شرط إذن الزبير –زوجها– رضي الله عنه، كما يستفاد منه أيضا أن الزبير

591– ليس معنى هذه القاعدة أن الشريعة الإسلامية لا تعمل بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث لا بالعكس بل عند إعمال الاستقراء في مسائل الميراث، يلاحظ أن المرأة قد ترث مثلها مثل الرجل، راجع في ذلك: أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 145.

وعليه فقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين تطبق في حالة تساوي الرجل والمرأة في جهة ودرجة وقوة القرابة للميت.

592– النساء، الآية 11.

593– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص 586.

594– عجة الجيلالي، المرجع السابق، ج 02، ص 364.

595– فتنت مسيكة بر، المرجع السابق، ص 133.

596– أخرجه البخاري، كتاب الهبة والتحريض عليها، باب هبة المرأة لغير زوجها، وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة فإذا كانت سفيهة لم يجز لقوله تعالى: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) {النساء: 5}، حديث رقم 2590، ص 629.

رضي الله عنه لم يعترض على ذلك بل أن الصدقة كانت من أصل ماله ولم يكن من مال أسماء رضي الله عنها الخاص[597].

فهذه مجمل الحقوق المالية التي تثبت للمرأة بموجب عقد الزواج في الفقه الإسلامي، حيث يمكن تفسيرها بفكرة القوامة الزوجية، فمادام الزوج هو القيم على أسرته، فيقع عليه أداء الصداق والإنفاق، وبسبب هذه الأعباء المالية كان مستساغا منح الزوج ضعف ما يمنح للزوجة في الميراث، أما عولمة القانون متمثلة في مجموع الصكوك الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة فلقد أعطت الرجل والمرأة نفس الحقوق أثناء الزواج، فترفض إعطاء مهر للزوجة، كما تشركها في واجب الإنفاق على نفسها والأسرة، كما نددت بضرورة مساواة الزوجة مع زوجها في الميراث.

بخصوص قضية المهر أصدرت اليونيسيف تقريرا سنة 2000 رأت فيه أن "طقوس الزواج"، (المهر/ ثمن العروس)، يشكل عاملا من عوامل استمرار العنف العائلي، كما جاء أيضا في تقرير لجنة الخبراء الصادر عن شعبة الارتقاء بالمِرأة سنة 2007، تحت عنوان "القضاء على كافة أشكال التمييز والعنف ضد الطفلة الأنثى"، في الفقرة 49 منه: نظم المهر– ويعبر عنه بثمن العروس– يسئ الفتيات ويتعامل معهن كملية خاصة"[598].

فنظرة الأمم المتحدة للمهر مادية بحتة، ترى فيه ثمنا للمرأة وسببا من أسباب تقييد حريتها، ونفس النظرة للمهر يراها دعاة التحرر، إذ يعتبرونه ثمن لشراء المرأة وسبب من أسباب استعبادها، ومن جهة أخرى ترى فيه مقابلا للاستمتاع الجنسي بها، وحجتهم في هذه الموافقة أنه يخضع في كثير من الأحيان إلى مفاوضات ومساومة واخذ ورد، فبهذا يقترب الزواج بمفهوم البيع والشراء، والمهر بمثابة الثمن، لأنه يختلف باختلاف السلعة المراد اقتنائها فكذلك المهر يختلف باختلاف حال الزوجة[599].

597– فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 814.

598– عبد الباقي غفور، المرجع السابق، ص 216.

599– زكى على السيد أبو غضة، المرجع السابق، 72–73.

إن المهر لا يشكل ثمنا لحقوق الزوج تجاه زوجته بأي حال من الأحوال، لأن حقوق الزوجية أعلى وأسمى من أن تقايض بمال، بل هو تعبير رمزي من الرجل على قبوله بمسؤولياته المالية تجاه زوجته حتى أخر لحظة من لحظات حياته[600]، والدليل على أنه ليس بثمن للشراء أو للإجارة، أنه ليس مقدار محدد للمنفعة بالزوجة، فلو قيل بأن المهر مقابل، لوجب تحديد المنافع التي يستفيد منها الزوج طيلة الحياة الزوجية، ولو كان المهر ثمنا لوجب إرجاعه في حالة الطلاق، والحكم الشرعي المتفق عليه أن المهر حق للزوجة تتصرف فيه كيفما تشاء[601].

أما مسألة ارتفاع المهور وانخفاضها إنما هي متوقفة على المستوى الاجتماعي والمالي والأخلاقي واستطاعة الرجل ومدى قدرته في الاقتران بغيره من النساء، فقد تقبل المرأة الزواج برجل يهب لها مهرا أقل بكثير من الآخرين انتظارا منها بأن يكون الزوج الأمثل، فالأمر ليس منوطا بالمال فقط[602].

إذا كانت نظرة دعاة التحرر تتفق مع نظرة عولمة القانون فيما يخص المهر، فهي تتفق معها أيضا في نظرتها للنفقة، النظرة المخالفة لإجماع الأديان السماوية وأغلب التشريعات الوضعية، حيث يرون أن النفقة من أخطر النظم التي تمس كيان المرأة اجتماعيا، واقتصاديا، وأخلاقيا، أما كون النفقة تمس كيان المرأة اقتصاديا، فهي مانع يحول دون مشاركتها في الحياة الاقتصادية من خلال فتح المجال لها لخروجها للعمل[603]، أما كون النفقة نظام يعدم كيان المرأة اجتماعيا فهي سبب مباشر ورئيسي لقوامة الرجل عليها[604]، أما كون النفقة تمس كيان المرأة أخلاقيا فهي إهانة لها وسيطرة وجولية عليها[605].

600- وحيد الدين خان، المرجع السابق، ص 223.

601- الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 278-279.

602- زكى على السيد أبو غضة، المرجع السابق، ص 74.

603- راجع الفرع التالي.

604- زكى على السيد أبو غضة، المرجع السابق، ص 93-94.

605- أمل بنت عثمان السنيدي، قضايا المساواة بين المرأة والرجل، دراسة نقدية، رسائل جامعية، مركز باحثات المرأة، الرياض، 1436 هـ، ص 116.

فالمطلب هو إلغاء حكم النفقة الزوجية، وهدف هذا المطلب الأساسي ليس تحصيل سعادة المرأة وهنائها، إنما فتح باب التحرر لها على مصراعيه بلا ضوابط وبلا حدود، فأبعاده متمثلة في نشر ثقافة حرية الزواج بلا ولي ولا مهر وحرية الصداقة، وإشراك المرأة في المساهمة بأعباء مالية زائدة في تجهيز المنزل والنفقة على الأسرة والأولاد[606]، وهذا فيه إعياء للمرأة –سواء من الناحية المعنوية أو الجسدية، أو المالية– التي وهبها الله عز وجل فطرة مغايرة لفطرة الرجل، انعكست على وظيفة المرأة ووظيفتها في المجتمع، فحكمت العدالة الربانية بأن على الرجل الأعباء المالية الزوجية، وأن على المرأة الاهتمام بالأسرة متمثلة في زوجها وأولادهما[607].

أما عن حق الزوجة في الميراث وحقها في التملك وما يتفرع عنه منه حقها في التصرف فيما تملك، فلقد حظيا بنصيب الأسد من مجمل المعاهدات والمؤتمرات الدولية المنظمة من قبل الأمم المتحدة، خاصة الميراث منها الذي أصبح من أهم القضايا الدولية الخاصة بالمرأة، فلقد جاء نص المادة 13 من اتفاقية سيداو بنصها على ما يلي:

"تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجلات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق، ولاسيما:

(أ)– الحق في الاستحقاقات العائلية،

(ب) الحق في الحصول على القروض المصرفية والرهون العقارية وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي،...".

لقد فسر مصطلح الاستحقاقات الأسرية على أنه الحق في الميراث، وتحت ضغوطات الثقافة الغربية وتماشيا مع ركب العولمة المنادية بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة حتى في مجال الميراث[608]، التي تقضي بأن يكون للنساء والرجال في نفس درجة القرابة مع الميت

606– زكى على السيد أبو غضة، المرجع السابق، ص 98.

607– أمل بنت عثمان السنيدي، المرجع السابق، ص 117.

608– أمل بنت عثمان السنيدي، المرجع السابق، ص 84.

حصص متساوية من الميراث[609]، فبهذا تسعى عولمة القانون إلى إلغاء نظام الميراث الشرعي واستبداله بنظام ملؤه المساواة بين الرجل والمرأة.

أما عن حق المرأة في التملك والتصرف في ملكها فلقد اهتمت به المؤتمرات الدولية نتيجة وضع المرأة في الدول الغربية التي عانت فيه من تقييد أهليتها في تصرفاتها المالية فلا تملك البيع ولا الشراء، على عكس المرأة المسلمة التي لم تعاني من هذه المشكلة منذ بزوغ الإسلام[610]، حيث تنص المادة 15 من اتفاقية سيداو على ما يلي:

"1-.تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة المطلقة مع الرجل أمام القانون..

2. 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، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

3. تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية...".

كما جاء في تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية بالقاهرة ما يلي:

"بصفة عامة، ينبغي زيادة قيمة الطفلة لدى أسرتها والمجتمع ... للتشجيع على المساواة في المعاملة بين البنات والأولاد فيما يتعلق بالتغذية والرعاية الصحية والتعليم والنشاط الاجتماعي والاقتصادي والسياسي فضلا عن الإنصاف في حقوق الميراث"[611].

609- أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 34.

610- فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 807.

611- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 1994، الفصل الرابع، باء، فقرة 4- 17 ص24.

"ينبغي للحكومات على جميع الصعيد أن تكفل للمرأة القدرة على شراء الممتلكات والأراضي وحيازتها وبيعها على قدم المساواة مع الرجل، والحصول على القروض والتفاوض بشأن العقود باسمها هي ونيابة عن نفسها وممارسة حقوقها القانونية في الميراث"[612].

أضف إلى ذلك ما جاء في تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، بيجين:

"وفقر النساء له صلة مباشرة بانعدام الفرص الاقتصادية والاستقلال الذاتي وانعدام إمكانية الحصول على الموارد الاقتصادية، بما في ذلك الائتمان وامتلاك الأراضي وإرثها، ..."[613].

"وبصفة خاصة ينبغي زيادة قدرة المرأة على الإنتاج في البلدان النامية لتمكينها من الوصول إلى رأس المال والموارد والائتمان والأرض والتكنولوجيا والمعلومات والمساعدة التقنية والتدريب كي يتسنى لها زيادة دخلها وتحسين تغذيتها وتعليمها ورعايتها الصحية ومركزها داخل الأسرة المعيشية، ويعد إطلاق سراح الطاقة الإنتاجية للمرأة أمرا حيويا للخروج من دائرة الفقر بحيث تستطيع المرأة أن تقتسم فوائد التنمية وثمرات عملها بالكامل"[614].

"سن تشريعات والاضطلاع بإصلاحات إدارية لمنح المرأة المساواة مع الرجل في الحقوق و في الموارد الاقتصادية، بما في ذلك الحصول على ملكية الأراضي وغيرها من أشكال الملكية والسيطرة عليها، وإلى الائتمان والميراث والموارد الطبيعية والتكنولوجيا الجديدة الملائمة"[615].

612- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة،1994، الفصل الرابع، باء، فقرة 4- 6 ص22.
613- تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، بيجين، 1995، الفصل الرابع، ألف، فقرة 51، ص23
614- تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، بيجين، 1995، الفصل الرابع، ألف، فقرة 55، ص23
615- تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، بيجين، 1995، الفصل الرابع، واو، فقرة 165 - هـ، ص85.

"وينبغي إزالة أوجه الجور والحواجز القائمة التي تقف أمام المرأة في مكان العمل كما ينبغي تشجيع وتعزيز مشاركة المرأة في رسم وتنفيذ السياسات وفرص وصولها إلى الموارد الإنتاجية..."[616].

خلاصة هذا الفرع أن عولمة القانون تسعى لتحقيق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة داخل الأسرة وخارجها في الجانب المالي، وهذه المساواة تقضي منح فرص العمل للمرأة خارج البيت شأنها في ذلك شأن الرجل، وهذا ما يسلم للفرع الموالي الذي يناقش عمل الزوجة بين عولمة القانون والفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: عمل المرأة بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.

يقصد بالعمل مجموعة النشاطات التي تستدعي إعمال جهد أيا كان نوعه سواء عضليا أو فكريا، سواء كان في القطاع العام أو القطاع الخاص[617] والشريعة الإسلامية ترى في العمل حق طبيعي لكل إنسان، فهو عز وشرف وكرامة، وهو من النظم التي يرجع فيها للأصل العام المقرر أنفا وهو المساواة بين الرجل والمرأة[618].

وعلى هذا يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الأعمال التي يمكن للمرأة أن تقوم بها، عملها داخل المنزل، وعملها خارجه، ويصطلح على الثاني خروج المرأة للعمل الكسبي[619]، وأي كان نوع العمل فهو جائز شرعا طبقا للأصل العام، أما في جانب العولمة فلم تفرق بين عمل المرأة داخل بيتها وخارجه، إنما جميع أحكامها تعني بعملها خارج البيت، حيث تحرص

616- تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 1994، الفصل الرابع، باء، فقرة 3-18 ص16.

617- أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 34.

618- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، ص 590.

619- حاشي حمزة وأحمد بورزق، حكم عمل الزوجة بين الفقه والتشريع، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور، م 03، ع 07، ص ص 161-190، 2017، ص 163. -بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 466.

على وضع معايير متساوية بين الرجل والمرأة للالتحاق بالوظيفة كما تضمن لها معاملة متساوية مع الرجل أثناء أداء هاته الوظيفة[620].

فالعولمة تحاول إدخال المرأة في جميع المهن والأعمال، فهي لا تقر بتقسيم الأعمال من حيث القائم بها بين كونه ذكر أو أنثى، من خلال إنكارها اختصاص نوع الرجال بمهن معينة[621].

إن الشريعة الإسلامية وإن كانت تفرق بين عمل المرأة داخل بيتها وخارجه، إلا أنها جعلت من عملها في بيتها الأصل والأساس العام، وخروجها للعمل يكون حين حاجتها أو حاجة المجتمع إليها بوصفها مدرسة أو طبيبة أو ممرضة[622]، فلا شك أن المنزل هو عرش المرأة ومكان عملها الأصلي فهي ترعى زوجها وتربي نسلها وتدير شؤون بيتها، وهذه الأعمال تتلاءم وطبيعتها وفطرتها التي فطرها الله عليها، ويجد هذا القول أدلة كثيرة له في النصوص القرآنية والأحاديث النبوية[623]، ففي قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ﴾[624]، فهذه الآية جاءت بحكم قطعي الثبوت والدلالة مفاده قرار الزوجة في البيت، وإن كان الخطاب المتضمن في هذه الآية موجه لنساء النبي صلى الله عليه وسلم، إلا أن غيرهن من النساء داخلين في المعنى، وقوله أيضا: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾[625]، ما يستفاد من هذه الآية الكريمة كفاية المرأة نفقتها وتوفيرها لها، حتى تتفرغ لوظيفتها الرئيسة المتمثلة في خدمة البيت[626].

620- أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 35.

621- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 237.

622- محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 93.

623- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 771-772.

624- الأحزاب، الآية 32.

625- الطلاق، الآية 07.

626- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 773--774.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته فالإمام الأعظم الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم، ... ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"[627]، وقوله أيضا: "خير نساء ركبن الإبل (قال أحدهما: صالح نساء قريش. وقال الآخر: نساء قريش) أحناهُ على يتيم في صغيره، وأرعاهٌ على زوج في ذات يده"[628].

أما الاتفاقيات الدولية التي تناولت حق المرأة في العمل فهي كثيرة ومتعددة، فلا يكاد يخلو صك دولي إلا وتطرق له[629]، وتجدر الإشارة إلى أن العولمة ترى في خدمة المرأة في بيتها يدخل فيما يسمى بالأعمال الفطرية التقليدية أو الروتينية، يجب أن يتقاسمها الرجل مع المرأة[630]، وفي المقابل تشجع خروج المرأة للعمل خارج بيتها وفي ذلك تنص المادة 11 من اتفاقية سيداو على ما يلي:

"1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

(أ) الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر.

(ب) الحق في التمتع بنفس فرص العمالة، بما في ذلك تطبيق معايير اختيار واحدة في شؤون الاستخدام.

627- صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم)، حديث رقم 7138، ص 1764.

628- صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل نساء قريش، حديث رقم 2527، ص 1958-1959.

629- لم يأتي الاهتمام الدولي بعمل المرأة من العدم أنما جاء نتيجة الظلم الاقتصادي الذي طال المرأة في جميع النظم السياسية دون استثناء الاشتراكية أو الليبرالية على حد السواء، هذا ما جعل الأمم المتحدة التدخل من اجل إنصاف المرأة اقتصاديا. -نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 413-414.

630- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 238.

(ج) الحق في حرية اختيار المهنة ونوع العمل، والحق في الترقية والأمن على العمل وفي جميع مزايا وشروط الخدمة، والحق في تلقى التدريب وإعادة التدريب المهني، بما في ذلك التلمذة الحرفية والتدريب المهني المتقدم والتدريب المتكرر.

(د) الحق في المساواة في الأجر، بما في ذلك الاستحقاقات، والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل.

(هـ) الحق في الضمان الاجتماعي، ولا سيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر.

(و) الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب.

2. توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة، ضمانا لحقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة:

(أ) لحظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية، مع فرض جزاءات على المخالفين.

(ب) لإدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية.

(ج) لتشجيع توفير الخدمات الاجتماعية المساندة اللازمة لتمكين الوالدين من الجمع بين الالتزامات العائلية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامة، ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال.

(د) لتوفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها.

3. يجب أن تستعرض التشريعات الوقائية المتصلة بالمسائل المشمولة بهذه المادة استعراضا دوريا في ضوء المعرفة العلمية والتكنولوجية، وأن يتم تنقيحها أو إلغاؤها أو توسيع نطاقها حسب الاقتضاء."

فهذه المادة أقرت بصراحة حق تساوي المرأة مع الرجل في تقلد الوظائف والأعمال–من خلال إلغاء شرط الجنس من شروط التوظيف المختلفة– مغيبة وظيفتها الأساسية وهي تربية الأبناء[631]، معوضة هذا الدور بتركه للخدم[632] المتواجدون على مستوى دور الحضانة النهارية التابعة للقطاع الخاص تقوم برعاية الطفل[633]، التي أثبتت عجزها في تلبية حاجيات الطفل أمام الغذاء الروحي الذي تقدمه الأم لأطفالها حيث يسهم في تربية أجسامهم وتنميتها[634].

أما ما جاء بشأن عمل المرأة خارج بيتها في المؤتمرات الدولية فهو كثير حيث نال عمل المرأة نصيب الأسد من قراراتها، بحجة ضرورة مساهمتها في عملية التنمية، وفي هذا المقام سيكتفى بذكر ما يلي:

"وينبغي إزالة أوجه الجور والحواجز القائمة التي تقف أمام المرأة في مكان العمل كما ينبغي تشجيع وتعزيز مشاركة المرأة في رسم وتنفيذ السياسات وفرص وصولها إلى الموارد الإنتاجية..."[635].

–"اتخاذ التدابير الملائمة لتحسين قدرة المرأة على الكسب بغير الحرف التقليدية وتحقيق الاعتماد على الذات اقتصاديا وكفالة وإمكانية وصول المرأة على قدم المساواة إلى سوق العمالة ونظم الضمان الاجتماعي"[636].

ما جاء في المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة فلقد جاء فيه:

– "وقد عقدنا العزم على ما يلي:... تعزيز الاستقلال الاقتصادي للمرأة بما في ذلك توفير فرص العمل لها، والقضاء على عبء الفقر المستمر والمتزايد الواقع على المرأة من خلال

631– محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 99.

632– محمد عبد الرحمن مصطفى البنا، المرجع السابق، ص 138.

633– معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 238.

634– فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 778.

635– تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 1994، الفصل الرابع، باء، فقرة 3–18 ص16.

636– تقرير مؤتمر السكان بالقاهرة لسنة 1994، الفصل الرابع، ألف، 4/4، (د)، ص 21.

معالجة الأسباب الهيكلية للفقر، عن طريق إجراء تغييرات في الهياكل الاقتصادية وضمان تحقيق المساواة في وصول جميع النساء، بمن فيهن نساء المناطق الريفية، باعتبارهن من الأطراف الحيوية في عملية التنمية إلى الموارد الإنتاجية والفرص والخدمات العامة"[637].

-" والمرأة شريك رئيسي في الاقتصاد وفي مكافحة الفقر سواء بعملها المأجور أو غير المأجور الذي تضطلع به في البيت وفي المجتمع المحلي وفي مكان العمل، وقد استطاع عدد متزايد من النساء تحقيق استقلاله الاقتصادي عن طريق العمل المدر لعائد"[638].

-"وتسهم المرأة في الاقتصاد ومكافحة الفقر عن طريق العمل بأجر أو بغير أجر في المنزل والمجتمع المحلي وفي سوق العمل لذلك فإن تمكين المرأة من أداء دورها يعد عاملا حاسما لاستئصال شأفة الفقر"[639].

من خلال تقارير المؤتمرين السابقين يلاحظ أن الأمم المتحدة ربطت قضية المرأة بقضيتا الفقر والتنمية، فالحل الوحيد للقضاء على الفقر وتحريك عجلة التنمية في نظرها، المساواة بين الرجل والمرأة في مجال العمل ومجال الكسب المالي، وهذا على حساب الأسرة والأبناء، الأسرة التي عملت على تهمشيها وتهميش دورها من خلال تطوير أشكالها وصولا إلى الاعتراف بالأسر توجد باقتران شخصين من نفس الجنس.

فدعوة خروج المرأة للعمل في ظل العولمة جاءت في شكل مطلب مطلق دون أي قيد أو شرط من شأنه تنظيمه[640]، على عكس موقف الفقه الإسلامي الذي اعترف بفضل المرأة وبفضل عملها خارج البيت في المجالات التي تليق بها كالتعليم والطب، ومع هذا وضع له قيود فيها حماية للمرأة وللمجتمع معا، وفي ما يلي بعض القيود الواردة على حق عمل المرأة الكسبي في الفقه الإسلامي:

637- تقرير المؤتمر العالمي المعني بالمرأة بجين 1995، الفصل الأول، المرفق الأول،الفقرة 26، ص 04.

638- تقرير المؤتمر الرابع المعني بالمرأة بجين 1995، الفصل الثاني، الفقرة 21، ص 13.

639- تقرير المؤتمر الرابع المعني بالمرأة بجين، 1995، الفصل الرابع، ألف، الفقرة 49، ص 22.

640- عبد الباقي غفور، المرجع السابق، ص 217.

القيد الأول: أن يأذن لها من له حق عليها، وإما يكون الولي في حال غير المتزوجة وإما الزوج بشأن المتزوجة، فلا يجوز للمرأة العمل دون إذن الرجل، لأن الرجال قوامون على النساء[641]، وفي اشتراط إذن الزوج إبقاء على تماسك لحمة الأسرة، فإذا كان الأصل هو قرار الزوجة في بيتها، جاز للزوج أن يمنع زوجته من العمل، لذلك أجمع فقهاء الأمة على هذا القيد ما دام هو الذي ينفق وكفا الزوجة حاجتها، ففي الحالات العادية لا يوجد رأي فقهي يعطي الزوجة الحق للخروج للعمل دون إذن زوجها، اللهم ما تعلق بحالة الضرورة[642]، التي تتحقق بأن لا ينفق الزوج على زوجته كأن لا يكون له مال، أو كان له مال ولم تستطع النفقة على نفسها منه، ذلك أن السنة النبوية المطهرة أعطت للزوجة سلطة في أن تنفق من مال زوجها، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما كفيك وولدك بالمعروف"[643]، وهذا الضابط أو القيد لا يعتد به من وجهة نظر المعاهدات الدولية التي تسعى جاهدة لإعطاء نفس الحق للمرأة في العمل مساوية إياها بالرجل.

القيد الثاني: أن يكون خروج المرأة للعمل لحاجة، وهي درجة دون الضرورة، والحاجة التي تدفع المرأة للخروج للعمل الكسبي إما تكون متعلقة بالمجتمع كتدريس البنات أو تقديم الخدمات الطبية للنساء، وإما تكون متعلقة بالمرأة ذاتها كأن يكون زوجها مريض أو مقعد عن العمل أو نحو ذلك[644]، ولقد تم استنتاج هذا القيد من قوله تعالى[645]: (وَوَجَدَ مِن دُونِهِمُ ٱمۡرَأَتَيۡنِ تَذُودَانِۖ قَالَ مَا خَطۡبُكُمَاۖ قَالَتَا لَا نَسۡقِي حَتَّىٰ يُصۡدِرَ ٱلرِّعَآءُ وَأَبُونَا شَيۡخٞ كَبِيرٞ[646])

641- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 780.

642- أحمد بورزق و حمزة حاشي، المرجع السابق، ص 169.

643- صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير أذنه، رقم الحديث، 5364، ص 1367.

644- أحمد بورزق وحمزة حاشى، المرجع السابق، ص 170.

645- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 781.

646- القصص الآية 23

القيد الثالث: أن يكون عمل المرأة مشروعا، والعمل المشروع ما كان موافقا لشرع الله كالبيع والشراء والخياطة والتعليم...، وغير المشروع ما كان مخالفا لشرع الله كالعمل في المؤسسات الربوية والرقص والغناء والدعارة[647]، وحقيقة هذا الشرط أنه عام جاء لتنظيم العمل بوجه عام وليس موضوع لتنظيم عمل المرأة بوجه خاص، إلا أن ذكره هنا يطرح مسألة عمل المرأة بالدعارة والبغي، الذي يرجع عليها بالربح المادي السريع وبالأسف والندم المعنوي البليغ. والذي يستدعي الوقوف عند موقف الاتفاقيات الدولية منه.

جاء في النص المادة 06 من اتفاقية سيداو ما يلي: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريع، لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال دعارة المرأة".

إن المتمعن في صياغة هذه المادة يجدها تحمل دلالتين، الأولى صريحة وتتمثل في منع استغلال المرأة والاتجار بها، والثانية ضمنية وتتمثل في أن ممارسة المرأة للجنس بالطريقة التي تريدها، حق لها بقيد أن لا يكون في ذلك استغلال لها، إذن فالحكم الإجمالي المستفاد من هذه المادة هو القضاء على استغلال المرأة وليس مكافحة الدعارة بذاتها[648]، فمع توفر رضا المرأة تصبح الدعارة أمرا مستساغا ومشروعا[649]، وتقدم فيما سبق أن الزنا من أنكى الجرائم في الفقه الإسلامي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال السماح به والعذر فيه، فكيف بالقول اتخاذه عملا؟؟؟

القيد الرابع: أن لا يكون في عملها تسلط على الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم[650]: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"[651]، هذا على عكس اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث تنص المادة 06 على أنه:

647- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 782.

648-محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 76.

649- معاذ بن عبد الله الربعي، المرجع السابق، ص 218.

650- أحمد بورزق وحمزة حاشي، المرجع السابق، ص 169.

651- صحيح البخاري، كتاب المغازى، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، حديث رقم 4425، ص 1086.

"تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية العامة للبلد، بوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في:

(أ) التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخابات لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام، ....."

فهذه المادة تعطي للمرأة حق المشاركة في شغل الوظائف العامة[652]، التي حتما يكون للمرأة دور الرئيس على مرؤوسيه، وفي ذات السياق ترفض العولمة قوامة الزوج على أهل بيته من جهة ومن جهة أخرى تحثها على العمل تحت إشراف مدير أو رب عمل ملزمة بطاعته والخضوع لتعاليمه ضمانا للسير الحسن للمرفق أو القطاع العاملة به.

القيد الخامس: وهو في حقيقته متمثل في جملة من القيود المتنافرة ذكرها المؤلفون والمفكرون في شكل فروع يمكن جمعها وضبطها في قاعدة اجتهادية "أن لا يفوت عمل المرأة مصلحة معتبرة شرعا".

ويدخل في هذه القاعدة، أن يكون عمل المرأة خارج بيتها بعد أن توفي حق أولادها وزوجها، وأن لا يكون عملها به اختلاط، وأن لا يرتب ضررا على زوجها أو أولادها، خروجها بلباس شرعي ساتر لعوراتها، أن يتفق مع فطرتها وطبيعتها البيولوجية، وأن لا يكون عائقا على وظيفتها في الإنجاب، ذلك أن الدين الإسلامي حث على كثرة النسل[653]، على عكس مؤتمرات الأمم المتحدة التي تسعى جاهدة للحد والإنقاص منه خاصة في الدول العربية والإسلامية، فوجدت من الحلول لتحقيق ذلك إقحام المرأة وإقناعها بالعمل خارج بيتها، كسبيل للحيلولة دون أداء دورها الطبيعي في الإنجاب.

652- محمد محمود الطرايرة، المرجع السابق، ص 78.

653- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 780.

الباب الثاني:

موقف قانون الأسرة الجزائري من أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون.

من القواعد المتوصل إليها في الباب السابق، أن محاولة التوفيق بين عولمة القانون والفقه الإسلامي في تنظيمها لأحكام الأسرة، أمر مستحيل لحجم التعارض الحاصل بينهما، فالمعاهدات والمؤتمرات الدوليين بتحريك من قوى العولمة تؤسس أحكام الأسرة على قيم الفردية والحرية والمساواة بين جميع الناس باختلاف جنسهم ولونهم ودينهم وثقاتهم وأعرافهم، في حين أن الفقه الإسلامي ينطلق من منطلق الموازنة بين جميع القيم الفردية والجماعية، وفي حالات يفضل بدرجات بعض الناس على بعض.

ومن القواعد المسلم بها أيضا في التشريع الجزائري مرجعية قانون الأسرة الشرعية، فعند العام والخاص، المثقف والأمي، الصغير والكبير، من الشعب الجزائري أن أحكام الأسرة ذات منطلق ومنتهى شرعي لكون القانون 11-84 صدر على وجه موافق للفقه الإسلامي في جميع الجوانب، فلا يمكن للمشرع الجزائري بين ليلة وضحاها أن يستبعد أحكام الفقه الإسلامي من التحكيم فيما يخص أحوال الجزائريين الشخصية، وفي المقابل من الناحية القانونية لا يمكن له النكال عن الوفاء بالالتزامات الدولية التي قيدت الدولة الجزائرية بها حقها في تنظيم شؤون رعياها في مجال الأسرة، خاصة الالتزامات المترتبة على المصادقة على اتفاقية سيداو التي تتميز بنودها بالقهر بعد المصادقة عليها، لذلك جاء الأمر 05-02 ليستجيب إلى أحكام المعاهدات الدولية التي دخلت حيز النفاد في التشريع الجزائري[654].

654- جاء في تقرير التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بجين + 15 مايلي: " مواصلة مراجعة المنظومة التشريعية الوطنية وتكييفها مع التزامات الجزائر الدولية: قام المشرع الجزائري باتخاذ مجموعة من الإجراءات ترمي إلى ضمان حماية حقوق وحريات الإنسان بصفة عامة والمرأة بصفة خاصة، تماشيا مع المعايير الدولية المتخذة في هذا الشأن. حيث تم إعادة النظر في مجموعة من القوانين لتدارك مواطن النقص التي تتعارض مع مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق. ...، أما في مجال الأحوال الشخصية فقد جاء الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11

فمن هذا المنطلق لا يمكن للمشرع الجزائري أن ينحاز ويوافق عولمة القانون في جميع جوانبها، وفي الوجه الأخر لا يمكنه أن يبقى متمسكا بأحكام الفقه الإسلامي كمصدر مادي في جميع مواد قانون الأسرة، وعليه يكون العمل في هذا الباب بالبحث عن الأحكام التي وافق فيها قانون الأسرة الجزائري عولمة القانون، وكذا البحث عن الأحكام التي عارضها فيها وبقي متمسكا فيها بأحكام الفقه الإسلامي.

إذا كان قانون الأسرة الجزائري يتضمن أربعة كتب، الكتاب الأول: الزواج وانحلاله، الثاني النيابة الشرعية، الثالث الميراث، الرابع التبرعات، أما الأخير –المنظم للهبة، الوصية، الوقف، وهي من النظم غير المرتبطة بأحكام الأسرة ارتباطا وثيقا إنما الأصل فيها أنها علاقات ذات طبيعة مالية وإن اعتبرها المشرع الجزائري من مسائل الأحوال الشخصية فهذا الاعتبار من قبيل الافتراض القانوني الذي لا يغير في حقيقتها وفي فحواها– فلقد سلم من تأثره بعولمة القانون لسببين: الأول لعدم ارتباطه حقيقة بأحكام الأسرة، والثاني لعدم تعديل مواده بموجب الأمر 05–02، أما الكتاب الثالث المخصص "للميراث" فلم يمسسه الأمر 02/05 ولو بصفة جزئية، لكون أحكامه مقتبسة مما هو ثاب قرآنا وسنة في الفقه الإسلامي، فسلم هو الآخر من تأثره بعولمة القانون، وكذلك الكتاب الثاني المخصص "للنيابة الشرعية" فلقد سلم هو الأخر من تعديلات الأمر 05–02 في ما عدا مادة واحدة سيتم الحديث عندها، فالغالب في هذا الكتاب هو عدم تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون، إذن فما بقي من كتب قانون الأسرة الجزائري إلا الكتاب الأول المخصص "للزواج وانحلاله"، الذي أصاب الأمر 05–02 الكثير من مواده إما تعديلا أو إضافة أو إلغاء، وعليه فنطاق هذا الباب ينحصر في موقف المشرع

المؤرخ في 9 حزيران/ يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري في موعده ليجسد واحدا من الالتزامات الكبرى من اجل ترقية الخلية العائلية عموما ووضعية المرأة على وجه الخصوص من خلال تعزيز حقوقها في المساواة وفي المواطنة طبقا لما ينص عليه الدستور...). الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 07 أكتوبر 2009، ص 03.

الجزائري من عولمة القانون في مسألتي الزواج وانحلاله، وبطريق أخر لم يتأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون إلا في حدود موضوعي الزواج وانحلاله.

إذا كان منهج المشرع في تقسيم الكتاب الأول تقسيم ثنائي، عالج فيه الزواج في باب وانحلاله في باب مواز له، فالمنهجية الشكلية السليمة تقتضي البحث عن موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في الزواج في الفصل الأول، وعن ذات الموقف في انحلال الزواج في الفصل الثاني، غير أن طبيعة هذا الباب من الأطروحة تأبي موازاة الطلاق بوصفه الصورة المقصودة من صور انحلال الزواج بنظام الزواج برمته لاعتبارات سيأتي ذكرها في طليعة الفصل الثاني من هذا الباب، لذلك يمكن اعتبار الطلاق مسألة جزئية متعلقة بالزواج وأثر من آثاره، وعليه يبقى هذا الباب محافظا على تقسيمه الثنائي من حيث شكله من خلال تجزئته إلى قسمين، يتناول الأول موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في انعقاد الزواج، والثاني موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في آثار الزواج.

الفصل الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في انعقاد الزواج.

الفصل الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في آثار الزواج.

الفصل الأول:

موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في انعقاد الزواج.

حتى ينعقد العقد صحيحا، لا بد أن يستوفي جميع أركانه وشروطه، والزواج في قانون الأسرة الجزائري بوصفه عقد له ركنان، الأول بيولوجي والمتمثل في ضرورة "اختلاف الجنس"، المادة 04 من ق ا ج، والثاني قانوني والمتمثل في "الرضا" المادة 09 من ق أ ج، بينما شروطه تتمثل في الأهلية، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية، المادة 09 مكرر من ق أ ج، ويضاف إلى شروط الزواج شرط الشهادة الطبية، المادة 07 مكرر من ق أ ج، وكثيرا ما يسبق الزواج مرحلة تمهيدية، تسمى: "الخطبة" وإن كانت لا تعد ركنا ولا شرطا له، إلا أن المشرع خصص لها نظاما قانونيا في المواد 04، 05 و06 من ق أ ج.

ما يلاحظ على أركان وشروط الزواج والخطبة، في ظاهرها أنها موافقة للفقه الإسلامي، معارضة لعولمة القانون، غير أنه عند استقراء مجمل نصوص قانون الأسرة المنظمة للزواج من حيث انعقاده تجدها متأثرة تأثرا مباشرا بعولمة القانون، وعليه فالعمل في هذا الفصل يكون بتقسيمه إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في انعقاد الزواج.

المبحث الأول: تعارض قانون الأسرة عولمة القانون في انعقاد الزواج.

المبحث الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في انعقاد الزواج.

ركن الزواج القانوني في التشريع الجزائري طبقا للمادة 09، هو الرضا، أما شروطه هي الأهلية، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية، ولقد كانت هذه الأخيرة قبل التعديل تمثل أركانا إلى جانب الرضا، حيث كانت المادة 09 من قانون الأسرة قبل تعديلها تنص على ما يلي: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق،" فواضح أن المشرع نحى نحو اعتبار الرضا الركن الوحيد في العقد مجاريا في ذلك ما قضت به المعاهدات الدولية في الحرص على التراضي في الزواج، فهذا أول موقف للمشرع الجزائري يظهر تأييده للمعاهدات الدولية، ولم يتوقف المشرع الجزائري عند ركن التراضي في الزواج كمظهر من مظاهر التأثر بعولمة القانون، لأنه عند التمحيص في مختلف نصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بشروط الزواج، يلاحظ تأييد المشرع الجزائري لعولمة القانون من خلال سلب بعض شروط الزواج المنصوص عليها مفاعيلها القانونية في حال تخلفها.

وعليه يكون الحديث عن آثر عولمة القانون في انعقاد الزواج في نقطتين أساسيتين موزعتين على المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال تنظيم الرضا في الزواج.

المطلب الثاني: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال سلب بعض شروط الزواج القانونية آثارها القانونية في حال تخلفها.

المطلب الأول: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال تنظيم الرضا في الزواج.

من المعلوم أن الرضا ركن أساسي في جميع العقود طبقا للقواعد العامة في نظرية العقد، ومن باب أولى يكون كذلك في عقد الزواج، بوصفه أقدس وأخطر العقود التي يمكن أن يجريها الإنسان في حياته اليومية[655]، ويقصد بالرضا في الزواج التعبير عن إرادة كلا الزوجين في الاقتران بالآخر[656]، ويظهر تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون من خلال جعل الرضا الركن الوحيد في العقد، المادة 09 من ق أ ج، ويرتبط بالرضا بوصفه إرادة مسائل متفرعة عنه، يظهر فيها تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون أيضا، تتمثل الأولى في: أهلية من تصدر عنه الإرادة، حيث تم تعديل سن الأهلية بموجب الأمر 02/05 بما يتماشى ونظرة المساواة بين الرجل والمرأة المادة 07 من ق أ ج؛ والثانية تتمثل في إخضاع الزواج –الرضا– لمراسيم شكلية تتعلق بإنشائه وإثباته، المادة 18، و 22 من ق أ ج.

وعليه يكون الحديث عن أثر عولمة القانون في التنظيم القانوني لركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري في الفروع التالية، الأول يتناول الاكتفاء بالرضا كركن وحيد في للزواج، الثاني المساواة بين الرجل والمرأة في سن الزواج، الثالث توثيق عقد الزواج.

الفرع الأول: الاكتفاء بالرضا كركن وحيد للزواج في قانون الأسرة الجزائري.

حرص المشرع الجزائري بموجب الأمر 02-05 على جعل الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، المادة 09 من ق أ س ج، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، إنما تعداه لوصف الزواج "بالعقد الرضائي" بموجب المادة 04 من ق أ ج.

655- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، 2019/2018، ص 40.

656- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 36.

أولا: الرضا هو الركن الوحيد للزواج في قانون الأسرة الجزائري.

لكل عقد من العقود جملة من المقومات لا بد من توافرها مجتمعة لينتج العقد جميع أثاره الشرعية، ومقومات العقد تنقسم إلى قسمين، منها ما لا يقوم العقد إلا به، ومنها الشرائط المتممة له[657]، ويسمى القسم الأول بأركان العقد، والثاني بشروطه. ويقصد بالركن في الاصطلاح: ما لا قوام للماهية إلا به، بحيث يكون جزاء منها وداخلا فيها، كالركوع بالنسبة للصلاة، ويقصد بالشرط ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده الوجود، كالطهارة بالنسبة للصلاة، فبهذا يعد الركن والشرط مطلبان يتوقف عليهما وجود الشيء، إلا أن الركن يتميز بأنه داخل في الماهية وجزء من حقيقتها، في حين أن الشرط يكون خارجا عن حقيقة الشيء وماهيته[658]، فبهذا يتساوى الركن والشرط من حيث تطلبهما لتكوين الماهية، والخلاف بينهما لا يعدو أن يكون نظريا يظهر في تعلقهما بحقيقة الماهية، فالركن جزء منها، بينما الشرط خارج ومستقل عنها.

عند تطبيق ما تقدم على عقد الزواج الذي أوجب الشارع الحكيم لقيامه توافر جملة من المقومات اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تصنيفها بين كونها ركن أو شرط، بطريق أخر اختلف الفقهاء في مقومات الزواج الشرعية من حيث دخولها في حقيقته أو انفصالها عنه. في هذا ذهب المالكية إلى عد أركان الزواج بأربعة حيث جاء في مختصر خليل: "وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة أنكحت، وزوجت، وبصداق وهبت"[659]، أما عند الحنابلة فأركانه زوجان خاليان من الموانع، والإيجاب والقبول[660]، أما الحنفية فركن الزواج هو الإيجاب والقبول[661].

657- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر، عمان، 2010، ص 27.

658- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 01، ط 02، دار الفكر، دمشق، 1998، ص 100.

659- خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، صححه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، ط 02، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004، ص 97-98.

660- محمد أبن صالح العثيمين، المرجع سابق، ج 12، ص 36.

661- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 77.

من خلال هذا النقل عن كتب الفقهاء بخصوص أركان الزواج لا يوجد ما يعرف بركن الرضا –التسمية التي اختارتها المعاهدات الدولية[662]والقوانين الحديثة ومن ثم استعمالها فقهاء القانون– بهذه التسمية. ذلك أن الرضا شيء كامن في النفس لا يتجلى إلا من خلال التعبير عنه بالصيغة الدالة عليه، لذلك جعل فقهاء الشريعة الإسلامية هذه الصيغة هي الركن[663]، وهناك من الفقهاء من يطلق على هذا الركن "الإيجاب والقبول"[664].

لقد كان قانون القانون رقم 84–11 مالكيا في هذا الشأن، حيث كانت المادة 09 منه تنص على أنه: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"، ومع هذا لا يسلم قانون الأسرة الجزائري في هذا الإطار من تأثره بالمعاهدات الدولية، ذلك أن فقهاء المالكية يطلقون على هذا الركن "الصيغة" في حين أن المشرع الجزائري أستعمل عبارة "الرضا" التي جاءت به الاتفاقيات الدولية.

أمام الضغوطات الدولية التي وقعت على الجزائر بسبب مصادقتها على أغلب الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المرأة، عدل المشرع الجزائري المادة 09 بما يتوافق ونصوص المعاهدات الدولية، حيث أصبحت تنص على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فبهذا أصبح للزواج ركن وحيد في التشريع الجزائري حسب هذه المادة، متمثل في الرضا، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار هذا التعديل جاء متأثرا بالفقه الحنفي، وإن كان موافقا مؤيدا له، فأن ذلك جاء بمحض المصادفة، غير مقصود من المشرع الجزائري.

في جانب أخر جاءت المادة 10 من ق أ ج التي لم يمسها التعديل متأثرة بالفقه الإسلامي، مبينة المقصود بركن التراضي من خلال تحليله إلى إيجاب وقبول[665]، حيث تنص على أنه:

662– كنص المادة 2/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. المادة 1/10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. المادة 3/23 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. ونص المادة 1/16/ب من اتفاقية سيداو.

663– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 236.

664– سعاي لعلى، المرجع السابق، ص 43.

665– سعادي لعلى، نفس المرجع، ص 44.

"يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة". فهذه المادة علاوة على تبيناها وشرحها لركن الرضا في الزواج، تكفلت بتبيان طرق التعبير عن الرغبة في الزواج، حيث جعلت اللفظ هو الأصل بالنسبة للناطق، ولم تغفل عن من به مانع يحول دون نطقه، ففتحت له المجال ليعرب عن إرادته في الزواج بأي طريق من طرق التعبير وضربت في ذلك أمثلة كالكتابة والإشارة.

يقصد بالإيجاب: ما يصدر أولا عن أحد العاقدين للدلالة على رغبته في الزواج، ويشترط فيه أن يكون باتا صريحا وأن يصل إلى علم الموجه إليه، أما القبول: هو ما يصدر عن المتعاقد الثاني للدلالة على رضاه وموافقته على ما تقدم به الأول، ويشترط فيه هو الأخر أن يكون باتاصريحا، وأن يكون مطابقا للإيجاب تمام المطابقة[666]، وأن يكون المجلس متحدا[667] أي

666- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 57.

667- إن شرط اتحاد المجلس يدفع للبحث عن مفهوم مجلس العقد، فهذا الأخير قد ينعقد حقيقيا كأن يجتمع الأفراد في غرفة أو دار، كما قد ينعقد افتراضيا أو حكميا كأن يكون عن طريق الهاتف أو عن طريق وسائل الاتصال الحديثة التي عرفت بسبب ثروة الانترنت، ولقد عالج فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين مسألة انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، وأغلبهم قالوا بجوازه انعقاده عبر هاته وسائل، بشرط وضع ضمانات كافية تكفل انعقاده الزواج صحيحا. راجع بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 245-246-247. بشان جواز انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة.

ترتبط مسألة انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة بالعولمة بمفهومها الأعم دون عولمة القانون، ذلك أن هذه الأخيرة من خلال المؤتمرات والمعاهدات الدوليين لم تنص صراحة على إمكانية انعقاد الزواج عبر هذه الوسائل من عدمه، إلا أنه يمكن القول بأن العولمة لا ترى مانعا من انعقاد الزواج عبر هذه الوسائل وذلك لسببين، الأول أنها تعطي فكرة الحرية نصيب الأسد من الحقوق التي يجب أن يحظى بها الفرد، ومع فلسفة الحرية لا يوجد ما يمنع من إمكانية انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، أما الثاني فمتعلق بمفهوم العولمة الأعم الذي يسعى لفرض نظام العيش الغربي ونشره في جميع إنحاء العالم، وبما أن الدول الغربية هي الرائدة والمدعمة والمشرفة على هاته الوسائل، تعمل على ترويجها وتوفيرها للناس بشكل مجاني -كموقع فايسبوك الذي يعد موقع مجاني، ويلقى إقبالا عالميا كبيرا- لا ترى مانعا، بل من المحبذ إدخالها حياة الإنسان، ومن ثم تجيز انعقاد أقدس العقود وأشرفها على الإطلاق عبر هذه الوسائل.

وفي الختام يبقى أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص لا بالسلب ولا بالإيجاب حول إمكانية انعقاد الزواج عبر هذه الوسائل، إلا أن جانب من الفقه الجزائري يرى أن نص المادة 10 من ق أ ج قد وضع طرقا على سبيل ضرب الأمثال لا على سبيل الحصر بالنسبة للعاجز، ومن ثم يمكن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج عبر هذه الوسائل، راجع: - عبد الحميد عيدوني،=

ضرورة أن يكون القبول مواليا للإيجاب دون أن يفرق بينهما فاصل يدل على إعراض الطرف الأخر[668].

في مكان أخر يلاحظ أن المشرع الجزائري قد وفر حماية للرضا دون أي وسيط[669]، متأثرا في ذلك بعولمة القانون إذا ما تعلق الأمر بالرضا في الزواج بوجه عام، وفي طريقة التعبير عنه بوجه خاص، حيث كان القانون رقم 11-84 يجيز انعقاد الزواج عن طرق الوكالة صراحة، إلا أن الأمر 02-05 قد ألغها بطريق صريح، مما يفيد تعطيل الحكم بها وتجريد القاعدة التي أجزتها من قوة الإلزامية داخل المجتمع الجزائري.

ويبقى في الأخير البحث في ق أ ج عن الحماية القانونية لركن الرضا في الزواج، الممنوحة له بموجب 1/33 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا...."، في سبيل تفسير هذه المادة وشرحها ذهب بعض شراح قانون الأسرة الجزائري للقول أن تخلف[670] أو انعدام[671] ركن الرضا يقتضي بطلان الزواج، ومن ثم لا يعد صحيحا الزواج المتخلف فيه ركن الرضا. في حين ذهب البعض الأخر من شراح ق أ ج لحمل العبارة التي جاءت بها المادة 1/33 على حقيقتها "أختل" حيث قالوا بأن الخلل المصاحب لركن الرضا يقضي بطلان الزواج[672]، ذلك أن عنصر الرضا قد يوجد لكن يوجد معيبا[673].

=دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان– كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص 54.

668– نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 25.

669– بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 47.

670– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 337. نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 25.

671– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 75.

672– مزياني نور الدين، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، 2020– 2021، ص 49.

673– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 01، دار الهدى، ط 2، 2004، ص 78.

والعيب أو الخلل الذي قد يصيب الرضا يرجع إلى سببين، الأول إذا ما شاب الإرادة أحد العيوب المعتبرة في عقد الزواج وهي الغلط، الإكراه، والتدليس[674]، والثاني صدوره من غير بالغ، أي صدوره من شخص لم يبلغ سن الزواج[675]. ولم تحظى نظرية عيوب الإرادة بتنظيم تشريعي في قانون الأسرة على عكس المشرع المغربي[676]، الأمر الذي يعد نقص في قانون الأسرة الجزائري، على خلاف سن الزواج الذي أهتم به المشرع الجزائري منذ الاستقلال إلى غاية أخر تعديل مس قانون الأسرة سنة 2005، ومكان البحث في سن الزواج ومدى تعلقه بعولمة القانون في الفرع التالي، بعد التكفل بإتمام النقطة الثانية من هذا الفرع المتمثلة في وصف الزواج بالعقد الرضائي بموجب المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: وصف الزواج بالعقد "الرضائي" في نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

ليس من عادة القوانين سرد التعريفات، إنما هي عملية متروكة للفقه والقضاء، فمهمة المشرع الأساسية تبيان الأحكام، وفي حالات قليلة يشذ عن هذه العادة خاصة إذا تعلق الأمر بالمسائل المهمة، ومن بين النظم التي اختار المشرع الجزائري تعريفها "عقد الزواج"، حيث جاءت المادة 04 من القانون 84-11 بنصها على ما يلي: "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

674- مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 43.

675- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 61.

676- تنص المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده."

يستفاد من هذه المادة، الركن البيولوجي للزواج والمتمثل في اختلاف الجنس[677]، كما يستفاد منها أيضا أطرافه وهما الرجل والمرأة دون غيرهما[678]، وأخيرا يستفاد منها الأهداف والمقاصد المرجوة منه التي جاءت على سبيل الذكر لا الحصر والمتمثلة أساسا في: تكوين أسرة، إحصان الزوجين وإعفافهما، المحافظة على النسل من الفناء والمحافظة على النسب من الاختلاط.

إن هذه المادة لم تسلم من حركة التعديل التي جاء بها الأمر 02-05 حيث قام المشرع بإضافة وصف "الرضائي" لعقد الزواج حيث أصبحت تنص على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[679]، فالصيغة الجديدة لهذه المادة نفسها القديمة اللهم وصف الرضائي الذي اقترن بعقد الزواج، والذي يعد مظهرا من مظاهرة التأثر بالمعاهدات الدولية التي تجعل من الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج، فالسؤال المطروح هنا عن المقصد من هذا المصطلح؟.

بالرجوع لفن فلسفة القانون يظهر بجلاء أن القانون علم قائم بذاته، له ما يميزه عن غيره من العلوم الإنسانية الأخرى، ولعل أهم ما يميزه، مصطلحاته العلمية التي يعرف بها ولا يفقهها إلا المختصين فيه[680]، ومصطلح "العقد الرضائي" عند فقهاء القانون كلمة تفيد معنى. لأنه بالرجوع للنظرية العامة للعقد أمكن تقسيم العقد من حيث تكوينه إلى عقد رضائي، وعقد شكلي، حيث يقصد الأول: العقد الذي يكفي التراضي لانعقاده[681]، في حين أن الثاني هو: الذي لا

677- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 98. -تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 09.

678- راجع، ص 221.

679- نفس الوصف الذي وصف به المشرع الجزائري عقد الزواج يوجد له مثيل في مدونة الأسرة المغربية حيث عرفت المادة 04 منه عقد الزواج بنصها على الآتي: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة."

680- بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، ك 05، الجزائر، 2019، ص 160.

681- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55.

يكفي التراضي لانعقاده، إنما علاوة عليه يجب اقترانه بطقوس شكلية أخرى[682]، التي تتخذ صور عديدة، فقد تكون كتابة رسمية أو عرفية وقد تتمثل في طقوس أخرى للتعبير عن الإرادة كاشتراط الشهود وأي إجراء آخر وجب اقترانه بالتراضي[683].

لقد ذهب بعض شراح ق أ ج للقول أن إضافة وصف التراضي فيه حماية أكثر لرضا المرأة من الإكراه في الزواج[684]، غير أنه من وجهة النظر القانونية لا تكون حماية الرضا بهذا الشكل، فعند تدقيق النظر من الناحية التشريعية، يظهر أن المشرع الجزائري، توجه نحو تحرير الزواج من جميع المقومات الشكلية المتطلبة لانعقاده، من ذلك الولاية في الزواج، الشاهدان، والصداق، وهذا ما لا يستقيم وطبيعة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري الذي أقر بوجود مثل هذه المقومات الشكلية، فالحكم العام الذي يستخلص في شأن تعديل المادة 04 من ق أ ج، هو أن عولمة القانون آثرت تأثيرا سلبيا على انسجام وتوافق نصوص قانون الأسرة مع بعضها البعض.

هكذا يتوصل إلى أن ق أ ج تأثر إلى حد كبير بعولمة القانون بجعل التراضي الركن الوحيد لعقد الزواج، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، إنما تعداه لتأثره بالأهلية في الزواج كشرط متعلق ومرتبط بالرضا، وفيما يلي شرح وإثبات ذلك.

الفرع الثاني: المساواة في سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

يرتبط سن الزواج بفكرة الأهلية، حيث يقصد بها قدرة الشخص على إبرام الزواج وتحمل آثاره، ويقدر البالغ –دون غير البالغ– إبرام زواجه وتحمل آثاره، وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لم يربطوا بلوغ الشخص بسن معينة، إنما الضابط عندهم هو

682– المرجع السابق، ص 58.

683– محمد حميداني، مطبوعة في مصادر الالتزام (نظرية تكوين العقد) لطلبة السنة ثانية ليسانس جذع مشترك، جامعة قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الموسم الجامعي 2020/2019، ص 31.

684– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 289. – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، م 11، ع 12، ص ص 1–38، 2011، ص12.

الإمارات الطبيعية المحددة للبلوغ[685] كالإنزال وإنبات شعر العانة، ومع هذا استعانوا بضابط السن كحل استثنائي في حال تأخر الإمارات الطبيعة في الظهور[686].

أما بالنسبة للقوانين الحديثة فلقد جعلت من السن ضابطا أصليا ووحيدا لتحديد بلوغ الشخص[687]، ولقد استحسن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين هذا التوجه واعتبروه من قبيل المصالح المرسلة التي يجوز لولي الأمر التشريع فيها[688]، وذاك ما أخذ به المشرع الجزائري منذ الاستقلال، حيث وضع سنا للزواج عرف تطورا تشريعيا قبل وبعد صدور قانون الأسرة، ومع هذا أجاز للشخص الزواج دون تحصيله، تحت ما يسمى "بالترخيص بزواج القصر"، وأخيرا يظهر أنه لا يوجد ما يمنع فعلا من زواج من هم دون السن القانونية فعلا، فإذا حصل وتزوج شخص دون السن القانوني ما مصير هذا الزواج، وعليه سيكون العمل في هذا الفرع بالبحث في النقاط المذكورة أعلاه.

أولا: التطور التشريعي لسن الزواج في التشريع الجزائري.

ساير المشرع الجزائري غالبية تشريعات العالم في وضع سن أدنى للزواج، حيث كان أول قانون عرفته الجزائر منذ الاستقلال خاص بهذا الشأن هو القانون رقم 63/47 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج[689]، جاء في شكل 06 مواد حددت الأولى منه سن الزواج بالنسبة للرجل بـ: 18 سنة وبالنسبة للمرأة بـ: 16، وذات المادة أجازت لرئيس المحكمة الكبرى سلطة الإعفاء من هذه السن بعد أخذ وكيل الدولة، وذلك لأسباب عظيمة.

ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بأصل عام متمثل في تحديد سن أدنى للزواج مفرقة بين الذكر والأنثى فيه، متوافقة مع طبيعة المجتمع الجزائر آنذاك من حيث تحديدها بـ: 18

685- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 168.

686- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 49.

687- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص 568.

688- مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 824.

689- القانون رقم 63-224 مؤرخ في 29 يونيو 1663 المتضمن تحديدالسن الأدنى للزواج، ج ر، رقم 47، 1963.

سنة في جانب الرجل وبـ: 16 سنة في جانب المرأة، متبعة هذا الأصل باستثناء متمثل في إمكانية الإعفاء من هذا السن لأسباب موصوفة بالعظمة.

ظل العمل بهذا القانون إلا غاية صدور مدونة الأسرة الجزائرية الجامعة لمسائل الأحوال الشخصية، حيث جاءت المادة 07 منه تنص على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21) سنة، والمرأة بتمام(18) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

ما يلاحظ على هذه المادة أنها أبقت على المبدأ العام الذي جاء به القانون المتضمن تحديد سن الزواج، المتمثل في ضرورة بلوغ سن معينة طبقا للأصل العام، مع إمكانية الإعفاء من هذا السن لمصلحة أو ضرورة من جهة؛ مفرقة غير مساوية بين الرجل والمرأة من جهة أخرى، فالجديد المستحدث بموجب المادة 07 ، هو تغير سن الزواج من خلال رفعها بالنسبة للرجل والمرأة، حيث حددت بالنسبة للرجل بـ: 21 سنة أما بالنسبة للمرأة بـ: 18 سنة، ورفع سن الزواج فيه تأثر ملحوظ بعولمة القانون الرافضة لفكرة الزواج المبكر.

إن مصادقة الجزائر على أهم اتفاقية تخص المرأة بوجه عام –اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باتفاقية سيداو– كان لاحقا لصدور قانون الأسرة الجزائري مع الأخذ بعين الاعتبار أن تاريخ سريان السيداو سابق لصدور قانون الأسرة الجزائري، لذلك لا يوجد ما يمنع من تأثر المشرع الجزائري بها بوصفها تشريعا مقارنا، لكن بعد المصادقة عليها أصبح لازما الاستجابة لها وفقا لقواعد القانون الدولي، حيث عدل الأمر 02-05 المادة 07 من قانون الأسرة التي حددت سن الزواج حيث بقيت محافظة على الأصل العام، مساوية بين الرجل والمرأة في سن الزواج حيث حددته بـ: 19 سنة في كلا الجانبين.

فبهذا يتوصل إلى أن أخر تعديل لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري جاء متأثرا بعولمة القانون من حيث رفعه لسن الزواج بالنسبة للمرأة أولا، ومن حيث تطبيق فكرة المساواة بين

الرجل والمرأة فيه ثانيا. ولقد استحسن بعض شراح ق أ ج هذا التوجه بحجة موافقة سن أهلية الزواج في قانون الأسرة بسن الأهلية المدنية[690] في القانون المدني[691].

بهذا يكون قانون الأسرة الجزائري قد وافق عولمة القانون في شأن تحديد سن الزواج، كما وافقها أيضا من حيث إمكانية الإعفاء من هذه السن فلم يفرق في ذلك بين الرجل والمرأة.

ثانيا: الإعفاء من سن الأهلية في الزواج.

تنص المادة 07 من ق أ ج على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزواج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات."

بغية توفير حماية أكثر للطفل في ق أ ج جاءت المادة 07 في صورتها الأخيرة بعد التعديل باستثناء متمثل في إمكانية الإعفاء من سن الزواج. مقيدة هذا الإعفاء بثلاثة قيود اثنان منهما اختياريان متمثلان في المصلحة أو الضرورة، وآخر ضروري متمثل في القدرة على الزواج[692].

أما عن الشرطين الاختيارين الذي يكفي تحقق واحد منهما، فيقصد بالمصلحة عند علماء مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية الخمس[693]، التي يُعَبَرُ عنها بجملة المصالح الضرورية التي إذا اختلت اختل معها نظام الحياة والمتمثلة في مقصد حفظ الدين، النفس، العقل، المال، وحفظ النسب[694]، ويمكن تعريف المصلحة على أنها كل

690- تنص المادة 40 من القانون المدني على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.)

691- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 60.

692- عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص 69.

693- الموسوعة الكويتية، ج 03، ص 324.

694- محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 135.

ما من شأنه جلب منفعة أو درء مفسدة[695]، ولا يمكن حصر حالاتها في زواج الطفل لكونها لا متناهية، ومن أمثلتها الطفل المجنون الذي يرجى شفاؤه عن طريق زواجه[696].

أما عن الشرط الاختياري الثاني المتمثل في الضرورة، فيقصد بها وصول الإنسان لذلك الحد الذي لن تجر معه مصالحه في استقامة[697]، أوهي الوصول إلى أشد مراتب الحاجة وأشقها فيصبح المضرور في خطر على نفسه أو ماله أو عرضه[698]، ومن الألفاظ المتصلة بها، الحاجة، الحرج، العذر، الجائحة، والإكراه[699].

طبقا لهذا المفهوم تكون الضرورة معتبرة في زواج الطفل، وحالاتها على غرار حالات المصلحة لا تدخل تحت حصر هي الأخرى[700]، ومن أمثلتها سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى الخوف من سوء الأخلاق أو فسادها[701]، أو أن تكون الطفلة مخطوفة أو معتدى عليها، وتم قبولها بفكرة الزواج هي ووليتها[702].

أما بالنسبة لشرط القدرة فالأصل افتراضه في كل من بلغ سن 19 ما لم يثبت العكس، ومع هذا قد تتوفر القدرة لدى من لم يبلغ هذه السن. ولم يحدد ق أ ج معنى قدرة القاصر على الزواج فهل يقصد بها القدرة الجسدية أم القدرة العقلية أم هما معا؟[703]، وأغلب شراح ق أ ج

695- 695- محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، المرجع السابق، ص 389.

696- عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص 99.

697- محمد بن أحمد بن مسعود اليوبي، المرجع السابق، ص182.

698- عبد الكريم الغوط، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الآسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص: الشريعة والقانون، جامعة وهران – السانيا–، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 1428 هجري، ص22.

699- الموسوعة الفقهية، الجزء 28، ص 191.

700- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 427.

701- عبد الكريم الغوط، المرجع السابق، ص 27.

702- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 24.

703- عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 103.

ذهبوا في تحديد القدرة المقصودة في نص المادة 07 بالاستطاعة على تكاليف ومؤن الزواج المادية والمعنوية[704]. وتدخل فيها قدرة الطفل العقلية والمالية والجسدية.

فهذه هي جملة القيد التي وضعها المشرع الجزائري لمنح الإعفاء من سن الزواج. فلم يحدد القانون سنا أدنى لا يجوز منح الإعفاء ما لم يبلغها القاصر، الأمر الذي عده البعض نقص تشريعي يكتنف التنظيم القانوني لزواج القصر[705]، أضف إلى ذلك إغفاله مسألة فارق العمر الذي قد يكون كبير بين الزوجين[706]، ولا تعد هذه الانتقادات وجيهة حسب موقف المشرع الذي اعتبر المصلحة أو الضرورة وقدرة الطفل على الزواج كمفاهيم مرنة فضفاضة تأبي تزويج من هم دون سن التمييز، كما تأبى أيضا ذلك الفارق الكبير في العمر بين الزوجين.

وفي الأخير يطرح التساؤل حول الجهة التي تُقَدِرُ توفر شروط الإعفاء من سن الزواج ومدى تحققها، بالدرجة الأولى نائب القاصر الشرعي[707] هو الذي يقدرها، ولا يكفي تقديره إنما يجب عليه التقدم بطلب الترخيص بزواج القاصر مرفقا طلبه بمختلف الأسباب والإثباتات الطبية، وكذا الاطلاع على التماسات النيابة العامة، إلى قاضي شؤون الأسرة[708]، أو رئيس

704- عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص 69.

705- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون الخاص فرع القانون الخاص، جامعة الأخوة منتوري-قسنطينة-، كلية الحقوق، 2015/2014، ص 148. محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 427.

706- هنان مليكة، محاضرات في قانون الأسرة مخصصة لطلبة السنة حقوق وطلبة الماستر، المركز الجامعي نور البشير، البيض، معهد الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، 2014/2013، ص 28.

707- النائب الشرعي في ق أ ج، يكون الولي بالدرجة الأولى كما قد يكون الوصي أو المقدم، والنائب الشرعي الذي يجوز له طلب الترخيص بالزواج يكون إما الولي أو المقدم دون الوصي. ذلك أن الوصي مهمته تنحصر في حماية أموال القاصر دون نفسه.سميحة حنان خوادجية، ، محاضرات النيابة الشرعية لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، دون تاريخ نشر، ص 45.

708- أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة، ط 03، الجزائر، 2015-2016، ص 34.

محكمة مسكن طالب الترخيص، –طبقا المادة 7/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية– [709] الذي له واسع النظر في قبول الطلب ومنح الإعفاء من سن الزواج أو رده.

بما أن الأعمال القانونية التي يطلب من القاضي البت فيها متعددة، فقد تكون من قبيل الأعمال القضائية أو من قبيل الأعمال الولائية[710]، ولقد اختلف شراح القانون في ضابط ما يعد عملا قضائيا وما يعد ولائيا[711]، ولعل ضابط طبيعة العقبة هو المعيار الأليق الذي لقي قبولا من طرف أغلب الفقه، حيث يعد عملا ولائي طبقا له، كل عمل يصدر من القاضي دون نزاع من الطرفين، وما تدخل القاضي إلا لإزالة العائق القانوني الذي وضعه المشرع أمام الأفراد، ويعد عملا قضائيا كل عمل معقود للقاضي بسبب الفصل في نزاع قائم أو محتمل، يواجه فيه عقبة مادية ليست من صنع المشرع، فتبعا لهذا الضابط يعد الترخيص بزواج القاصر عملا ولائيا لا قضائيا[712]، يمارس عن طريق ما يسمى في عرف الإجراءات "بالأوامر على العرائض"[713].

فتبعا لذلك يصدر رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة أمرا على عريضة إما بقبول تزويج القاصر وإما برفضه حسب قناعته، ويجب مراعاة مدة ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره كمدة قصوى لتنفيذه وإلا تعرض للسقوط وفقا للمادة 3/311 من قانون إ م إ ج[714]، أما إذا تم رفض الطلب فيكون قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي في مدة أقصاها 15 يوم من تاريخ أمر الرفض طبقا المادة 2/312 من قانون إ م إ[715].

709– القانون 08–09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة ج ر، ع 21 مؤرخة في24 أبريل 2008، ص 03، معدل ومتمم بالقانون 22–13، ج ر، ع 48، مؤرخة في 17 يوليو 2022، ص 03.

710– عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية قي ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومة، الجزائر، 2021، ص 241.

711– راجع نفس المرجع، ص 262 وما يليها.

712– عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 91.

713– عمر زودة المرجع السابق، ص 272.

714– نفس المرجع، ص 276.

715– نفس المرجع ، ص279

هكذا يكون قد طوي الحديث عن التطور التشريعي لسن الزواج في التشريع الجزائري وإمكانية الإعفاء منه، والمشكلة التي تثار في النقطة التالية هي: ماذا لو أن القاصر تزوج دون حصوله على ترخيص قضائي يقضي بإعفائه من سن الزواج؟

ثالثا: جزاء مخالفة النظام القانوني لزواج القصر.

لا يجوز للقاصر الزواج إلا بعد تحصله على رخصة قضائية قبلية تؤهله للزواج من الناحية القانونية، لكن من الناحية الواقعية لا يوجد ما يمنع القاصر من الزواج فعلا، فكثيرا ما يحصل ويتزوج دون الحصول على الترخص الذي يسمح له بذلك، فهنا يثور التساؤل حول وصف هذا الزواج بين الصحة والبطلان والفساد في ق أ ج؟

يجب التسليم أولا أن ق أ ج لم يأتي بنص صريح يبين وصف زواج القاصر غير المرشد للزواج[716]، هذا ما دفع شراح قانون الأسرة الجزائري محاولة سد هذا النقص التشريعي، حيث تباينت الآراء وتضاربت الأقلام في هذه المسألة ومجمل هذه الآراء تتمثل في الآتي:

مفاد الرأي الأول يقضي بالرجوع للقانون رقم 63-224 الذي بين وصف مثل هذا الزواج[717]، ذلك أن ق أ ج لم ينص صراحة على إلغاء القانون 36-224، كما لم يتضمن جزاء جديدا، فمن ثم يبقي القانون القديم صالحا للتطبيق[718]، بطريق آخر جاءت المادة 223 من ق أ ج بنصها: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون." فمفهوم موافقتها ينصرف إلى تعطيل العمل بالنصوص المعارضة لهذا القانون وتجريدها من قوتها الإلزامية، في حين أن مفهوم مخالفتها يقتضي العمل بتلك الموافقة والمتممة لهذا القانون، ومسألة تحديد وصف الزواج دون السن القانوني مسألة متممة لهذا القانون، ومن ثم وجب العمل بالقانون 36-224.

716- عبد العزيز سعيد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 25. - تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص61.

717- بينت المادة 03 أن الزواج المخالف للمادة الاولى -التي حددت سن الزواج- زواج باطلا ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين أو من وكيل الدولة، أو ممن له مصلحة. أما المادة 04 منه فلقد حصنت الزواج وحمته فلا يجوز طلب الحكم ببطلانه في حالة بلوغ الزوج سن الزواج، أو حملت الزوجة من هذا الزواج.

718- عبد العزيز سعيد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 26.

يبدو أن هذا الرأي منطقي إلى حد بعيد حيث يرتكز على منطق عملي وقانوني، غير أنه يجب التسليم بأن القانون رقم 36-224 ملغى برمته إلغاء ضمنيا طبقا للقواعد العامة[719]، لأنه بمجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعا سبق ونظمه تشريع قديم، فإن هذا الأخير يعد ملغيا ضمنيا حتى لو لم يتم تعارض بعض أحكامه مع القانون الجديد[720].

أمام النقد الموجه لهذا الرأي ظهر أخر يقضي بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

عند إعمال هاته الإحالة التشريعية، يلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يمنع زواج الأطفال، ومن ثم يكون زواج القاصر في قانون الأسرة الجزائري من الناحية القانونية صحيحا لا غبار عليه[721]. وعيب هذا الرأي واضح في فحواه، ذلك أنه نقد نفسه بنفسه، فكيف بالرجوع للفقه الإسلامي الذي لم يرى في سن الزواج مقوما من مقومات الزواج، إنما اكتفى بإقراره بوصفه مصلحة مرسلة يجوز لولي الأمر أن ينظمها كيفما يشاء تبعا لمصلحة العامة، إذن فالفصل في المسألة يرجع فيه للتنظيم الذي اختارته الدولة.

أضف إلى ذلك أن هذه الإحالة التشريعية لا تكون إلا في حالة انعدام الحكم القانوني سواء الصريح أو الضمني، وإن كان الحكم الصريح في هذه المسألة منعدم، إلا أن بعض شراح ق أ ج ذهبوا إلى وجود حكم ضمني من شانه الفصل في جزاء تخلف سن الزواج. وهذا هو منطلق أصحاب الرأي الثالث والأخير.

719- يقصد بالقواعد العامة هنا قواعد القانون مدني حث تنص المادة 02 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي.

ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صريحة على هذا الإلغاء.

وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم."

720- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص60.

721- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 430.

ذهب أصحاب الرأي الثالث لتفسير المادة 33 من ق أ ج التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" تفسيرا ضمنيا، حيث قالوا بأن عدم بلوغ سن الزواج من شأنه حتما التأثير على الرضا في الزواج، ومن ثم يكون الرضا الصادر من غير ذي أهلية معيبا، فيكون جزاء تخلف سن الزواج هو بطلان الزواج[722].

إن هذا الرأي منطقي إلى حد بعيد –كونه متأثر بمدرسة الشرح على المتون في تفسير النصوص القانونية[723]– إلا أن عيبه واضح ذلك. أن القواعد العامة تفرق بين مرحلتين فيما يخص إرادة القاصر مرحلة عدم التمييز ومرحلة التمييز، ففي الأولى حتما لا يعتد القانون بإرادته، بينما في الثانية يعتد بها في بعض التصرفات دون بعض[724]، فإطلاق قول أن إرادة من لم يبلغ سن 19 معيبة حتما فيه نظر، أضف إلى ذلك أن هذا الرأي من شأنه إهدار الكثير من الزيحات من خلال الحكم ببطلانها، خاصة في بعض المناطق من البلاد التي لا ترى مانعا في زواج الصغار، بل وترى فيه السبيل الأمثل لحماية المجتمع وتماسكه.

وأهم نقد يوجه لهذا الرأي الأخير أنه جاء على ضوء قانون الأسرة قبل التعديل، إذ لم يراعي حركة التعديل التي عرفها قانون الأسرة سنة 2005، فالصحيح في المسألة هو مراعاة التطور التشريعي الذي عرفه قانون الأسرة، من خلال ربط عدم بلوغ سن الزواج بفكرة الولاية في الزواج، التي تعد محصورة في نطاق القصر دون البالغين، فالولي هو من يطلب من القضاء الإعفاء من سن الزواج، كما يقع عليه التزام تولي زواج القاصر، ومن ثم فإن تخلف

722– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 61.

723– إن النص القانوني يحتاج تفسير بغية الوصول لمقصد المشرع من وراء وضعه، وللتفسير مدارس ومذاهب وتعد مدرسة الشرح على المتون أحد المدارس الفقهية المشهورة، انطلقت من فكرة أن المشرع يحسن وضع النصوص في محلها فيجب على من يفسرها التقيد بصريحها وعدم يتجاوزها، فيكتفي بالألفاظ الواردة في النص القانوني. والمشرع الجزائري يأخذ بهذه الطريقة في تفسير النصوص القانون من خلال المادة الأولى من القانون المدني. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 273–276.

724– محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 159–160.

الولي في الزواج يقضي حتما بتخلف سن الزواج والإذن معا، ومن ثم يأخذ زواج القاصر دون السن القانوني ذات الوصف الزواج المتخلف فيه شرط الولي في ق أ ج[725].

عند هذه النقطة يكون قد انتهى عن موافقة ق أ ج لعولمة القانون فيما يخص سن الزواج، وفي النقطة الموالية يكون الحديث عن تأثر ق أ ج بعولمة القانون في توثيق عقد الزواج.

الفرع الثالث: إجراءات توثيق عقد الزواج.

دعت الاتفاقيات والمؤتمرات الدوليين إلى ضرورة إنشاء سجلات رسمية لتسجيل عقود الزواج[726]، حيث أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 في دورتها 13 من سنة 1994 على هذا الإجراء أي كانت طريقة إبرام الزواج، سواء مدنية أو عرفية أو دينية، ولم تتوقف لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عند هذه التوصية إنما أكدتها بأخرى مؤرخة في 2013/10/30 جاءت مبينة لفائدة تسجيل عقود الزواج والمتمثلة في حماية حقوق الأفراد خاصة في حالة الطلاق أو الوفاة[727].

إذن فتسجيل عقد الزواج وجهة نظر المعاهدات الدولية ليس غاية في ذاته حسب، إنما هو الوسيلة الوحيدة لغاية متمثلة في إثبات الزواج حماية لحقوق الإفراد، وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية لم تلزم توثيق الزواج إداريا بالكتابة[728]، وفي المقابل لم تمانع توثيق جميع العقود والتصرفات بل حثت على ذلك، فلقد أمر الله سبحانه وتعالى بتوثيق الديون المالية في أطول آية القرآن الكريم[729]، حيث قال تعالى (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ) فإذا كان الخطاب موجه للناس بمناسبة الديون، فمن باب أولى يدخل الزواج –بوصفه قائم على المكارمة– في عموم الآية فيستحب توثيقه.

725– راجع، ص 181.

726– راجع ثانيا، الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني، الباب الأول.

727– مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 88.

728– نفس المرجع، ص 87.

729– كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية نصوص القانون، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 33–34.

وعدم توثيقه لا يعني عدم قيامه صحيحا مرتبا لجميع آثاره متى أستوفى أركانه وشروطه الشرعية[730]، فيمكن أثباته بالإقرار والبينة والنكول عن اليمين[731].

من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، ونطاق هذه القاعدة محصور في الأحكام الاجتهادية دون القطعية، التي تتغير لفساد الزمان أو فساد في الذمم، أو لتطور الأوضاع التنظيمية وتحسن نوعية الحياة الاجتماعية[732].

عند تطبيق هذا القول على إثبات عقد الزواج بالكاتبة في الزمن الحالي الذي ضعف فيه الإيمان في النفوس وقل الوازع الديني في الضمائر، الأمر الذي أدى إلى تزعزع الثقة وتلاشي الاطمئنان، حيث حصل وأنكر الكثير من الناس زيجاتهم حتى بعد الدخول، خاصة بعد مرور مدة كبيرة، فبهذا يمكن اعتبار تسجل عقود الزواج في العصر الحالي داخلا تحت المصالح المرسلة التي لا ترى الشريعة الإسلامية مانعا في الأخذ بها[733].

وما يساعد على استساغ فكرة اعتبار توثيق الزواج من قبيل المصالح المرسلة، التطور الذي شهدته الدولة اليوم في جميع مصالحها، أضف إلى ذلك زيادة نسبة السكان في جميع أنحاء العالم، الأمر الذي يجعل من تسجيل عقود الزواج أمرا ضروريا، فأمكن تفسر إلزامية هذا الإجراء بقاعدة عدم تغير الأحكام بتغير الأزمان لتوفر عوامل تحققها –فساد الذمم، فساد الزمان، التطور التنظيمي الذي عرفته الدولة اليوم– ولعدم ثبوت ما يمنع من تسجيل الزواج في الشريعة الإسلامية.

730– محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط02، شهاب 2000، 1994، ص 301.

731– محمد مصطفي شلبي، المرجع السابق، ص 143. – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 281.

732– مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 931–932–933.

733– محمد محدة، المرجع السابق، ص 300.

تطبيقا لهذا وذاك جاء قانون الأسرة الجزائري[734]، في المادة 18 منه بالنص على أن يتم الزواج أمام شخص مؤهلا قانونا. ومع هذا ترك القانون الحرية للأفراد في أن يبرموا زيجاتهم بعيدا عن الموظف المؤهل قانونا إلا أنه يجب عليهم إثباتها بعد ذلك طبقا للمادة 22 من ق أ ج، وعليه سيكون العمل في هذا الفرع على النقطتين التاليين.

أولا: تسجيل عقد الزواج.

تنص المادة 18 من قانون الأسرة على الآتي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

عند محاولة تحليل هذه المادة يتبين أنها جاءت في شكل أمر، والأمر يفيد الوجوب ما لم يصرفه صارف، وعليه فالشخص العادي الذي يريد أن يبرم زواجه وجب عليه مراعاة حكم المادة أعلاه، عن طريق التوجه للموثق أو الموظف المؤهل قانونا لتسجيل عقد زواجه. ولقد بينت المادة 71 من ق ح م ج[735] الموظف المؤهل قانونا بتسجيل عقد الزواج وهو ضابط الحالة المدنية، إضافة على إبقائها على سلطة الموثق في تسجيل عقد الزواج[736].

إذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية وقع عليه واجبا تسجيله في سجل الزواج، الذي يعد أهم سجلات الحالة المدنية التي تقرها الدول المتمدنة، ويقع عليه واجب ثان متمثل في تسليمه دفتر عائلي للزوجين طبقا للمادة 72 من قانون الحالة المدنية.

734- إن حادثة تسجيل عقود الزواج في الجزائر ليست وليدة القانون 84-11 إنما ترجع أصولها إلى زمن الاحتلال الفرنسي الذي أنشاء سجلات للحالة المدنية لتسجيل عقود الزواج أول مرة سنة 1882. - محمد ضويفي، شرح قانون الحالة المدنية الجزائري حسب أخر تعديل لعام2017، مدعما بقرارات المحكمة العليا وأحدثها، دار بلقيس، الجزائر، 2019، ص 10.
ولم يتوقف نظام تسجيل عقود الزواج في التطور منذ سنة 1882 حتى الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.

735- الأمر رقم 20-70 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج، ع 21 بتاريخ 27 فبراير1970، ص 247، معدل ومتمم بالقانون 14-08، ج ر، ع 49 مؤرخة في 20 غشت 2014، ص 03.

736- محمد ضويفي، المرجع السابق، ص 83.

أما إذا تم الزواج أمام موثق فيقع على عاتقه وجوب تسليم إشهاد للزوجين، ثم بعد ذلك وجب عليه إرسال ملخص من عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه 3 أيام من تاريخ انعقاد الزواج، وبعد ذلك يجب على ضابط الحلة المدنية تسجيل الزواج في أجل أقصاه 5 أيام من تاريخ تلقيه الملخص، ثم يسلم بعد ذلك دفترا عائليا للزوجين[737].

إذن فالعبرة بتسجيل الزواج في السجلات المعدة لذلك، ليس بشخص القائم بها سواء كان الموثق أو غيره، وإن كان ضابط الحالة المدنية هو المؤهل قانونا بتسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية.

وفي ذات السياق حسب نص المادة 18 السابقة الذكر، يجب أن يراعي الموثق أو ضابط الحلة المدنية ما وردة في المادة 9 و 9 مكرر من ق أ ج المتضمنتان لركن وشروط الزواج القانونية.

إذا كان حكم المادة 18 من ق أ ج جاء في شكل أمر يقضي بضرورة تسجيل عقود الزواج، إلا أن هذا الأمر صرفه صارف، الذي جاء في المادة 22 من ق أ ج التي أقرت واعترفت بحالة عدم تسجيل عقود الزواج عند إبرامها، وفي ما يلي تفصيل أكثر في هذه النقطة.

ثانيا: إثبات عقود الزواج.

يختلف المركز القانوني للمتزوج عن الأعزب، ذلك أن الزواج ينشئ الكثير من الالتزامات والحقوق بين أطرافه، وعلى كل من يتمسك بالزوجية يقع عليه عبء إثباتها، ولقد وضعت المادة 22 من ق أ ج، سبيلا واحدا لإثباتها، والمتمثل في مستخرج من الحالة المدنية، وهذا الحكم خاص بمن وثق زواجه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية.

أما الشخص الذي أبرم زواجه خارج هذا الإطار –لقد بين الواقع العملي وقوع زيجات عرفية كثيرة، والزواج العرفي هو زواج صحيح مستوي لجميع أركانه وشروطه القانونية، ينقصه التسجيل ليتعد به من الناحية القانونية– تبعا لأسباب متعددة منها ما هو قانوني، اجتماعي،

737– نفس المرجع، ص 87.

نفسي، أسري، أخلاقي، وإعلامي[738]، ومن الأسباب القانونية التي تدفع البعض للتهرب من تسجيل عقود الزواج حال انعقادها، محاولة تجنب بعض الإجراءات القانونية كالرخصة الخاصة بالتعدد أو تكون المرأة مطلقة تريد الاحتفاظ بحاضنة ولدها، أو عدم توفر شرط السن...[739]– وجب عليه رفع عريضة تتضمن طلب تثبيت الزواج إلى قاضي شؤون الأسرة، مدعما طلبه بالوثائق والإثباتات اللازمة لإثبات العلاقة الزوجة طبقا للمادة 3/423 من ق إ م إ، والمحكمة المختصة بالبت في هذا الطلب هي محكمة موطن المدعى عليه 2/326 من ق إ م إ، ويجب على القاضي إشراك وكيل الجمهورية إعمالا للمادة 03 من ق أ ج، ق، ثم تحكم المحكمة في موضوع إثبات الزواج بما يقضي به القانون، ولن تحكم به إلا إذا تأكدت من قيام الزواج صحيحا مستوفي لشروطه وأركانه[740].

بعد صدور الحكم القاضي بتثبيت الزواج يجب تسجيله بسجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة(المادة 22 من ق أ ج)، وحينها يجوز لكل ذي مصلحة استخراج نسخة منه، فالعبرة في التشريع الجزائري بضرورة كون العلاقة الزوجية مسجلة في سجلات الزواج في دائرة الحالة المدنية، لكي يعتد بها من الناحية القانونية، وهذا فيه تأثر واضح بالمعاهدات الدولية، وفي طليعتهم اتفاقية سيداو.

738– كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية نصوص القانون، ص 184.

739– محمد محدة، المرجع السابق، ص 302.

740– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 460.

المطلب الثاني: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال سلب بعض شروط الزواج آثارها القانونية في حال تخلفها.

إذا كان الأمر رقم 05-02 قد جعل من الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج، إلا أنه لم يغيب باقي المقومات الأخرى التي عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية، والمرفوضة من وجهة نظر عولمة القانون، إنما تبناها وصبغها بصبغة الشروط، وتتمثل أساسا في ما هو مذكور في المادة 09 مكرر من ق أ ج، وهي: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، وانعدام الموانع الشرعية[741]، ويضاف لها شرط الشهادة الطبية المستحدث بموجب المادة 07 مكرر من ق أ ج.

إن التفرقة بين ما يعد ركن وما يعد شرطا تفرقة نظرية لا تظهر لها فائدة عملية، ذلك أن تخلف مقوم سواء كان ركنا أو شرطا يقضي حتما ببطلان العقد، فقانون الأسرة رتب على مخالفة النظام القانوني لركن الرضا بطلان الزواج، كما رتب أيضا على عدم احترام الموانع الشرعية، ذات الأثر المتمثل في بطلان الزواج[742]، كما وفر حماية قانونية كاملة أيضا للصداق تارة بوصفه شرط في الزواج وتارة وصفه أثر من آثار الزواج[743].

أما عن باقي الشروط الأخرى فعند استبعاد شرط أهلية الزواج بوصفه متعلق بالرضا – تمت مواجهة في المطلب السابق– يبقى الولي، والشاهدان، والشهادة الطبية، كشروط أدبية لم

741– استعمل القانون تسمية "الموانع في الزواج" وهذه الأخيرة لم تشتهر وتعرف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث تجدهم يستعملون مصطلح "المحرمات من النساء" والتسمية التي اختارها القانون من الناحية المنطقية سليمة ولها ما يبررها. – محمد محدة، المرجع السابق، ص 308-309. هناك من شراح قانون الأسرة من ذهب إلى أن المشرع الجزائري تأثر بالمعاهدات الدولية من خلال استعمال مصطلح "الموانع الشرعية"، بدلا من "المحرمات من النساء"، مستهدفا بذلك تطبيق فكرة المساواة بين الرجل والمرأة في مسائل الأحوال الشخصية. – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائري على بعض بنود الاتفاقيات الدولية، ص 13. وكتعليق على الرأي الأخير الذي يظهر أنه تضمن نوعا من المغالاة في الحكم المشرع الجزائري بتأثره بالاتفاقيات الدولية، فموانع الزواج في الفقه الإسلامي طبقا للأصل العام مؤسسة على المساواة بين الرجل والمرأة، فأغلب حالات التحريم تسري على الرجل والمرأة على حد السواء، في حين أن التفرقة بينهما تظهر في حالات قليلة، أضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري تبنى هذا المصطلح في القانون 11-84 الفترة الزمنية كان فيها قانون الأسرة الجزائري آمنا من مؤامرة المساواة بين الرجل والمرأة وفق النظرة الغربية.

742– راجع في شأن بطلان الزواج بإحدى المحارم المطلب الثاني من المبحث الثاني.

743– راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني.

تلقى الحماية القانونية بوصفها شروطا للزواج في ق أ ج، بل على العكس من ذلك تماما، حيث سلبها القانون مفعولها القانوني في حال تخلفها، المتمثل في تأثيرها على قيام الزواج، ذلك أن الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة قد ألغى الولاية على المرأة البالغة، وحصرها في زواج القصر دون البالغين، المادة 11 من ق أ ج أولا.، كما أنه يصحح الزواج بعد الدخول في حال تخلف الولي في زواج القصر أو تخلف الشاهدين، المادة 2/33 من ق أ ج، ثانيا.

وفي ذات السياق تجد المشرع الجزائري يمنع رفض ضابط الحالة المدني أو الموثق من تسجيل الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين ثالثا، وعليه يتم التوصل إلى أن سلب بعض شروط الزواج آثارها القانونية جاء نتيجة تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون، وعليه يتناول هذا المطلب الجزئيات المذكورة أعلاه موزعة على الفروع التالية.

الفرع الأول: إلغاء الولاية على المرأة البالغة.

الفرع الثاني: تصحيح الزواج في حالة تخلف الولي في زواج القصر أو الشاهدين.

الفرع الثالث: إهدار المقصد الشرعي والقانوني لشرط الشهادة الطبية في عقد الزواج.

الفرع الأول: إلغاء الولاية على المرأة البالغة.

يقصد بالولاية في الاصطلاح: سلطة للشخص تمكنه من إبرام العقود بشكل صحيح منتجة لجميع آثارها دون الحاجة إلى إجازة الغير، والولاية بهذا المعنى نوعان ولاية على المال، وأخرى على النفس، حيث يقصد بالأولى: سلطة التصرف في المال، بينما الثانية: سلطة إنشاء عقد الزواج، وهي المقصودة في هذا الفرع[744].

والولاية على النفس أيضا تنقسم إلى قسمين: الأولى قاصرة، والثانية متعدية، ويقصد بالأولى: سلطة الشخص في تزويج نفسه، في حين أن الثانية سلطة الشخص تزويج غيره من الناس[745]، ويتطابق مفهوم الولاية القاصرة مع مفهوم الأهلية في الزواج حيث يخضعان لنفس

744- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 62.

745- محمد مصطفي شلبي، المرجع السابق، ص

الأحكام، لذلك تخرج الولاية القاصرة من نطاق البحث، ويبقى مواجهة الولاية المتعدية، فمن هنا وصاعدا إذا أطلق لفظ الولاية دون تقييد قصد بها الولاية المتعدية.

لقد تقرر فيما سبق نقله من صفحات الأطروحة أنه لا ولاية على الرجل في زواجه في الفقه الإسلامي، ذلك أن للبالغ العاقل كامل الأهلية في إبرام زواجه بنفسه وبعابراته وألفاظه، على خلاف للمرأة البالغة الراشدة كاملة الأهلية، حيث اعتبرت الشريعة الإسلامية الولي – المشترط فيه الذكورة– في زواجها، وإن اختلف دوره بين متشدد ومتساهل ومن توسط بينهما، حيث ذهب الرأي الأول وهو رأي الجمهور إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تبرم زواجها بعابراتها مطلقا، في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني وهو رأي الحنفية للقول بجواز إبرام المرأة زواجها بنفسها دون رضا وليها، بشرط زواجها بكفء وبمهر مثيلتها، أما أصحاب الرأي الثالث وينسب هذا الري إلى أبي ثور الذي قال بجواز انعقاد الزواج بعبارات المرأة بشرط رضا الولي.

هذا فيما يخص زواج البالغة في الفقه الإسلامي، أما على ضوء عولمة القانون فعند التخصيص على ما جاءت به اتفاقية سيداو يستنتج وبما لا يدع مجالا للشك، إعطائها للمرأة حق تولي زواجها بنفسها دون تدخل غيرها من الناس[746]، أما عن موقف قانون الأسرة في مسألة إنفراد المرأة بتولي زواجها، فيجب التمييز فيه بين مرحلتين، الأولى قبل التعديل والثانية بعده.

أولا: موقف قانون الأسرة من انفراد المرأة الراشدة بزوجها قبل التعديل.

نظم القانون 11–84 أحكام الولاية في المواد 09 و 11 و 12 و13 والمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنص المادة 09 على ما يلي:(يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق.)، في حين أن المادة 11 تنص على أنه: (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.)، أما المادة 12 تنص على أنه:(لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فه وكان أصلح

746– راجع: الفقرة الأولى، أولا، الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني، الباب الأول.

لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت)، كما تنص المادة 13 على ما يلي:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها). وأخيرا المادة 33 التي تنص على أنه: (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد. ويبطل إذا اختل أكثر من ركن)

ما يستخلص من المادة 09 أن الولاية ركن للزواج في قانون الأسرة الجزائري[747]، حيث عبرت ذات المادة عن ركن الولي بـ: "ولي الزوجة"، مما يفيد حصر الولاية في الزواج في جانب المرأة، كما هو مستقر عليه في الفقه الإسلامي.

أما من خلال باقي المواد الأخرى فيلاحظ أن المشرع الجزائري أخد برأي الجمهور حيث قضت المادة 11 بأن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة وليس للمرأة سواء بالغة أو قاصرة تولي زواجها بنفسها[748]، مبينة من هو الولي الذي يكون بالدرجة الأولى الأب، فأحد الأقارب الأولين ولم يبين القانون من يكون من الأقارب الأولين فهل تقتصر القرابة على العصبات دون غيرهم، وإلى أي درجة تتوقف القرابة الأولية[749]، وفي حالة غياب من تقدم أو كان بهم مانع تؤول الولاية للقاضي. وفي المقابل لا يمكن للولي إجبار المرأة على الزواج، المادة 13، كما لا يمكن له منعها إذا كان لم يكن في المنع مصلحة لها أو منعها[750].

وتتم المادة 33 من ق أ ج نظام الولاية في الزواج، من خلال تقريرها الجزاء المترتب عن تخلف ركن الولي، حيث فرقت بين فرضين، الأول يفرق فيه بين حالتين، الأولى متمثلة في

747- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 152.

748- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهاد القضاء، ص 19.

749- بوضراع حمزة ورباحي أحمد، الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 06، العدد، 02، ص 555- 577، 2020، ص 568.

750- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 154.

تخلف ركن الولي مع تحقق الصداق والشاهدين، وحكم الزواج هنا الفسخ قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول. أما الفرض الثاني فمتمثل في تخلف الولي مع تخلف الصداق أو الشاهدين وهنا يكون الزواج باطلا.

في هذه المرحلة يستخلص أن المشرع تأثر بموقف ما عليه غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية، ذلك أنه لم يعطي للمرأة ولاية إبرام زواجها بنفسها، مما يعكس عدم تأثره بعولمة القانون.

ثانيا: موقف قانون الأسرة من انفراد الراشدة بزواجها بعد التعديل.

أبقي الأمر 02-05 على الولاية في الزواج لكن مع تعديل جل المواد الناظمة لها، حيث خصص لها المواد 09 مكرر والمادة 11 و13 من قانون الأسرة، كما قام بإلغاء المادة 12 بطريق صريح، وهذا ما يعكس اقتضاب المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة الولاية في الزواج مقارنة بما كانت عليه قبل التعديل.

حيث تنص المادة 09 مكرر على ما يلي:

(يجب أن يتوافر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.).

كما تنص الفقرة الأولى من المادة 1/11 على ما يلي:

(تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره....)

من خلال نص المادة 09 مكرر يلاحظ أن المشرع جعل من الولي شرط للزواج على عكس القانون 11-84 الذي عده ركنا[751]، كما يلاحظ عليها أيضا استعمال عبارة "الولي"، إذ لم يقرن الولاية بالمرأة كما كان عليه الأمر في القانون 11-84.

751- المرجع نفسه، ص 159.

ومن جهة أخرى نصت المادة 11 على أن للمرأة الراشدة –والراشدة طبقا للمادة 07 من ق أ ج، من بلغت سن 19 كاملة– أن تعقد زواجها بحضور وليها، فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل للمرأة[752]، بهذا يكون موقف المشرع بخصوص انفراد البالغة بزواجها متذبذب ملتبس يكتنفه بعض الغموض وعدم الوضوح[753]، والأقرب للصواب في المسألة هو منح البالغة الراشدة ولاية تزويج نفسها دون شرط أو قيد والدليل على ذلك ما يلي:

- ✓ إقرار المادة 1/11 من ق أ ج أن للولي دور لا يتعدى الحضور الرمزي، أضف إلى ذلك إطلاق يد المرأة في اختيار من يحضر زواجها باعتباره ولي[754].
- ✓ نص المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن: (الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة يتم على الوجه الشرعي...) فهذه المادة اكتفت بحصر الرضا بين الرجل والمرأة، مغيبة دور ورضا الولي.
- ✓ نص المادة العاشرة على أن: (يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر) والطرفين المقصودين في هذه المادة هما الرجل والمرأة، فهذه المادة أيضا غيبت دور الولي في التعبير عن إرادته في زواج غيره.
- ✓ إلغاء المادة 12 من ق أ ج، التي كانت تعطي الولي الحق في منع من في ولايته على الزواج ما لم يكن في الزواج مصلحة للبنت، مما يعني إلغاء الولاية برمتها في زواج الراشدة.
- ✓ ما يفهم من مفهوم مخالفة المادة 33 من قانون الأسرة التي لم تحدد وصف عقد الزواج البالغة المتخلف فيه حضور الولي[755]، ومن ثم يرجع للقاعدة التي تقضي بأن الأصل في العقود الصحة.

752– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 388.

753– كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهاد القضاء، ص 21.

754– آ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 48.

755– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 388– 389.

✓ نزول الولي المذكور في المادة 1/11 منزلة الشاهد، بسبب العبارة المستحدثة "أي شخص تختاره"[756].

بهذا يمكن القول بأن المشرع منح المرأة البالغة الراشدة سلطة إبرام زواجها بنفسها، وهذا القول دفع البعض للقول بأن المشرع الجزائري تبنى قول ما عليه فقهاء الحنفية في منح للمرأة البالغة الحق تزويج نفسها، وهذا القول مجانب للصواب، ذلك أن الفقه الحنفي كما تقدم قد أعطى الولي حق المنع في حالة عدم كفاءة الزوج أو زواجها بأقل من مهر المثل[757]، في حين أن قانون الأسرة الجزائري لم يأتي بهذا الحكم، ومن ثم يمكن رد هذا الموقف للمعاهدات الدولية التي ترفض فكرة الولي في زواج المرأة، فلهذه الأخيرة نفس أهلية الرجل في إبرام العقود أي كان نوعها، طبيعتها، أو موضوعها، وهذا ما يفسر استغناء المشرع الجزائري عن التسمية التي جاء بها القانون 11-84 "ولي الزوجة" في المادة 09، واستبدالها بـ: "الولي" في نص المادة 09 مكرر من الأمر 05-02، كلفظ عام[758] يفهم منه اشتراط الولي في جانب طرفي الزواج، إلا أن هذا العام مصروف عن عمومه، بمخصص[759] متمثل في العقل والعرف الذي يفيد

756- شامي أحمد وبن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، المجلد 57، العدد 04، ص 289-309، 2020، ص 294.

757- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 159.

758- يقصد باللفظ العام "اللفظ الذي يستغرق جميع ما يصلح له"، ومن صيغ العموم دخول الألف واللام على الاسم المفرد مثل الإنسان، السارق، الزاني، البيع... وحكم العام، العمل به من خلال ثبوته لجميع ما يتناوله من الأفراد ما لم يدل دليل على تخصيصه، فمثلا من خلال قوله تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيدهما)، يلاحظ أن لفظ السارق والسارقة لفظ عام يشمل كل سارق دون حصر، ومن ثم وجب تطبيق عقوبة قطع اليد على كل من أتصف بصفة السارق، لانتفاء المخصص. – وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 01، ص 243-245- 239.

ولفظ الولي في نص المادة 09 مكرر لفظ عام، ذلك أن الولي اسم دخلت عليه الألف واللام، فطبقا لحكم العام يشترط ولي في الزواج مطلقا.

759- يقصد بتخصيص العام "قصر اللفظ على بعض أفراده، أو صرف العام عن عمومه، وإرادة بعض ما ينطوي تحته من أفراد" مثل قصر الوجوب في كلمة "الناس" في النظم القرآني كلفظ عام على المكلفين دون الصبيان والمجانين. والعام يخصص بمخصص مستقل ومخصص غير مستقل، ومن أمثلة المخصص المستقل العقل، العرف والعادة والنص. – وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 01، ص 254-255.

إخراج الولي في جانب الرجل البالغ، ومخصص قانوني جاء في نص المادة2/11 متمثل في إخراج البالغة الراشدة من نطاق الولاية المذكورة في المادة 09 مكرر من ق أ ج.

لا يعني هذا الموقف من المشرع الجزائري تغيب الولي في الزواج باعتباره شرطا في التشريع الجزائري، فإذا كان الناس ينقسمون إلى ذكران وإناث من جهة، فمن جهة أخرى ينقسمون إلى بالغين وقصر، فمن ثم يكون شرط الولي حسب المادة 09 محصور في زواج القصر دون البالغين، وعليه لا ولاية على البالغ الراشد في الزواج في قانون الأسرة الجزائري أي كان جنسه، وما يؤكد هذا التوجه نص المادة 2/11 من ق أ ج، التي سيكون الحديث عنها في النقطة التالية.

الفرع الثاني: تصحيح الزواج في حال تخلف الولي في زواج القصر أو الشاهدين.

أجاز المشرع الجزائري زواج القصر بموجب المادة 07 من ق أ ج، مقيدا ذلك بشرط استصدار رخصة قضائية قبلية تعفي الطفل من سن الزواج، ولا تكفي هذه الرخصة وحدها إنما وضعت حماية قانونية للطفل في زواجه من خلال تولي وليه عنه زواجه المادة 2/11، وهذا ما يعبر عنه بالولي في زواج القصر، كما نصت المادة 09 مكرر الشاهدين، وجدير بالذكر أن المشرع تبنى الولاية والشاهدين باعتبارهما شروط شرعية، ومع هذا لم يوفر لهما الحماية القانونية الكاملة باعتبارهما شروطا، ففي حالة تخلف أحدهما يحكم بتثبيت الزواج بعد الدخول، المادة 2/33، وما تثبيت الزواج في حالة تخلف الولي أو الشاهدين بعد الدخول إلا تأثر واضح بعولمة القانون في محطة أخرى، وعليه قسم هذا الفرع إلى قسمين، الأول تحت عنوان شرطي الولي في زواج القصر والشاهدين، والثاني جزاء تخلف شرط الولي في زواج القصر وشرط الشاهدين.

فتخصيص العام أمر مقبول ومستساغ، ولا يقضي حتما العمل بالعام في عمومه بل إذا ثبت المخصص تم العمل به، وهذا ما يظهر من خلال شرط الولي العام في نص المادة 09 مكرر من ق أ ج، الذي خصص الولاية بزواج القصر دون غيرهم من البالغين.

أولا: شرط الولي في حالة وجوبه والشاهدين في عقد الزواج.

الفقرة الأولى: شرط الولي في زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري.

شُرع نظام الولاية بوجه عام والولاية في الزواج بوجه خاص في الفقه الإسلامي لحماية فئة لا يمكن لها القيام بشؤون نفسها، وبلا ريب تدخل فئة القصر ومن في حكمهم في نطاق هذه الحماية[760]، وتطبيقا لهذا نصت المادة 09 مكرر من ق أ ج على شرط الولي في عقد الزواج، لتأتي المادة 2/11 والمادة 13 من ق أ ج لتبين معالم نظام الولاية في الزواج حسب وجهة نظر المشرع الجزائري، حيث تنص على أنه "...دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

أحالت المادة المذكورة أعلاه زواج القصر مطلقا –بغض النظر عن جنسهم، فلم تفرق بين الأنثى والذكر– إلى نص المادة 07 من ق أ ج قاصدة بذلك الإعفاء القضائي من سن الزواج، كما ألزمت الولي الذي يكون الأب بالدرجة الأولى فأحد الأقارب الأولين أو القاضي في حالة انعدام من قبله، بتولي زواج القصر، والتولي من الولاية، فدور الولي في الزواج في قانون الأسرة يقتصر على زواج القصر[761] دون غيرهم من البالغين، فهذا مظهر من مظاهر المساواة بين الرجل والمرأة في ق أ ج، حيث لم يفرق بين الذكر والأنثى في أحكام الولاية في الزواج.

وفي جانب أخر تنص المادة 13 من ق أ ج على منع الولي من جبر القاصرة على الزواج، كما لا يجوز له تزويجها دون موافقتها، وفي هذا أيضا موافقة للعولمة القانونية التي ترفض فكرة الإجبار على الزواج انطلاقا من أن لب الزواج وجوهره الرضا الكامل الحر، وعيب صياغة هذه المادة واضح، حيث قصرت الجبر على القاصرة دون القصر، وكأنما تقر وتعترف بأن الجبر لا يكون إلا على البنت دون الولد، فالأصح استبدال مصطلح القاصرة بالقاصر ليشمل كل من الجنسين وليتحقق الانسجام والتوافق بين نص المادة 11 والمادة 13 من ق أ ج.

760– محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 42.

761– بوضراع حمزة ورباحي أحمد، المرجع السابق، ص 569.

الفقرة الثانية: شرط الشاهدان في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

يجب الإشارة أولا إلى أن الشهادة معتبرة ومطلوبة في الفقه الإسلامي باتفاق الفقهاء وإن اختلفوا في زمن وجوبها ما بين من اشترطها عند العقد ومن اشترطها عند الدخول[762]، على عكس المعاهدات الدولية حيث ترى اتفاقية سيداو تحرير رضا المرأة في الزواج من أي شكل من أشكال القيود التي يمكن أن تحيط به مستعملة في ذلك عبارة "... وفي عقد الزواج إلا رضاها الكامل الحر"[763]، أما عن اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج عام 1962 و1965[764]، فمن خلال مادتها الأولى التي جاءت بما يلي:"لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور الشهود، وفقا لأحكام القانون"، فهذا المادة على غرار باقي النصوص الدولية كرست فكرة الرضا في الزواج، إلا أن الجديد فيها هو إضافة الشهود، لكن بوصفهم أداة لإثبات الزواج، لا بوصفهم شرط شكلي يأتي كقيد على إرادة الأطراف في زواجهم كما في الفقه الإسلامي وما سار عليه ق أ ج، فتكييف الشهادة في ق أ ج باعتبارها شرط من شروط الزواج يتعارض وتوجه عولمة القانون في نظام الزواج.

من عيوب الصياغة القانونية الغموض، ويكون الغموض حينما يستعمل المشرع عبارات لها أكثر من معنى، ويضرب كمثال للغموض الشهادة في الزواج باعتبارها شرطا له، فجميع الشروط المذكورة في نص المادة 09 مكرر من ق ا ج تكفل ذات القانون بتفسيرها وشرحها ما عدا شرط الشهادة الذي ظل غامضا[765]، حيث اقتصرت المادة 09 مكرر على تحديد عدد

762- زازون أكلي وحبار أمال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري 05-02، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، المجلد 55، العدد 01، 2018، الصفحة 353-406، 2018، ص 362.

763- المادة 16 من اتفاقية سيداو

764- لم يتم العثور على أي قانون أو مرسوم يتضمن مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية.

765- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 283-284.

الشهداء بشاهدين فقط، لذلك قال بعض شراح قانون الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 33 من ق ح م الذي حدد سن الشهود ب 21 سنة دون مراعاة للجنس[766] مما يعكس عدم التفرقة بين الرجل والمرأة في الشهادة، ولقد لقي هذا الرأي ردا متمثل في أن الغموض التشريعي في ق أ ج يفسر بالرجوع للفقه الإسلامي لا عن طريق الرجوع لتشريع آخر[767].

تفاديا لهذا الخلاف الناشئ بسبب مدى صلاحية شهادة المرأة في الزواج، يستحسن الرجوع للعمل القضائي الذي فصل في المسألة من خلال أحد قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيه ما يلي: "يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ..."[768]، فهذا الحكم جاء واضحا في شأن تحديد جنس الشهداء حيث لا مساواة بين الرجل والمرأة في الشهادة على عقد الزواج.

ثانيا: حكم تخلف الولي في حالة وجوبه وتخلف الشاهدين.

إذا كان ق أ ج قد خالف عولمة القانون من خلال نظامان قانونيان شكليان مفروضين على عقد الزواج، إلا أن مخالفته لم تكن جريئة بما يكفي لمقابلة لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تسعى جاهدة إلى تطبيق بنود هذه الاتفاقية وإدخالها في بنية القوانين الداخلية للدول والحكومات، ذلك أن المشرع نكص عن موقفه من خلال إيجاد حيلة

766- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 43. - زازون أكلي وحبار أمال، المرجع السابق، ص 386.

767- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 284.

768- المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 2007/02/14، ملف رقم 381880، المجلة القضائية لسنة 2007، العدد 02، ص 483.

قانونية[769] من شأنها الإنقاص إن لم يكن الحد من فاعلية شرطي الولي في حالة وجوبه[770] والشاهدان في نص المادة 2/33 التي مسها التعديل الأخير، حيث نصت على ما يلي: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

فمن خلال محاولة تحليل هذه المادة يستنتج أنها فرقت بين فرضين، الأول متمثل في تخلف أحد الشروط قبل الدخول فهنا يفسخ الزواج، أما الفرض الثاني يتمثل في تخلف أحد الشروط مع تحقق الدخول، وحكم الزواج هنا ثبوته بمهر المثل[771]، بمعنى تصحيحه بعد نشأته غير صحيح[772]، ويقصد بالفسخ كجزاء مترتب على تخلف أحد الشروط المذكورة في المادة 2/33 الفسخ بمعناه الشرعي لا الفسخ بمعناه المدني[773]، حيث يكيف الفسخ في حقيقته على

769- الحيلة القانونية طريقة من طرق الصياغة القانونية المعنوية، ويقصد بها في مفهومها الأعم جعل من الشيء غير الصحيح شيئا صحيحا، ومن أمثلتها فكرة العقار بالتخصيص ذلك أن حقيقته منقول لكن القانون يعتبره عقارا وتطبق عليه أحكام العقار. – سمير تناغو، المرجع السابق، ص 400.

وعلى غرار فقهاء القانون تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الحيل الشرعية، خاصة منهم علماء أصول الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية، راجع وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص 911. – محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، المرجع السابق، ص 584.

770- قد يذهب الذهن إلى أن حصر دور الولي في الزواج في زواج القصر موافق للعولمة القانونية، لكون الأطفال فئة تحتاج الحماية التي نصت عليها اتفاقية حقوق الطفل، وضرورة تولي الولي زواج الطفل فيه نوعا من الحماية المتطلبة دوليا. إن هذا القول وإن كان يبدو منطقيا ومقبولا إلا أن حماية الطفل من خلال نظام الولاية في الزواج لا يمكن ردها إلا للفقه الإسلامي، ذلك أن الولي الذي يتولى زواج القصر مشترط فيه الذكورة، على عكس المرأة التي لا يمكن لها أن تتولى زواجها أولادها، ولو كان القانون متأثرا بالعولمة في هذا الشأن لمنح للام سلطة تولي زواج أولادها القصر. -نشادي فوزية، تأثير إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري على نظام القوامة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس-بريكة، المجلد 05، العدد 01، ص ص 883-905، 2022، ص 899.

771- أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 82.

772- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 504.

773- يكيف الفسخ في القانون المدني على أنه جزاء تنفيذ أحد المتعاقدين ما في ذمته من التزام في العقود الملزمة للجانبين إذا نفذ يقص بالفسخ في القانون المدني حل الرابطة العقدية، بناء على طلب أحد العاقدين إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، فهو جزاء محل الحديث عنه بعد انعقاد العقد صحيحا منتجا لجميع آثاره إلا أن أحد طرفي العقد نكل بتنفيذ التزامه. -محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 371. وبهذا يختلف مفهوم الفسخ في ق أ ج عنه في القانون المدني، وهذا ما يضفي خصوصية على ق أ ج من حيث مصطلحاته ومن حيث تفسيرها.

أنه فرقة بين الزوجين يكون إما لأمر عارض يمنع بقاء الزواج المنعقد انعقادا صحيحا، كما قد يكون استدراكا لأمر اقترن بتكوين الزواج، ومثال العارض الذي يمنع بقاء الزواج خروج أحد الزوجين المسلمين عن الإسلام[774]، ومثال الثاني تخلف الصداق في قانون الأسرة الجزائري قبل الدخول.

لم يعرف قانون الأسرة الدخول بالزوجة إنما نص عليه في أماكن متفرقة، وعند فقهاء الشريعة الإسلامية يقصد به الاتصال الجنسي بين الزوجين عن طريق الوطء المباح شرعا[775]، ويلحق به في كثير من الأحكام ما يسمى بالخلوة الصحيحة، حيث يقصد بها اجتماع الزوجان في مكان يأمنان فيه من توقف الغير عليهما أو تمعنه فيهما، ومن ثم تتهيأ الظروف للزوج أن يطء زوجته، ويشترط في الخلوة انتفاء موانعها المتمثلة في الأصناف التالية: المانع الحقيقي كعدم قدرة الزوجة على الوطء، المانع الطبيعي كأن يكون معهما ثالث ولو كان مميزا، المانع الشرعي كأن تكون الخلوة في نهار رمضان أو تكون الزوجة حائض[776]، وعادة ما يعبر الفقهاء عن الدخول بالدخول الحقيقي، وعن الخلوة بالدخول الحكمي[777]، ولا يوجد ما يمنع تحقق الدخول الحقيقي في حالة الزواج المتخلف فيه شروط الزواج، إلا أنه لا يمكن تحقق الخلوة الصحيحة في حالة تخلف أحد شروط الزواج، ذلك أن الزواج المتخلف فيه أحد شروطه لا يجيز الدخول طبقا للأصل العام الذي هو حق من حقوق الزوجية، ولأن الوطء فيه حرام فمن ثم يبقى المانع الشرعي قائما الأمر الذي يحول دون تحقق الخلوة صحيحة بل تكون فاسدة دائما[778].

774- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 277.

775- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، 2012، ص 282.

776- محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، ص 190.

777- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 90.

778- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 02، دار الكتب العلمية، ط 02، بيروت، 1986، ص 293.

أما في جانب القضاء الجزائري فلقد صدرت عدة قرارات عالجت الدخول بالزوجة في قضايا كثيرة، ويخص بالذكر ما صدر عن المحكمة العليا "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليهما وهو الذي يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستور" "أو خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية..."[779].

فعند محاولة تحليل هذا القرار الذي لم يركز على الدخول الحقيقي بوصفه وطء بين الزوجين، إنما اكتفى بتحقق الخلوة المجردة ليكون الدخول قد تم فعليا، وهذا الاجتهاد مجانب للصواب من وجهة نظر للفقه الإسلامي، غير أنه يمكن تبرير موقف القضاء هنا من خلال أنه كان قاصدا الخلوة التي تحققت بعد انعقاد الزواج صحيحا مستوفيا لجميع أركانه.

فالنتيجة المحصودة من خلال ما تم مناقشته أن الدخول الحقيقي بمعنى الوطء هو العامل الذي يصحح عقد الزواج المتخلف فيه شرط الولي في حالة وجوبه والشاهدان، والدخول الحقيقي بهذا المعنى أمر عسير الإثبات أن لم يكن مستحيل ويبقى السبيل الوحيد لإثباته هو الإقرار من خلال اعتراف كلا الزوجين بتمامه، وبهذا خلق القانون وضعا يسهل فيه على الأفراد إبرام زواج عرفي غير مستوفي لشروطه الشرعية، ثم يرفعان دعوى تثبت الزواج مع إقرارهما بتحقق الدخول، مما يفرض على القاضي الحكم بتثبيت هذا الزواج.

إن هذا الموقف من المشرع الجزائري لم يقل به أي فقيه من فقهاء الشريعة الإسلامية، المتمثل في تصحيح الزواج بالدخول حين تخلف أحد أركانه أو شروطه، غير أن مبدأ تصحيح العقود التي نشأت غير صحيحة له أساس في الفقه الإسلامي وتحديدا في الفقه الحنفي، ذلك أن هذا الأخير عرف نظرية الفساد في العقود، التي تقوم على مبدأ التفرقة في مخالفة العقد لنظامه الشرعي، فإذا تم العقد موافقا لنظامه الشرعي فهو صحيح، أما إذا خالفه في مسألة جوهرية فهو باطل، أما إذا خالفه في مسألة ثانوية فهو عقد فاسد بمعنى فني، وحكم الفساد هو أنه مرتبة وسط بين الصحة والبطلان، فيستحق الفسخ إذا بقي سبب الفساد قائما ويصحح

779- المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 01، ص 34.

في حالة استدراكه –أي سبب الفساد–، ويضرب الفقهاء في ذلك مثلا لعقد البيع الفاسد، فيستحق الفسخ قبل التسليم، في حين يثبت ويصحح بعد تمامه[780].

بهذا تعد نظرية الفساد نظرية خصبة تعمل على إحياء العقود وترميمها رغم انعقادها انعقادا معيبا، إلا أن نطاقها محصور في حدود معينة، فمن حيث المذاهب الفقهية. ابتدعها وأخذ بها الفقه الحنفي دون الجمهور فلفظ الفساد عندهم –أي الجمهور– يتساو ولفظ البطلان[781]، ومن حيث مداها في النظرية العامة للعقد –عند الحنفية– أنها لا تجري إلا في العقود المالية المنشئة لالتزامات متقابلة[782]، وإذا كان عقد الزواج ينشئ التزامات متقابلة منها ما هو مالي ومنها ما هو غير مالي، إلا أن حقيقته تأبي أن يكون عقدا ماليا فالجانب الشخصي فيه هو الغالب، ولقد قرر الفقهاء الحنفية بقول واحد أن عقد النكاح يخرج من دائرة نظرية الفساد، فبطلان الزواج وفساده سواء[783]، فالنظام الشرعي للزواج برمته جوهري وأساسي لا يمكن التفرقة فيه بين ما هو جوهري وما هو ثانوي.

عند تطبيق فحوى هذه النظرية على نظام الزواج في ق أ ج، يلاحظ أن المشرع أخذ بنظرية الفساد حيث اعتبر الشروط المذكورة في نص المادة 2/33 شروطا ثانوية يمكن استدراكها بعد الدخول، وفي هذا مخالفة صريحة لأحكام الفقه الإسلامي بوجه عام، ومخالفة لأحكام الفقه الحنفي بوجه خاص.

وتبني المشرع الجزائري نظرية الفساد في غير ما أعدت له من شأنه إرضاء دعاة العولمة. ولم تقتصر تطبيقات نظرية الفساد في المادة 2/33 إنما يوجد لها مثيل في قانون الأسرة مستحدث بموجب المادة 08 مكرر 01 من ق أ ج[784].

780– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 829 وما بعدها.

781– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 04، ص 236.

782– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 835.

783– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 148.

784– راجع المطلب الثاني من المحبث الأول.

ويبقى أخيرا في هذه النقطة البحث عن جزاء تخلف أكثر من شرط من بين الشروط المذكورة في نص المادة 2/33 فلقد كانت المادة 33 قبل تعديلها تنص صراحة على بطلان الزواج في حالة تخلف أكثر من ركن بقولها: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكث من ركن" ولقد أكد الاجتهاد القضائي هذا الحكم[785]، ويظل هذا الحكم سار المفعول حتى في ظل تعديل هذه المادة التي وقفت موقفا سلبيا بشأن الفصل في هذا الإشكال، وذلك للاعتبارات التالية:

- ✓ تعديل المادة 33 لم يأتي نتيجة تخلي المشرع على حكم بطلان الزواج في حال تخلف أكثر من شرط، إنما جاء نتيجة تغير نظرة المشرع لكل من الولي، الشاهدين، والصداق، فقبل التعديل كان يعدها أركانا في حين بعده عدها شروطا وهذا ما لا ينسجم مع صياغتها قبل التعديل.
- ✓ التعديل الجذري الذي أدخله المشرع على النظام القانوني للولاية في الزواج، فكان لازما عليه تعديلها وحصر تخلف الولي تخلف الولي في زواج القصر –حالة وجوبه–، دون زواج الراشدة.
- ✓ من المتفق عليه بين فقهاء القانونية أن من شروط الصياغة القانونية الإيجاز والاختصار بقدر الإمكان فليس مكان القوانين التفصيلات الجزئية، فلا حاجة إلى الإطناب فيه، والمادة 2/33 الجديدة استعملت مصطلح أو التي تفيد التخيير لغة لا الجمع، ومن ثم إذا تخلف شرط واحد عد الزواج فاسدا وتطبق عليه أحكام الفساد، أما إذا تخلف أكثر من شرط، فلا هو بالصحيح ولا هو بالفاسد، فيبقى حكمه البطلان.

785– المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 08 مايو 2002، ملف رقم 289545، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2004، ص 373.

الفرع الثالث: إهدار المقصد الشرعي والقانوني لشرط الشهادة الطبية في عقد الزواج.

لم ينص ق أ ج في المادة 09 مكرر –المادة التي بينت شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري– على شرط السلامة الصحية لطالبي الزواج، إلا أنه وبمقتضى المادة 07 مكرر من ق أ ج أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية قبل الزواج إجراء لازما لكل من أراد الزواج[786]، الغرض منها إثبات خلو الزجين من الأمراض المعدية التي يمكن أن تشكل خطرا يتعارض مع المصالح الأساسية للزواج[787].

حيث تنص المادة 07 مكرر على ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.".

وفي ذات السياق أكد قانون الصحة الجزائري[788] على ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج بموجب المادة 72 منه التي تنص على ما يلي: "الفحص الطبي السابق للزواج إجباري"

فمن خلال تحليل هذه المادة يلاحظ أنه من شروط الزواج في التشريع الجزائري، تقديم شهادة طبية من كل واحد من الزوجين إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية المكلفين بتحرير

786– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 221.

787– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 50.

788– قانون رقم 18–11 يتعلق بالصحة، ج ر، ع 46، مؤرخة في 29 يوليو 2018، ص03.معدل ومتمم بالأمر 20–02، ج ر، ع 50،مؤرخة في 30 غشت 2020، ص 04، الموافق عليه بالقانون 20–12، ج ر، ع 80، مؤرخة في 29 ديسمبر 2020، ص 04.

عقد الزواج، وإذا تخلفت هذه الشهادة يجب على من هو مخول بتحرير الزواج الامتناع وإلا فإنه يقع تحت طائلة المسؤولية الإدارية والجنائية[789].

بهذا تكون الشهادة الطبية القبلية شرطا من شروط الزواج حسب نص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، أما عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، فالقدامى منهم لم يشترطونها، غير أن علماء المالكية نصوا اشتراط خلو كلا الزوجين أو أحدهما من الأمراض المخوفة وإلا كان العقد فاسدا، يترتب عليه الفسخ فور الاطلاع على المرض قبل الدخول وبعده[790].

فاشتراط شهادة طبية قبل الزواج من النوازل يرجع فيه للاجتهادات المعاصرة، حيث أنقسم الفقهاء المعاصرين إلى فريقين الأول يرى أنه ليس لولي الأمر إجبار المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، مع تشجيع وتوعية الناس حول أهميته وفائدته، وحجة هذا الفريق أن تحديد أركان عقد الزواج شروطه من عمل الشارع لا يجوز لولي الأمر التشريع فيها بالزيادة أو الإنقاص، أما الفريق الثاني فذهبوا لإمكانية جواز إصدار ولي الأمر تنظيم يقضي بإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، لما له من مصالح ترجع بالمنفعة على طرفي الزواج بالدرجة الأولى وتساعد على إيجاد نسل سليم خال من الأمراض بدرجة ثانية[791]، ويميل أكثر الباحثين إلى تبني الرأي الثاني خاصة في زمن فسدت فيه الذمم وقل فيه الوازع الديني والأخلاقي حيث اهتز مبدأ "أن الأصل في الإنسان الأمانة والاستقامة"، وكذا ما شهده العالم من الانتشار السريع في الأمراض والأوبئة[792]، فمن باب المصالح تشريع مثل هذا الأجراء لتحقق أركان قاعدة "عدم إنكار تغير الأحكام بتغير الأزمان" السالفة الذكر.

789- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 51.

790- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 435.

791- كريمة محروق، محاضرات في فقه النوازل في الأحوال الشخصية، مقررة لطلبة السنة الأولى الماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص 18-19.

792- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 431.

أما بالنسبة للعولمة القانونية فضمنا يستفاد أنها تستبعد أي شرط أو قيد من شانه الحد من الرضا في الزواج، وهذا ما تأكد فعلا حين الاطلاع على الاستشارة الدولية الأولى حول السيدا وحقوق الإنسان المقام من قبل مركز حقوق الإنسان بجنيف من 26 إلى 28 جويلية 1989، التي أكدت أن كل ما من شأنه فرض كشف عن الإصابة بفيروس السيدا قبل الزواج إجراء يتعارض وحرية وحق الشخص في الزواج المكفول والمقرر في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[793]، وما قيل بشأن مرض السيدا الذي يعد أخطر الأمراض جسامة وانتقالا وفتكا بالنفوس على الإطلاق، يقال من باب أولى على غيره من الأمراض المختلفة.

هكذا يتبين أن المشرع الجزائري من خلال اشترطه الشهادة الطبية قبل الزواج قد غيب موقف الأمم المتحدة من الشهادة الطبية قبل الزواج، متبنيا الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، إلا أن هذا الحكم ظاهري فقط لا حقيقي، ذلك أنه عند التمعن في شرط الشهادة الطبية في التشريع الجزائري تجده لا يحقق مقصده من خلال عدم ترتيبه لأي أثر يذكر على تخلف الفحص الطبي قبل الزواج سواء في الزواج المسجل أو الزواج العرفي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أعطى المشرع للإرادة سلطانا على سلطان النظام التشريعي للشهادة الطبية، وعليه قسم هذا الفرع إلى قسمين الأول يتناول جزاء تخلف الترخيص الطبي قبل الزواج، والثاني دور الإرادة في نتائج قبول نتائج الفحص الطبي.

أولا: جزاء تخلف الفحص الطب قبل الزواج.

تقرر سابقا أن الزواج في ق أ ج قد يبرم أمام الموظف المؤهل قانونا وهو الأصل في انعقاده، كما قد يتم خارج هذا الإطار، وفي كلتا الحالتين يعد زواجا صحيحا لما تقدم أن عملية التسجيل لا تعد شرطا ولا ركنا إنما هو إجراء لازم لإثبات الزواج فقط، وما يبحث عنه هنا هو جزاء تخلف الرخصة الطبية قبل الزواج، في حالة الزواج العرفي وفي حالة الزواج الموثق.

793- كيفاجي الضيف، حماية الأسرة..، ص 245. -أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 240.

أما بخصوص الزواج العرفي فحسب نص المادة 06 من ق ا ج الآتية: "إن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا مت توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

أجازت هذه المادة انعقاد الزواج في مجلس العقد معلقة ذلك بضرورة توفر ركن الرضا المادة 09 وشرط الأهلية، الولي، الصداق، الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية، فلم تنص على شرط الشهادة الطبية، فيعد الزواج العرفي المستوفي لما ذكر في نص المادة 06 صحيحا، ينقصه من الناحية القانونية إلا التسجيل عن طريق القضاء لكي يحتج به، وهذا ما أكده القضاء الذي لم يشترط الشهادة الطبية في حالة إثبات عقد الزواج غير المسجل إنما اكتفى بتحقق ما تطلبه القانون في المادة 06 والمادة 18 من ق أ ج، أي ما جاء في نص المادة 09 و 09 مكرر من ق أ ج.

أما في حالة الزواج الموثق فقد يتصور أن يبرم ضابط الحالة المدنية زواجا دون الاطلاع على الفحص الطبي لأسباب قد ترجع لتقصيره وتهاونه أو لتواطئه مع غيره، ففي هذه الحالة لا يؤثر تخلف الشهادة الطبية على عقد الزواج، إنما ينعقد صحيا مرتبا لجميع آثاره ما دام مستوفي لركنه وشروطه، ولا يمكن اعتباره باطل ولا فاسد، والجزاء الذي يمكن ذكره هنا، خارج عن وصف الزواج، متعلق بوضعية ضباط الحالة المدنية ذلك أن تسجيله لزواج دون شرط الشهادة الطبية عمل يحمله المسؤولية الإدارية[794]، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل قد يقع يساءل مسؤولية جنائية أيضا[795].

794- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 436.

795- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 51.

ثانيا: دور الإرادة في قبول نتائج الفحص الطبي.

إن المادة 07 من ق أ ج جاءت في شكل عام في التشريع الجزائري، لهذا لم تحتوي تنظيم تفصيلي لشرط الشهادة الطبية، حيث أحالت شروط تطبيقها على التنظيم، وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 154-06[796] المؤرخ في ربيع الثاني عام 1427 هـ الموافق ل 11 مايو 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

حيث جاء في شكل 8 مواد، مؤكدا على ضرورة تقديم الشهادة الطبية إلى ضابط الحالة المدنية المكلف بتسجيل عقد الزواج طبقا للمادة 06 منه، كما ألزم ضابط الحالة المدنية أو الموثق إخبار كل من الطرفين بحالة الطرف الأخر الصحية كما هو مبين في الشهادة المسلمة إليه، المادة 1/07، ومع هذا لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق الامتناع عن تسجيل عقد الزواج خلافا لإرادة الأطراف المادة 07/2، حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي: "... لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الطرفين".

من خلال هذا الحكم يلاحظ أن المشرع منع الموثق أو ضابط الحالة المدنية من رفضه تسجيل عقد الزواج في حالة ما كانت نتائج الفحوصات الطبيبة إيجابية بالنسبة لأحد الطرفين أو لكلاهما، وتم قبول الاقتران بالطرف الأخر رغم إصابته بأمراض مثبته في الشهادة الطبية. ومن ثم يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية تسجيل الزواج ما دامت إرادة الأطراف اتجهت إلى الزواج بصرف النظر عن الحالة الصحية لطرفيه بعد العلم بها.

إن هذا الموقف دفع بعض شراح قانون الأسرة الجزائري للقول بأن دور الشهادة الطبية لا يعدو أن يكون وسيلة وقائية لحماية الزوجين والأولاد والمجتمع لا غير، فغرضها يقتصر على التبصير بحالة العاقدين الصحية لا غير، فلا يمكن اعتبارها شرطا لانعقاد الزواج[797]، ولا تأييد

796- المرسوم التنفيذي رقم 154-06، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج ر، ع 31، مؤرخة في 2006/05/14، ص 04.

797- كريمة محروق، محاضرات في فقه النوازل في الأحوال الشخصية، ص 21.

لمن ذهب لهذا القول، ذلك أن الشهادة شرط لانعقاد الزواج حتى ولو لم يتم يذكرها في المادة 09 مكرر، وهذا طبقا للمادة 07 مكرر من ق أ ج، والمادة 72 من قانون الصحة، غاية ما في الأمر أنها لم تلقى الحماية القانونية الكاملة من المشرع الجزائري، شأنها في ذلك شأن الولاية والشاهدان. وفي هذا الموقف موافقة واضحة وجلية للعولمة القانونية التي تحرر عقد الزواج من أي إجراء شكلي قد يعيق الرضا في الزواج[798].

هكذا يكون قد انتهى الحديث عن موقف قانون الأسرة الجزائري الموافق للعولمة القانونية في انعقاد الزواج، والمبحث التالي يعالج موقف قانون الأسرة الجزائري المعارض للعولمة القانونية في انعقاد الزواج.

798- كيفاجي الضيف، الحماية الدولية للأسرة، ص 376.

المبحث الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في انعقاد الزواج.

إن موافقة قانون الأسرة الجزائري لعولمة القانون، من الأمور العارضة في التشريع الجزائري، ذلك أن مرجعية الدولة حكومة وشعبا شرعية بالدرجة الأولى، فلا يمكن أن يتبنى قانون الأسرة الجزائري أحكام عولمة القانون في مجال الأسرة برمتها، فإذا كانت المعاهدات قُد أثرت في النظام القانوني لانعقاد الزواج بقدر كاف، إلا أن المشرع قد بقي محافظا على الفقه الإسلامي كمصدر مادي في بعض الثوابت الخاصة بانعقاد الزواج، وهذا ما يظهر من تنظيمه للخطبة التي لم تلقى اهتماما من قبل المعاهدات الدولية، كما أنه نص على الركن البيولوجي في عقد الزواج، المادة 04 من ق أ ج، غير موافق على فكرة الزواج المثلي في التشريع الجزائري، كما أنه أعطى ما تبقى من شروط الزواج الشرعية التي لم يتم تناولها في المبحث السابق –شرط الموانع الشرعية وشرط الصداق– حماية قانونية، وإن كانت كاملة فيما يخص الموانع الشرعية، إلا أنها غير كاملة فيما يخص شرط الصداق.

وعليه سيتم تناول النظم التالية: الخطبة في الزواج، الركن البيولوجي للزواج، الحماية القانونية لشروط الزواج؛ موزعة على ثلاثة مطالب بوصفها مظاهر من مظاهر عدم تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون.

المطلب الأول: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال أحكام الخطبة.

المطلب الثاني: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال ركن الزواج البيولوجي.

المطلب الثالث: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض شروط الزواج.

المطلب الأول: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال أحكام الخطبة.

اقتبس المشرع الجزائري أحكام الخطبة بوصفها نظاما شرعيا أصيلا ألف الشعب الجزائري على إتباعه منذ القدم باعتباره أحد الإجراءات السابقة لعقد الزواج، وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية سيداو أشارت للخطبة، لكن بوصف عارض دون أن تخصها بأحكام موضوعه لتنظيمه[799]، ومع هذا حاول المشرع الجزائري جاهدا تفعيل مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في أحكام الخطبة، المطلب الذي لا يرى الفقه الإسلامي فيه بدعة إنما هو من الأمور المرغوبة شرعا حيث يمكن معاملة الرجل والمرأة نفس المعاملة في أحكام الخطبة دون أن يختل نظام الزواج والمجتمع.

تثير الخطبة جملة من المسائل تتمثل في: مفهومها وما يتضمنه من تعريف دقيق لها وشروط وأنواع، طبيعتها القانونية، وأخيرا جواز العدول عنها وأثر ذلك، وعليه قسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة يتناول الأول: مفهوم الخطبة، الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة، الثالث: جواز العدول عن الخطبة وأثر ذلك.

الفرع الأول: مفهوم الخطبة في الزواج.

لم يعرف المشرع الجزائري الخطبة ولم ينص على شروطها ولا على أنواعها، فمن ثم وجب الرجوع في هذا لأحكام الفقه الإسلامي، لكونه المصدر المادي لأحكامها، ولكونه مصدر رسمي احتياطي بموجب المادة 222 ن ق أ ج،

أولا: تعريف الخطبة.

تعددت تعريفات الخطبة وتنوعت من حيث ألفاظها لا من حيث معانيها، فتجد من يعرفها على أنها: "الخطبة بكسر الخاء هي التماس الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية" حيث تتم عن طريق تقدم الرجل للمرأة بطريق مباشر أو عن طريق أهلها أو عن طريق وكيل

799- استعملت اتفاقية سيداو مصطلح الخطبة في نص المادة 2/16 حيث جاءت تنص على ما يلي: "لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ...."

يبعث به للتفاهم والتفاوض في أمر عقد الزواج ومتعلقاته[800]، أو هي: "إظهار الرغبة بامرأة معينة، وإعلام المرأة ووليها بذلك، وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله"[801].

من خلال هذه التعريفات يلاحظ أن الخطبة ليست زواجا، إنما هي مجرد مقدمة من مقدماته. فإذا كان المعروف أن كل عقد من العقود تسبقه مقدمات، فالزواج أولى العقود بأن تكون له مقدمات تحظى بالعناية والتنظيم، وتبدأ هذه العناية من حيث تسمية مقدمات الزواج –دون مقدمات العقود الأخرى– بالخطبة في لسان الشرع[802] والقوانين الوضعية.

من هنا يتضح مقصد تشريع الخطبة فهي فترة لتعرف كل من الخاطبين على بعضيهما، حيث تمثل السبيل الأمثل لدراسة أخلاق وطبائع وميولات الطرفين، بالقدر المسموح به شرعا[803]، فلا يباح للخطبين التعامل على إنهما زوجان ومن ثم لا تجيز الاتصال الجنسي بينهما، فتبقى المرأة أجنبية عن الرجل ولا يجوز له الاختلاء بها، ومع هذا يسمح له النظر إليها في حدود ما ينظر إليه عادة مرارا[804].

في مرحلة الخطبة وقبل الزواج، تثار مشكلة الاختلاط الجنسي بين الخطبين الذي يترتب عنه حمل[805]، بالرجوع للفقه الإسلامي من هذه المسألة، وإن كان من الثابت أن الاختلاط الجنسي ممنوع بين الخطبين، إلا أن حكم إلحاق نسب الولد لأبيه يتغير عند بعض الفقهاء، فجمهورهم ذهبوا إلى أن النسب لا يلحق في هذه المرحلة، أما عند البعض فجائز إلحاقه في

800– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 113.

801– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 10.

802– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 26.

803– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 10.

804– محمد أبن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص ج 12، ص 20.

805– تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، ص 94،

مرحلة الخطبة مع اختلاف بينهم، فمنهم من قال بجواز إلحاق نسب الولد مطلقا، ومنهم من قال بإلحاقه في مرحلة الخطبة بشرط إتمام الزواج[806].

وقانون الأسرة الجزائري نحى نحو جمهور الفقهاء، إذ لم يعترف بالنسب الناتج في فترة الخطبة، حيث حددت المادة 40 من ق ا ج طرق ثبوت النسب، ولم تتضمن الخطبة كسبب مثبت له، ولقد أكد القضاء عدم صلاحية الخطبة أو الدخول في الخطبة كسبب من أسباب ثبوت النسب[807]، على عكس مدونة الأسرة المغربية التي أجازت ثبوت النسب في مرحلة الخطبة بالشروط التالية:

- ✓ اشتهار الخطبة بين أسر الخطبين وموافقة الولي،
- ✓ أن يتبين الحمل أثناء مرحلة الخطبة،
- ✓ إقرار الخطبين أن الحمل منهما[808]، وحقيقة هذا الشرط يمكن حصرها في جانب الرجل دون المرأة، فهو الذي يقر أنه هو من كان سبب في عملية الحمل.

ثانيا: أنواع الخطبة.

يمكن التفرقة بين أربعة أنواع من الخطبة، نوعان منهما يشكلان تقسيما تبعا لزاوية معينة، ونوعان جاءا نتيجة تقسيمها تبعا لزاوية أخرى. فمن حيث تمام الخطبة أو نقصانها، تنقسم إلى خطبة تامة وخطبة غير تامة، فالتامة هي ما تقابل فيها طلب مريد الزواج بالقبول سواء من المرأة ذاتها أو من ذويها، أما غير التامة فهي الخطبة في المرحلة التي تترد فيها المرأة بين القبول أو الرفض، أو هي التي تلاقى بالإعراض من قبل المرأة أو أهلها[809].

806- بلعرج محمد أمين، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2 محمد بن احمد كلية الحقوق والعلوم السياسية، م 10، ع 01، ص ص 20-24، 2020، ص 06.

807- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها...، ص 142-143.

808- بلعرج محمد أمين، المرجع السابق، ص 13.

809- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 303.

أما من حيث ألفاظها وعباراتها. فتنقسم الخطبة إلى خطبة بالتعريض وخطبة بالتصريح، فالأولى هي إبداء الرغبة في المرأة على وجه صريح بالعبارات التي تفيد ذلك، كأن يقول الخاطب: أريد الزواج من فلانة، أما الثانية هي إبداء الرغبة في المرأة عن طريق ضمني كأن يقول لها أنت جديرة بالزواج، أو يسعد بك صاحب الحظ، أو أبحث عن فلانة مثلك[810]، فالخطبة تعريضا تستفاد عن طريق الاستنتاج، ذلك أنها تحتاج نوعا من الذكاء لكي تتعرف المرأة أو أهلها عن مقصد الرجل في الارتباط.

لا تقتصر أهميته البحث في أنواع الخطبة على الناحية النظرية والمعرفية فقط، إنما له بالغ الأهمية في تبيان أحكامها، فكما تشترك الخطبة في أحكام عامة تسري على جميع أنواعها، ينفرد كل نوع منها بحكم خاص، وفي الصفحات التالية من هذا المطلب سيتم التعرف على ثمرة تقسيمها على تبيان أحكمها.

ثالثا: شروط الخطبة.

ذهب البعض في تصنيف شروط الخطبة إلى تقسيمها إلى شروط مستحسنة وأخرى واجبة[811]، وهذا التقسيم من الناحية العلمية غير صحيح، ذلك أن للشرط مفهوم محدد لا يمكن وصفه بالندب، وإن وُصف بالندب وكان وصفا صحيحا، انقلبت ماهيته من حكم شرعي وضعي إلى حكم شرعي تكليفي. وعليه يمكن القول بأن للخطبة شروطا لازمة يؤثر تخلفها على قيامها صحيحة، ومتطلبات أخرى تكون من قبيل المندوبات أو المستحبات شرعا.

ويشترط في المخطوبة أن تكون صالحة للزواج، وأن لا تكون مخطوبة للغير[812]، وحقيقة الشرط الأول استنتاجه عن طريق القياس، فالأصل عدم جواز نكاح من قام بها مانع من موانع الزواج، والفرع عدم جواز خطبتها متى كان المانع قائما، وينتفي تحقق هذا الشرط مطلقا في نطاق الموانع المؤبدة، التي تمنع الرجل الزواج بغيره من النساء مهما طال الزمن، فلا يثير هذا

810- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 10.

811- نسرين ريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 13.

812- بلحاج العربي، احكام الزوجية وآثارها...، ص 125.

النوع أي إشكال يذكر، على عكس الموانع المؤقتة التي تزول بفعل الزمن أو بفعل تحقق بعض الوقائع، حيث يثير هذا النوع الكثير من الإشكالات، خاصة مانع العدة منها، فقد يخطب الرجل المرأة في مرحلة العدة، لكن يتربص لحين انقضائها ليتمم إجراءات الزواج، في هذه الحالة يثور التساؤل حول وصف الزواج بين الصحة والبطلان.

تظهر ثمرة تقسيم الخطبة إلى الخطبة بالتصريح والخطبة بالتعريض عند الحديث عن خطبة المعتدة، فلقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على منع خطبة المعتدة من طلاق رجعي سواء بطريق التصريح أو بطريق التعريض، كما اتفقوا أيضا على جواز خطبة المعتدة من وفاة تعريضا لا تصريحا[813]، واختلفوا في ما وراء ذلك–أي خطبة المعتدة من طلاق بائن– فذهب الحنفية لعدم جواز خطبة المعتدة من طلاق بائن مطلقا، أما الجمهور فذهبوا إلى جواز هذه الخطبة تعريضا لا صريحا قياسا على خطبة المعتدة من وفاة، وعلى هذا إذا تمت الخطبة غير مشروعة وتم العقد بعد انقضاء العدة، فعند الجمهور يعد زواجا صحيحا، أما عند المالكية فهو زواج غير صحيح استنادا للمعاملة بنقيض المقصود[814].

أما الشرط الثاني فيجد أساسه الشرعي في قوله صلى الله عليه وسلم: "ولا يبيع الرجل على بيع أخيه. ولا يخطب على خطبة أخيه"[815]، فطبقا لهذا الحديث تمنع الخطبة على الخطبة صونا لحق الخاطب الأول، وعلى هذا يتولد عن هذا الشرط فروع متمثلة في حدود المنع، فهل يسري المنع في حالة الخطبة التامة دون الناقصة، أم يسري على نوعا الخطبة التامة والناقصة، في هذه الحالة أختلف الفقهاء على قسمين، الغالبية منهم ذهبوا لجواز الخطبة على الخطبة متى

813– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 29.30.

814– نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 15.

815– أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيخ، حتى يأذن له أو يترك، حديث رقم 2139، ص 513.

كانت الخطبة ناقصة مترددة بين القبول والرفض، في حين ذهب الفريق الثاني وهو ما ينسب للشافعية لمنع الخطبة حتى في هذه الحالة[816].

ولا يشترط في الخطبة سنا محددة، فيكفي تحقق سن الزواج – سن 19 سنة، مادة 07 من ق أ ج– لحظة العقد، ومن ثم يجوز لمن لم يبلغ 19 سنة الخطبة، ويكفي أن يبلغها يوم عقد الزواج.

أما عن مندوبات الخطبة، فيستحب أن تكون المخطوبة ودودا ولودا، وأن لا تكون قريبة، ومسألة كونها ليست قريبة لا تطرح إشكال يذكر، على عكس كونها ولودا، فالمرأة تكون إما متزوجة من قبل أو لا، فإذا كانت متزوجة عرف أمرها، أما إذا لم تكن متزوجة من قبل، وجب النظر إلى قريباتها من العصبات وذوي الأرحام لكي يتبين أمرها، لأن العقم يتوارث بين النساء، ومن ثم يستحب للرجل أن يختار المرأة التي عرفت قريباتها بكثرة الولادة[817].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة.

طبقا لنصوص ق أ ج يمكن التفرقة في الطبيعة القانونية للخطبة بين الخطبة المجردة، المادة 05 من ق أ ج، والخطبة المقترنة بالفاتحة المادة 06 من ق أ ج، ويقصد بالأولى الخطبة حسب التعريف السابق التي لا تعدو أن تكون مجرد إبداء للرغبة في الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية، أما الثانية فهي التي اجتمعت فيها جميع أركان وشروط الزواج طبقا المادة 09 و09 مكرر من ق أ ج، ولقد تم التطرق للنوع الثاني الذي يعد في حققته زواجا لا خطبة[818]، حيث تمتزج فيه حقيقتها وتذوب مع عقد الزواج، وعليه سيتم الحديث في هذا الفرع عن المعنى الحقيقي للخطبة وهي الخطبة المجردة.

تنص المادة 05 من ق أ ج على ما يلي:

" الخطبة وعد بالزواج. يجوز الطرفين العدول عن الخطبة...."

816– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 130.

817– محمد أبن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 12، ص 16.

818– راجع، ص 170.

من خلال صريح هذه المادة يلاحظ أن الخطبة وعد بالزواج، ومصطلح "وعد" يستدعي التوقف عنده، فهذا الأخير من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد، من العقود الملزمة التمهيدية لإتمام العقد النهائي[819]، وفي ذلك تنص المادة 72 من ق م ج[820] على أنه: "إذا وعد الشخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما تعلق بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

إن وصف الخطبة بكونها "وعد بالزواج" يبدو لأول وهلة أنها من الأمور الملزمة، فيجب على الخطبين إتمام الزواج، وإلا تحرك عنصر المسؤولية على المخطأ منهما، غير أن قانون الأسرة الجزائري خالف هذا الحكم، فبعد صبغ الخطبة بصبغة "الوعد" أعطى لكل من الخطبين حق العدول عنها. وبهذا يكون المشرع قد وقع في عيب التعارض بين النصوص القانونية بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري[821]، فكان الأجدر به في قانون الأسرة –لكون القانون المدني سابق الصدور– تجنب استعمال مصطلح "وعد" واستبداله بأي مصطلح أخر يفيد مقصده.

عند محاولة الترجيح بين كون الخطبة "وعد" على أساس أن الوعد ملزم، وكون العدول عنها أمر جوازي، ترجح الكفة الثانية، ومن ثم يجوز لكل من الخطبين العدول عن الخطبة، وإذا قيل بإلزام إتمام الزواج، فهذا فيه إهدار لمقصد تشريع الخطبة، كما فيه اعتداء على عنصر التراضي في الزواج، فالنتيجة المتوصل إليها: أنه إذا كان قانون الأسرة خالف القانون المدني من حيث الصياغة القانونية واستعماله لمصطلحات علمية في غير محلها، إلا أنه حقق الانسجام بين نصوص قانون الأسرة –المادة 06 والمادة 09 والمادة 1/33– موافقا للفقه الإسلامي في

819– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 01، ص 138.

820– الأمر 75–58 يتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990. المعدل والمتمم القانون 07–05 يعدل ويتمم الأمر 75–58، ج ر، ع 31، مؤرخة في 13 مايو 2007، ص 03.

821– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 31.

طبيعة الخطبة القانونية، ذلك أن الثابت فقها جواز العدول عن الخطبة في أي مرحلة وصلت لها، ما لم يلحقها زواج تام.

تجدر الإشارة هاهنا إلى أن المشرع الجزائري أعطى للرجل والمرأة حق العدول عن الخطبة بالتساوي بينهما، وهذا الحكم من شانه إرضاء دعاة عولمة أحكام الأسرة، سواء تلك المنظمات الدولية أو المنظمات الداخلية الوفية لها.

الفرع الثالث: آثار العدول عن الخطبة.

بما أن الخطبة وعد بالزواج يجوز لكل من الخطيبين العدول عنها، وإذا حصل وتم عدول، ترتب جملة من الآثار القانونية متمثلة في رد الهدايا أولا، التعويض عن الضرر ثانيا، رد الصداق ثالثا.

أولا: رد الهدايا.

كثيرا ما يتبادل الخطيبان الهدايا، فقد يبادر بها الرجل إظهارا منه بقدراته على تلبية حاجيات الزوجية المستقبلية، كما قد تكون من المرأة تعبيرا منها على إعجابها بزوجها المستقبلي، كما قد تصدر عن أهل أحدهما إعرابا منهم في ارتضائها أو ارتضائه زوجا لقريبه، ففي المجتمع الجزائري كثيرا ما تهدي أم الرجل أغلى ما تملك من ذهب أو مجوهرات أو ألبسة لخطيبة ابنها.

لا يثار أي إشكال بشأن الهدايا في حال تمام مشروع الزواج، على خلاف عدم تمامه حيث يطرح التساؤل حول مصيرها فهل ترد أن تبقى من حق من أعطيت له؟

لقد فصل المشرع في هذا الإشكال من خلال نص المادة 3/5و4 التي تنص على أنه:

"... لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

أول ملاحظة شكلية يمكن تسجيلها هي أن الفقرة 3 وُضعت لمعالجة العدول الصادر من الرجل، والفقرة 4 للعدول الصادر من المرأة، ومع هذا فالحكم واحد، فلا يتغير بتغير الطرف

العادل، إذن فلا مبرر لتعدد الفقرات ما دام الأمر هكذا، فكان الأجدر بالمشرع تركيز حكم الهدايا في فقرة واحدة تعني بتنظيم مصيرها في حال العدول.

وعلى هذا لم تتحد كلمة شراح قانون الأسرة الجزائري بشان موقف المشرع من الهدايا، فهناك من ذهب إلى أنه كان مالكيا في هذا الشأن متبنيا معيار الطرف العادل، فهذا الأخير يقضي برد الهدايا القائمة بعينها متى كانت قائمة، أو يرد قيمتها إذا ما استهلكت أو تلفت، ذلك أن الفقهاء من المالكية قرروا أن الطرف العادل يرد ما أهداه سواء كانت قائمة أم مستهلكة ولا يسترد ما أهداه[822]، مخالفا لكل من الفقه الحنفي الذي يرى أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، والرجوع في الهبة عندهم جائز إلا لمانع من موانع الرجوع فيها؛ والشافعي الذي يقضي برد الهدايا مطلقا سواء قائمة فترد بذاتها، أو استهلكت فترد قيمتها[823]؛ والحنبلي الذي يقرر أن الهدايا تنزل منزلة الهبة شأنهم في ذلك شأن الحنفية[824]، مع الاحتراز أن موانع الرجوع في الهبة عندهم تختلف عن موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية.

أما البعض الأخر من شراح قانون الأسرة الجزائري فإلى جانب اعترافهم بمعيار الطرف العادل الذي أخذه به المشرع الجزائري قطعا، فرقوا بين الهدايا القائمة والهدايا المستهلكة، ومثال القائمة "طاقم من الذهب" ومثال المستهلكة "الحلوى أو قارورة من العطر"، فحكم الأولى أن ترد بعينها أو بقيمتها من قبل الطرف العادل، في حين أن حكم الثانية عدم الرد مطلقا[825]، وطبقا لهذا الرأي يكون المشرع الجزائري قد بدأ مالكيا حين اختار معيار الطرف العادل بشأن رد الهدايا القائمة، ثم انقلب حنفيا حين قرر عدم إرجاع الهدايا المستهلكة، ذلك أن الاستهلاك من موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية، وهذا غير مستحسن لأن الرأي المالكي وجيه لا يحمل

822- بلحاج العربي، أحكام الزوجية آثارها...، ص 167-162.سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 33.

823- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 39-40.

824- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 306.

825- أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 27-28.

الطرف العادل أي مسؤولية تذكر، فمن كان المعدول ضده من حقه أن يرجع إليه ما بذله في شأن هذه الخطبة[826].

عند محاولة الترجيح بين الرأيين يلاحظ أن الرأي الثاني أقرب للصحة، ويمكن تبرير موقف المشرع الجزائري بعدم إلزام الطرف العادل برد الهدايا المستهلكة لا لكونه إجحاف في حق المعدول ضده، بل لأنها تبلغ حدا من التفاهة تنسى ولا تذكر أمام انهيار مشروع الزواج.

في أخر هذه النقطة يمكن تسجيل جملة من الملاحظات حول التنظيم القانوني لمصير الهدايا في حال العدول عن الخطبة:

- ✓ **الملاحظة الأولى:** إغفال المشرع الجزائري المتسبب في الضرر، ذلك أن الطرف العادل قد يكون ضحية تلاعب ومراوغة الطرف الأخر الذي يدفعه بأساليب غير مشروعة أو مشروعة لأن يعدل عن الخطبة[827].
- ✓ **ملاحظة الثانية:** إغفال المشرع الجزائري النص على أن الرد يكون بمقدار قيمة الهدية يوم القبض لا يوم الرد[828]، فكثيرا من الهدايا تنزل قيمتها أو تزيد من يوم قبضها إلى يوم ردها كخاتم من ذهب، ففي الأحوال العادية التي يكون فيه سوق الذهب مستقر، تنقص قيمته بسبب خروجه من محل الصائغ، أما في الحالات الأخرى فقد تزيد قيمته نظرا لتقلب أسعار سوق الذهب.
- ✓ **الملاحظة الثالثة:** إغفال المشرع الجزائري حالة كون العدول عن الخطبة كان بالاتفاق بين الطرفين[829].
- ✓ **الملاحظة الرابعة:** إغفال المشرع الجزائري الهدايا التي قدمت من طرف أهالي الخطيبين.

826- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 42.

827- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 307.

828- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 162.

829- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 45.

وهذه الملاحظات تشكل نقائص اعترت قانون الأسرة الجزائري في مسألة جزئية وجب على المشرع تداركه في حالة تعديل قانون الأسرة للمرة الثالثة.

ثانيا: التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة.

تنص المادة 2/5 من ق أ ج على ما يلي: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض."

قبل الحديث عن فحوى هذه المادة يجب الإشارة أولا إلى أن العدول عن الخطبة في ق أج حق، واستعمال الحق طبقا للأصل العام لا يرتب أي مسؤولية تجاه صاحبه، فمن يعدل عن الخطبة أنما هو يستعمل حقه القانوني، ومن ثم لا يمكن مطالبته بأي تعويض يذكر حتى وإن ترتب ضرر للطرف الأخر، وفي هذا نص المادة 1/5 التي أجازت لكل من الطرفين العدول عن الخطبة.

ومع هذا قد يحيط بالعدول عن الخطبة ملابسات وظروف طارئة لزمن العدول ينتج عنها ضرر، فيستحق الطرف المتضرر تعويضا بسبب هذه الأخيرة لا بسبب استعمال حق العدول، ومن أمثلة الأضرار المحيطة بالعدول عن الخطبة: تكليف الخاطب لنفسه إعداد مسكن للزوجية المرتقبة، ثم تقابله المخطوبة بالعدول لا لسبب جدي، أو اشتراط الخاطب من الخطيبة ترك الدراسة أو ترك عملها، أو إعداد جهاز وباهظ الثمن، أو تفويت فرصة زواج المخطوبة جراء إطالة أمد الخطبة، اشتهار فلان بارتباطه بفلانة في مدة طويلة من الزمن...[830].

فمجمل هذه الأضرار منها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي، والمادة 2/5 من ق أ ج السابقة الذكر، لم تفرق بين نوعا الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، حيث أعطت للطرف المتضرر سواء كان الضرر ماديا أو معنويا الحق في التعويض، فيكفي تحقق الضرر أي كان نوعه ليكون الأمر جوازي بالنسبة للقاضي يحكم به متى تحققت شروطه.

830- نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 19.

هذا ويطرح التساؤل حول الأساس الذي يقوم عليه التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة، فكثير من شراح قانون الأسرة الجزائري استندوا على نص المادة 124 مكرر[831] من ق م ج التي نظمت نظرية التعسف في استعمال الحق[832]، وهذا الأساس إن كان مقبولا من الناحية العملية، إلا أن أليق منه الاستناد على قاعدة "لا ضرر ولا ضرر" المعروفة فقها، طبقا للمادة 222 من ق أ ج، لوقوف هذه المادة كمانع يحول دون تفسير مواد قانون الأسرة الجزائري بمواد القانون المدني الجزائري.

ثالثا: مصير المهر في حال العدول عن الخطبة.

في حالات غير قليلة يقدم الزوج مقدم الصداق في مرحلة الخطبة وقبل تمام الزواج تبعا لاتفاق الطرفين أو لعرف بين الناس، ولم يواجه المشرع الجزائري مصير الصداق في حال العدول عن الخطبة، ومن ثم يرجع في هذا الشأن لأحكام الفقه الإسلامي، وإذا كان المهر عند جمهور الفقهاء حكم من أحكام الزواج، أما من وجهة نظر المالكية فهو شرط من شروطه، وسواء كان أثرا أو شرطا، فالصداق يرجع للخاطب سواء كان العدول منه أو منها، وسواء كان قائم أو استهلك[833].

وتبقى مسألة الإثبات فقط، والخطبة وتقديم الصداق من قبيل الوقائع القانونية لا التصرفات القانونية التي يفتح فيها مجال الإثبات بأي دليل يصلح لذلك، من ذلك القرائن شهادة الشهود، الكتابة، الإقرار...

831- تتنص المادة 124 من ق م ج على أنه:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطا لا سما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

832- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 169.

833- هنان مليكة، المرجع السابق، ص 17-18.

هكذا يكون المشرع الجزائري قد أقتبس نظام الخطبة من الفقه الإسلامي ونظم أحكامها بما يتوافق معه، وفي المقابل حاول جاهدا تفعيل المساواة بين الرجل والمرأة في هذه المرحلة، وهو ما من شأنه تنفيذ التزاماته الدولية المنادية بالمساواة بين الرجل والمرأة في أحكام الأسرة.

المطلب الثاني: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال ركن الزواج البيولوجي.

من أوجه معارضة قانون الأسرة الجزائري لعولمة القانون وتشريعات الدول الغربية في أخر تعديلاتها، نصه على ضرورة ما أصطلح عليه "الركن البيولوجي للزواج"، الذي يقصد به اختلاف أو تباين جنس أطراف الزواج، فعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري لا يكون إلا بين رجل وامرأة، وفي هذا موافقة لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، وإن كان يبدو أن هذا الركن لا يثير أي إشكال يذكر في حالة الشخص العادي، إلا أنه يثير بعض الإشكاليات الناتجة عن الطبيعة الخلقية لفئة معينة في المجتمع، والناتجة عن التطور العلمي الذي عرفه العالم اليوم التي تستعدي التطرق إليها وفك ألغازها، وعليه قسم هذا المطلب لفرعين يتناول الفرع الأول حالات تحقق شرط الاختلاف الجنس في التشريع الجزائري، والفرع الثاني حالات عدم تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: حالات تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري.

الفرع الثاني: حالات عدم تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: حالات تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري.

الإنسان السليم الخلقة والتكوين يكون إما ذكرا خالصا أو أنثى خالصة، ولكل منهما مميزات ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، وجاء الطب الحديث وفصل فيها القول تفصيلا، وعليه فضابط التمييز بين الرجل والمرأة من الناحية البيولوجية يبحث فيه من زاوية شرعية وأخرى طبية.

أما من الناحية الشرعية فالذكر يعرف بما يلي:

- ✓البول من الذكر،

- ✓خروج اللحية،
- ✓الإمناء بالذكر،
- ✓قدرته على وطء المرأة،

أما العلامات الخاصة بجنس الإناث فهي:

- ✓البول من الفرج،
- ✓ظهور الثدي وخروج الحليب منه،
- ✓الحيض،
- ✓الحبل والولادة[834].

أما ضابط التمييز بين جنس الذكور والإناث عند الأطباء فتتمثل في:

- ✓الصبغيات: حيث يحمل الذكر صبغي (xy) بينما الأنثى تحمل صبغي (xx)
- ✓الغدد: فنوع الغدة عند جنس الذكور يتمثل في الخصية، بينما عند الأنثى فتتمثل في المبيض، ويتبين أمر الغدة ونوعها عند الجنين في الأسبوع السادس من الحمل.
- ✓الأعضاء التناسلية: تتشكل الأعضاء الذكرية التناسلية الباطنية من الحبل المنوي والحويصلة المنوية والبروستاتا وغدد كوبر، أما الأعضاء الأنثوية التناسلية الباطنية عند الأنثى فتتشكل من المبيضان والرحم وقناتي الرحم والمهبل[835].

فالذكر بهذا المعنى يجوز له الزواج من أنثى بالمعنى السابق في جميع الشرائع والديانات الديانة، وجميع المجتمعات وفي جميع القوانين الوضعية، ولا يمكن لأي شريعة أو قانون منع هذا الزواج الذي يعد سنة، به يتم الحفاظ على النوع الإنساني من الفناء، وهو الأصل في تصريف الإنسان لرغباته الجنسية والعاطفية.

834- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 99.

835- نفس المرجع، ص 99-100.

والمشرع الجزائري سكت عن شرط أو ركن اختلاف الجنس في عقد الزواج ولم يشر إليه صراحة سواء في المادة 09 أو المادة 09 مكرر، ولا يعد عدم النص عليه صراحة قصور أو نقص لأنه من البديهي في المجتمع الجزائري أن يكون أطراف الزواج مختلفان من حيث الجنس، ومع هذا أكد المشرع الجزائري على هذا الركن من خلال ما يمكن استنتاجه من نص المادة 04 من ق أ ج، التي عرفت الزواج وحددت أطرافه برجل وامرأة[836].

وجنس الشخص في التشريع الجزائري يثبت من خلال وثائق الحالة المدنية، وعلى وجه التحديد عن طريق عقد الميلاد، الذي يحتوي بيانات كثيرة منها جنس المولود، فالذكر أو الأنثى تحدد حالته هذه من لحظة ولادته وتستمر معه إلى غاية وفاته، ولقد تم معرفة فيما سبق أن كل مقبل على الزواج يجب أن يقدم جملة من الوثائق اشترطتها ق ح م ج بموجب المادة 74 منه، من بينها عقد ميلاد الذي يتبين من ما يحتويه من بيانات جنس طالب الزواج[837].

قد تكون هناك ثمة أغلاط في تحديد جنس المولد، فقد يولد ذكرا ويتم تسجيله أنثى سهوا أو عمدا والعكس، وفي هذه الحالة لا يتعد بما هو مسجل إنما يعتد بالوضع الفعلي للشخص، لذلك أجاز ق ح م ج، تصحيح ما شاب عقود الميلاد من أغلاط عن طريق دعوى "تصحيح الحالة المدنية"، المادة 51 من ق ح م ج[838].

ومسألة إمكانية وجود أغلاط في عقود الحال المدنية مسألة تلقي على كاهل الموظف المؤهل بتثبيت الزواج –ضابط الحالة المدنية، أو الموثق، أو حتى القاضي– التأكد من حالة الشخص الفعلية بالقدر المسموح به شرعا، وعدم اكتفائه بما هو مسجل في عقود الحالة المدنية فقط.

836– تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، م 32، ع 04، ص ص 788–828، 1995، ص 826.

837– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه...، ص 10.

838– تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، ص 825.

ومع هذا قد يحصل ويتم إبرام زواج بين شخصين من نفس الجنس من قبل ضابط الحالة المدنية وهو معتقد نتيجة ما عرض عليه من وثائق أنهما مختلفان في الجنس، ومثل هذا الزواج في التشريع الجزائري منعدم لا تقوم له قائمة لعدم احترامه ركن تبيان الجنس[839].

لم يرى المشرع الجزائري في اختلاف الجنس مجرد ركن للزواج، إنما يرى في المخالطة الجنسية بين شخصين من نفس الجنس جريمة جنائية يستحق مرتكبها العقاب طبقا للمادة 338 من ق ع ج[840] التي تنص على أنه: "كل من أرتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج،...".

هذا، وليس كل الناس على درجة واحدة من حيث السلامة الخلقية والتكوينة، فلم تفرز الطبيعة نوع خالصا من الرجال أو نوع خالصا من النساء فقط، بل تعطي في حالات غير عادية أفرادا يشذون عن التنصيف الثنائي الجنسي، فيكون الشخص ذكرا وأنثى في آن واحد، فيحمل بعض الأعضاء الخاصة بجنس الذكر ويحمل بعض الخصائص الخاصة بجنس الذكور، فيمكن تصنيفه حينئذ ضمن جنس ثالث لا هو بذكر التام، ولا هو بأنثى التامة وهو ما يطلقه عليه الخنثى[841]، الذي يعرف على أنه الآدمي الذي اجتمعت فيه صفات الذكورة وصفات الأنوثة معا أو انعدما –صفات الذكورة وصفات الأنوثة– فيه في آن واحد[842].

وينقسم الخنثى على هذا التحديد إلى غير مشكل ومشكل، فغير المشكل هو من ظهرت فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، فيعلم أنه رجل أو امرأة، فهو في حقيقته رجل زائد الخلقة أو

839– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه...، 11.

840– الأمر 66–156 يتضمن قانون العقوبات، ج ر، ع 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966، ص 702. معدل ومتمم بالقرار المتعلق بالتسجيل في القائمة الوطنية للأشخاص والكيانات الإرهابية، الممضي في 06 فبراير 2022، ج ر، ع 11، مورخة في 27 فبراير 2022، ص 27.

841– محمد اللجمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008، ص 120–121.

842– عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط 05، الجزائر، 2019، ص 186.

امرأة زائدة الخلقة[843]، وينقسم بدوره هو الآخر إلى قسمين، خنثى ذكر وخنثى وأنثى ، ومثال الأول رجل به آلة الرجال ولحية، لكن صوته ناعم ولديه أثداء تشبه لحد ما أثداء النساء، ومثال الثاني امرأة لديها فرج وأثداء لكن صوتها خشن وجسمها صلب قوي يشبه جسم الرجال إلى حد كبير.

وحكم الخنثى غير المشكل الفقه الإسلامي، حكم ما غلب فيه من علامات[844]، ومن ثم يجوز له الزواج لكونه ليس صاحب السبب في حالته هذه وتبقى لديه الحاجة كغيره من بني البشر في تكوين أسرة[845]، لكن يجب أن يتحقق لدى الطرف الأخر العلم النافي لكل لبس عن حالة الخنثى المشكل، كما يجب أن يكون هذا الأخير خال من العيوب والتشوهات، خاصة التناسلية منها، وإلا جاز للطرف المدلس عليه طلب التفريق[846].

فعلى التفصيل يجوز للخنثى الذكر الزواج بأنثى خالصة، كما يجوز للخنثى الأنثى الزواج مع رجل خالص، كما يجوز للخنثى الذكر الزواج بالخنثى الأنثى، وهذا كله بقيد حسن النية، فيفترض في الخنثى غير المشكل المقبل على الزواج تبصير الطرف الأخر بحالته الخلقية، كما للطرف الأخر التحري عما يمكنه التحري عنه فيما يخص حالة الزوج المستقبلي. ومن ثم يتحقق شرط اختلاف الجنس في حالة الخنثى الذكر مع الخنثى الأنثى، كما يتحقق أيضا في حالة الخنثى الذكر مع الأنثى التامة، ويتحقق أخيرا في حالة الخنثى الأنثى مع الرجل التام.

ولم يعالج المشرع الجزائري أحكام الخنثى غير المشكل سواء في زواجه أو ميراثه، وإن كان الأولى أن ينص على ميراثه، لأن الخنثى لا يمكن فصله عن أقاربه وذويه، ومن ثم يكون له حق الميراث قطعا، على خلاف أمر الزواج الذي قد لا يتأتى في الزمن الراهن لكثير من الناس

843- الموسوعة الكويتية، ج 20، ص 22.

844- الموسوعة الكويتية، نفس المرجع، ص 22.

845- محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 124.

846- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 209.

المتمتعين بالسلامة الخلقية نظرا لظروف كل شخص على حده، ومن باب أولى ينقص حظ الخنثى في الزواج إن لم يكن شبه منعدم.

كل ما تقدم فيما يخص الخنثى كان بشأن الخنثى غير المشكل. أما المشكل فهو الآدمي الذي لم تتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، أو تعارضت فيه العلامات على وجه لا يمكن معه الجزم بخصوص حالته بين كونه رجل أو امرأة[847]، وهذا القسم ممنوع من الزواج[848] طبقا للأصل العام.

إن حظر زواج الخنثى المشكل يسلم للدخول للفرع الثاني المخصص لمعالجة حالات عدم تحقق شرط اختلاف الجنس.

الفرع الثاني: حالات عدم تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري.

لا يتحقق شرط اختلاف الجنس في الزواج الذي يكون أحد طرفيه خنثى مشكل، ومن ثم إذا كان طرفا في عقد الزواج كان الزواج باطلا فاسدا من الناحية الشرعية، وعلى هذا يتخذ الخنثى المشكل أنواع عديدة ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامي متمثلة أساسا في أربعة:

الأول: شخص لديه آلتان، آلة الذكر وآلة الأنثى معا، ويبول منهما فلا يعلم أمره هل هو ذكر أو أنثى،

الثاني: ليس له لا آلة ذكر ولا آلة أنثى، ولديه مخرج واحد يخرج منه البول والغائط،

الثالث: لديه دبر مستقل، ويطرح البول من غير الذكر ولا الفرج، عن طريق رشحه كالعرق الكثيف،

الرابع: ألا يكون له فرج ولا دبر، إنما يتقيأ ما يتغذى به من أكل وشرب، فيبقى ما أكله وشربه في معدته زمنا حتى يستفيد جسمه مما يحتويه من غذاء ثم يطرح جسمه الزائد عن طريق تقيأه[849].

847- الموسوعة الكويتية، ج 20، ص 22.

848- محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 124.

849- محمد أبن العثيمين، المرجع السابق، ج 11، ص 293.

إن أمر الخنثى المشكل على هذا التحديد، محير لا يتبين فيه هل هو ذكر فيتزوج أنثى أو هي أنثى فتتزوج ذكر، فيمنع عليه الزواج متى بقي على حالته هذه[850]، لأن الزواج من متعلق بالدين، والدين يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق، ولا يأخذه بالحكم الذي تخلله الشك واللبس[851].

وإذا كان التشريع الجزائري لم يضع أحكاما تخص الخنثى، فوجب الرجوع في زواجه لأحكام الشريعة الإسلامية، والسؤال الذي يطرح هاهنا هل يجوز للمخنث أن يصحح جنسه في العصر الذي تقدم فيه الطب وأصبح من الممكن إجراء عمليات جراحية لهذا الغرض؟

اتفق الفقهاء المعاصرين على جواز مثل هذه العمليات، بل وألزمها البعض[852]، لكونها تحقق نوعا من العدالة الاجتماعية لما لها من فائدة متمثلة في القضاء على إشكال الخنثى المشكل بالجراحة، بشرط أن لا تتم إلا بعد الفحوصات الطبية المعمقة، التي بها يتم التعرف على نسبة الصفات الغالبة لدى الشخص بين الذكورة والأنوثة، ليتحدد جنس الشخص بعد العملية تبعا للصفات الغالبة المقررة[853]. لا لرغبة الخنثى ومشاعره وتوجهاته. وتصحيح حالة الخنثى المشكل الخلقية يقضي حتما تصحيح أوراقه الرسمية عن طريق دعوى تصحيح وثائق الحالة المدنية[854].

من الألفاظ المتصلة بالخنثى في الفقه الإسلامي مصطلح المخنث، وهو الشخص الذي يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والحركة ونحو ذلك، وهو على قسمان، الأول من خلق الله، والثاني يحاول التشبه بالنساء عن قصد[855]، فهذا التعريف ركز على الرجال الذين يتشبهون بالنساء دون النساء اللاتي يتشبهن بالرجال، وهذا لا يفيد عدم وجودهن في هذه الحياة، إنما

850- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 208.

851- الموسوعة الكويتية، ج 20، ص 23.

852- محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 11، ص 294.

853- تشوار الجيلالي، الجنس، الزواج والقانون، ص 819.

854- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه...، ص 17.

855- الموسوعة الكويتية، ج 20، ص 22.

هذا التعريف ركز على الغالب، ذلك أن هذا الاختلال الخلقي وإن كان يصيب الرجال والنساء على حد السواء، إلا أن عدد الرجال المصابين به يفوق بكثير عدد النساء المصابات به[856].

فالتخنث كصفة يتصف بها الذكر والأنثى حسب القسم الثاني، تظهر لدى شخص مصاب باضطرابات نفسية داخلية تملي عليه رفض انتمائه لجنسه الواضح المعالم، وتجعله يشعر بانتمائه إلى الجنس الأخر، فيتوهم أنه أنثى في شكل ذكر أو العكس[857]، ومع تقدم الطب وتطوره أصبح هؤلاء الأشخاص يلجئون لإجراء عمليات جراحية، هدفها تغير جنسهم حسب ميولهم النفسي، فهل مثل هذه العمليات مشروعة، وهل إذا تمت يتغير معها جنس الشخص قانونا أم لا، وهل إذا تمت يجوز للشخص الزواج بعدها، وماذا لو كان الشخص متزوجا ثم أقدم عليها؟

يجب الإشارة أولا إلى أن التشريع الجزائري جاء خاليا من النص على حكم عمليات تغيير الجنس رغم أهميتها وخطورتها في آن واحد، ومع هذا يمكن معرفة حكم مثل هذه النوازل في التشريع الجزائري من خلال مقصد المشرع في القواعد العامة في القانون الجنائي والقانون المدني[858]، وفي الفقه الإسلامي لا يوجد نص قطعي الثبوت والدلالة يجيز أو يمنع مثل هذه العمليات.

مما يساهم في معرفة حكم مثل هذه العمليات، معرفة دوافعها وأسبابها الكثيرة والمتعددة، فمنها ما يكون تصحيحا لحالة الشخص غير العادي من حيث تكوينه، أو يكون استجابة لرغبات بسيكولوجية، أو يكون بغرض التهرب من بعض الأحكام القانونية كرجل يغير جنسه للإفلات من أداء واجب الخدمة الوطنية، أو يكون بغرض الحصول على نصيب أكبر في الميراث إذا كان نصيب الذكر في التركة يفوق نصيب الأنثى[859].

856- محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 125.

857- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 101.

858- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه...، ص 32.

859- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 208.

إن الضابط العملي الموضوع لتحديد مدى مشروعية مثل هذه العمليات متمثل في غرضها، فإذا كان علاجيا عدت من قبيل العمليات المشروعة بل ومطلوبة، أما إذا كان غير ذلك عدت أعمالا غير مشروعة ويستحق المساهمون فيها فاعلين ومفعول فيهم العقاب.

عند تطبيق هذا الضابط على الأشخاص السابق ذكرهم، يلاحظ أن الشخص العادي من حيث التكوين البيولوجي، والسليم من الناحية النفسية الذي قد تدفعه أسباب غير صحية لتغير جنسه، لا يجوز له أن يكون محلا لهذه العمليات لانتفاء المرض لديه –أو أضعف من ذلك انتفاء مظنة المرض في جانبه– أما الخنثى غير المشكل فيجوز له أن يلجأ إلى مثل هذه العمليات، ومن باب أولى يجوز للخنثى المشكل لتوفر عنصر المرض ونية العلاج معا، وتبقى حالة الشخص العادي من حيث التكوين البيولوجي الذي يعاني من اضطرابات نفسية وداخليه تجعل صاحبها يشعر بأنه رجل في جسم امرِأة، أو امرأة في جسم رجل.

للإجابة على الحالة الأخيرة يجب أولا البحث في مدى اعتبار مثل هذه الاضطرابات مرضا يحتاج صاحبه إلى علاج، وحتى لو تم الجزم بأنها مرض، وجب تحديد طبيعته والعلاج المناسب له.

بالرجوع لملخصات آراء المجامع الفقهية تجد قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية الحامل لرقم 176 والصادر بتاريخ 1413/03/17 هـ، الذي يستنتج منه أن عمليات تحويل الجنس لا تجوز إلا للضرورة والضرورة التي تجيزها هي اجتماع الأعضاء الذكورة والأنوثة في شخص واحد، ولا تجوز هذه العمليات في حق من اكتملت أعضاء ذكوريته أو أنثويته، وكذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة التابع لرباطة العالم الإسلامي، الذي جاء في إطار الدورة الحادية عشرة للمجمع المنعقدة من يوم الأحد 13رجب 1409 هـ الموافق ل 19 فبراير 1989 إلى يوم الأحد 20 رجب 1409 هـ الموافق ل 26 فبراير 1989 م الذي نظر في موضوع تحول الذكر إلى أنثى أو العكس، حيث أن الذكر الذي اكتملت ذكورته والأنثى

التي اكتملت ذكورتها لا يجو تحوي جنسيهما، وفي المقابل يجوز لمن اجتمعت في أعضائه علامات النساء والرجال فيتحكم إلى الغالب من حاله، ويتم التحويل وفقه[860].

حيث جاء نص قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بما يلي:

"الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير الخلق أجمعين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين.

أما بعد ، فإن مجلس هيئة كبار العلماء في دورته التاسعة والثلاثون المنعقدة في مدينة الطائف في الفترة من1413/2/24هـ إلى 1413/3/18هـ ، اطلع على الاستفتاء الوارد من استشاري طب الأطفال د.إبراهيم سليمان الحفظي المؤرخ في 1412/11/25هـ، المتعلق بطفلة أنثى اتضح بالفحص الطبي عليها أنها تحمل خصائص الذكورة.

ودرس المجلس موضوع تحويل الذكر إلى أنثى والأنثى على ذكر ، واطلع على البحوث المعدة في ذلك كما اطلع على قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي الذي أصدره في دورته الحادية عشر في الموضوع، وبعد البحث والمناقشة والدراسة قرر المجلس ما يلي:

-أولا: لا يجوز تحويل الذكر الذي اكتمل أعضاء ذكورته، والأنثى التي اكتملت أعضاء أنوثتها إلى النوع الآخر ، وأي محاولة لهذا التحويل تعتبر جريمة يستحق فاعلها العقوبة؛ لأنه تغيير لخلق الله، (ص243) وقد حرم سبحانه هذا التغيير بقوله تعالى مخبرا عن قول الشيطان: "ولأمرنهم فليغيرون خلق الله" وقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال:" لعن الله الواشمات والمستوشمات ،والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل" ، ثم قال: ألا لعن الله من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في كتاب الله عز وجل :" وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عن فانتهوا"

860- أحمد زكي، حكم جراحة تغيير الجنس في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية،جامعة عمار ثليجي الأغواط، م 08، ع 02، ص ص 238-250، 2020، ص244-245.

– ثانيا: أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه الغالب من حاله فإن غلبت عليه علامات الذكورة جاز طبيا علاجه بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات، لما في ذلك من المصلحة العظيمة ودرء المفاسد.

ثالثا: يجب على الأطباء بيان النتيجة المتضحة من الفحوص الطيبة لأولياء الطفل ذكرا كان أو أنثى حتى يكونوا على بينة من الواقع.

وبالله التوفيق ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه"[861]

أما نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة التابع لرابطة العالم الإسلامي:

"الحمد لله والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وأله وصحبه.

أما بعد . فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم الأحد 13رجب1409هـ الموافق 19فبراير1989م، غلى يوم الأحد 20 رجب 1409هـ الموافق 26فبراير1989م، قد نظر موضوع تحويل الذكر إلى أنثى وبالعكس ، وبعد البحث والمناقشة بين أعضائه قرر ما يلي: –

أولا:الذكر الذي كملت أعضاء ذكورته والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها لا يجوز تحويل احدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنه تغيير لخلق الله وقد حرم سبحانه هذا التغيير بقوله تعالى مخبرا عن قول الشيطان:" ولأمرنهم فليغيرن خلق الله" النساء 119، فقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود أنه قال :" لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله عز وجل" ثم

861– قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 176 بتاريخ 1413/03/17 هـ، بشأن جراحة تغيير الجنس.

قال: ألا العن من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في كتاب الله تعالى، يعني قوله:" وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" الحشر 7.

-ثانيا: أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه بما يزيل الاشتباه في الأنوثة، سواء كان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات ، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه وليس تغييرا لخلق الله تعالى.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين"[862]

إن المتتبع لما صدر عن هيئة كبار العلماء والمجمع الفقهي الإسلامي بمكة التابع لرابطة العالم الإسلامي، وما جاءا به من أحكام يعرف ببساطة أن عمليات تحويل الجنس بالنسبة للنوع الرابع عمليات غير جائزة شرعا، ذلك أنها ركزت على الأعضاء دون تركيزها على نفسية الشخص، فأجازت مثل هذه العمليات لكل من به اضطراب في خلقته، دون الذي يعاني من اضطرابات في نفسيته، وبطريق أخر يجوز للمخنث الذي يحمل بعض أعضاء الذكورة والأنوثة معا مباشرة عملية التغيير الجنسي، دون غيره من الأشخاص الذي يتمتعون بأعضاء ذكورية كاملة أو أعضاء أنثوية كاملة.

أما بالرجوع للفتاوى الفردية ففي مصر أفتى أحد العلماء بجواز جراحة تغيير الجنس بشرط أن يؤكد الطب أن الشخص فعلا بحاجة لمثل هذه العملية التي لا تعدو أن تكون تجميلية لتتوافق أعضاء الشخص ونفسيته[863].

862- قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة التابع لرابطة العالم الإسلامي رقم السادس في الفترة من يوم 13 رجب 1409 هـ الموافق ل 19 فبراير 1989 م إلى يوم 20 رجب 1409 هـ الموافق ل 1989 م بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس.

863- تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، ص 810.

إن الرأي الأول يبدو منطقي ومقبول ذلك أن إجازة مثل هذه العمليات لأسباب نفسية باطنية يصعب التحقق منها على أرض الواقع، يفتح المجال أمام أصحاب النفوس غير السوية والمريضة مباشرة مثل هذه العمليات، فيختل مع جوازها نظام الحياة وتهدر الكرامة البشرية بدل أن تصان فيصبح جسم الإنسان مرتعا للهو بين أصحابه والأطباء، ناهيك عن خطورة هذه العمليات التي قد تؤدي بصاحبها للهلاك، فالأولى أن كل مصاب بهذه الآفة أو من يدعي أنه مصاب بها، أن يعالج بطرق نفسية حديثة لا عن طريق استئصال أعضائه التناسلية.

أما من جانب الفقه القانون[864] والقضاء، فيستحسن التعريج على أحد موقف المحكمة المصرية باعتبار مصر دولة الإسلامية تشترك مع الجزائر في الكثير من القيم والسلوكيات، حيث حكم القضاء المصري في قضية مشهورة "سالي" سنة 1989، والمتعلقة بطالب جامعي بكلية الطلب بجامعة الأزهر، تأتي بعدما أجري سالي علمية جراحية لأعضائه التناسلية في عام 1988 حينما رفضت الهيئة الإدارية تغيير حالته المدنية بعدما تم طرده من كلية الطب، فرفع دعوى يطالب فيها بتغير أسمه إلى "سالي" بدل أسمه الأصلي "سيد"، وكذا تغير جنسه باستبدال "جنس ذكر" بـ:"جنس أنثى"، فكان الحكم لصالحه ولقي تأيدا من النيابة العامة ودافعت عنه عن طريق ما تم استنتاجه من أراء الأطباء المختصين في ميادين مختلفة بأن سالي كان يعاني حقا من مشاكل داخلية مفروضة من قبل الطبيعة حلها الوحيد تغير جنسه. ولم يفتح القضاء المصري الباب على مصراعيه إنما قيد جراحة تغيير الجنس بقيود أربعة متمثلة في:

- ✓أن لا يكون متزوج من قبل،
- ✓أن يكون عقيما،
- ✓أن يتم إدخال الشخص مركز خاص لأمراض العصبية والنفسية[865].

864- بخصوص الدول الغربية والأوروبية على وجه التحديد منها من بادرت لوضع إطار قانوني يسمح صراحة بمثل هذه العمليات منها القانون السويدي الذي أجازت سنة 1972 للسلطات الإدارية ان ترخص للشخص المصاب باختلال هويته الجنسية بشروط معينة، والقانون الألماني منذ سنة 1980، والقانون الإيطالي سنة 1984، والقانون الهولندي سنة 1984.

865- تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه...، ص 29-30-31.

أما في التشريع الوطني فمن حيث النصوص القانونية، فكما تقدم لا توجد نصوص صريحة في الشأن بخلاف ما هو مقر في القواعد العامة في القانون الجنائي والقانون المدني.

وجنس الشخص وثباته في التشريع الجزائري مسألة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز العبث فيه بالقدر الذي يتغير فيه جنس الذكر من أنثى أو العكس، فمن ناحية قانون العقوبات يمكن معاقبة الطبيب الذي يبرم مثل العمليات لانتفاء الغرض العلاجي، لأنه خرج عن الحدود المرسومة لوظيفته كطبيب ويتعرض للمسؤولية الجنائية العمدية، والأساس القانوني الذي يمكن متابعة الطبيب به مزدوج، الأول متمثل في جريمة الخصاء المادة 274 من ق ع ج، لكون الخصاء ضروري لإجراء مثل هذه العمليات، والخصاء جريمة قد يكون محلها الرجل وهو المألوف، كما قد تكون محلها المرأة عن طريق بتر الأعضاء المسؤولة عن الإنجاب، لكون النص القانوني لم يفرق ما إذا كان الأمر متعلق بالمرأة أو بالرجل، أما الثاني فيتمثل في ما جاء في المادة 264 التي عالجت جريمة الضرب والجرح العمدي التي تنتج بتر أحد الأعضاء بتغيير منظره الخارجي، ولا يجوز للطبيب الذي أجرى مثل هذه العمليات التمسك بالمادة 39 التي عالجت أسباب الإباحة، حتى لو كان الشخص في حالة جد حرجة، وحتى لو قام بهذه العملية برضا المريض نفسه لأن الرضا المجني عليه في القانون الجنائي لا يعفي من قيام الجريمة بجميع أركانها، وفوق مسؤولية الطبيب الجنائية تقوم إلى جانبها مسؤولية مدنية متمثلة في التعويض المالي للمضرور من هذه العملية[866].

إلى هنا يتوصل إلى أن إجراء مثل هذه العمليات داخل التراب الوطني أمر محظور شرعا وقانونا، سواء كان الذي يريد هذه العملية وطنيا أو أجنبيا، ومن المشاكل التي تطرح ها هنا، الوطني الذي يغير جنسه بالخارج، ويرجع لأرض الوطني ثم يطالب بتصحيح حالته، هل يستجاب لهذا الطلب، ومن ثم هل يجوز له الزواج، وما مصير زواجه إذا كان متزوجا من قبل؟

866- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه...، ص 32-33-34.

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تتمثل في حكم إجراء مثل هذه العمليات في التشريع الجزائري، فإذا كان المنع، تكون الإجابة أنه لا يجوز تصحيح وثائق الحالة المدنية بعدها، حتى لو أصبح مظهر الشخص الظاهري عكس ما هو مثبت في وثائق الحالة المدنية، وهذا ما حكمت به المحكمة العليا في أحد قراراتها الحديثة، جاء بالمبدأ التالي: "يتعارض السند الأجنبي المراد إمهاره بالصيغة التنفيذية والقاضي بتغيير طبيعة الجنس من ذكر لأنثى مع النظام العام والآداب العامة وأحكام الشريعة الإسلامية"[867].

فواضح من المبدأ أعلاه أن حيثيات القرار تدور حول شخص قام بتغيير جنسه وقام بتصحيح جنسه خارج الجزائر، ثم حاول إمهاره بالصيغة التنفيذية أمام القضاء الوطني، الذي أتخذ موقفا منطقيا ومقبولا قانونا وشرعا وعرفا، والمتمثل في الامتناع عن إمهاره بالصيغة التنفيذية لتعارضه مع النظام العام والآداب العامة وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

أما بشان زواج من غير جنسه فلا يمكن اعتبار العلاقة التي تربطه مع غيره من الأشخاص زواجا بأي حال من الأحوال، إنما هي علاقات غير مشروعة لا يمكن أن ترتقي لان تكون ميثاقا غليظا[868]، أما من كان متزوجا سواء رجل أو امرأة ثم غير جنسه فزواجه السابق ينحل بمجرد تغير جنسه، فينتفي الركن البيولوجي للزواج ومن ثم لا مقصد من استمرار هذه الزيجة[869].

بهكذا أحكام يتوصل إلى أن المشرع الجزائري حريص على ركن اختلاف الجنس في عقد الزواج ومن ثم يكون بعيدا لحد الآن عن مؤامرة العولمة التي تحاول نشر ثقافة الشذوذ والزواج المثلي في جميع دول العالم.

867- ملف رقم 1258812، قرار بتاريخ 2018/07/04، يدور موضوعه حول سند تنفيذي.
https://droit.mjustice.dz/ar/%D9%85%D9%84%D9%81-%D8%B1%D9%82%D9%85-1258812-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-%D8%A8%D8%AA%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%AE-04-07-2018/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B1%D9%81-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9/%D9%85%D9%86-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7

868- أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 20.

869- تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، ص 799.

المطلب الثالث: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض شروط الزواج.

نص قانون الأسرة بموجب المادة 09 مكرر منه على شروط الزواج المتمثلة في: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية، ولقد أضافت المادة 07 مكرر شرط الشهادة الطبية، وإن كانت هذه الشروط متوافقة مع ما هو ثابت في الفقه الإسلامي، إلا أن المشرع أفقد أغلب هذه الشروط قيمتها القانونية كشرط، وفي المقابل حافظ على البعض منها وعنى بها العناية المستحقة، وهذا ما يظهر من خلال حمايته للصداق وللموانع الشرعية في عقد الزواج، وفي ما يلي الحديث عن هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري الفرع الأول، ثم التطرق لأوجه الحماية لهذه الشروط الفرع الثاني.

الفرع الأول: شرطي الصداق وانتفاء الموانع الشرعية في عقد الزواج.

من بين النظم التي أبقاها المشرع على حالها الأصلي، نظام الصداق، حيث لم يمسه تعديل 2005 في جوهره، إنما اكتفي الأمر 05-02 بتكيفه على أنه شرط من شروط الزواج خلافا لما كان عليه النص الأصلي الذي كان تعتبره ركنا للزواج[870]، وما قيل بشأن الصداق يقال بشأن الموانع الشرعية التي لم يمسها الأمر 05-02 هي الأخرى في فحواها إنما اكتفى بإبقاء المواد الناظمة لها من المادة 23 إلى 31، مع تدارك النص عليها في نص المادة 09 مكرر باعتبارها شرطا من شروط الزواج، حيث لم تكن منصوص عليها في المادة 09 قبل التعديل.

أولا: الصداق كشرط من شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

بعد أن اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرطا للزواج طبقا للمادة 09 مكرر، جاءت المواد 14، 15، 16، 17، موضحة حقيقة في قانون الأسرة الجزائري، حيث تكفلت المادة 14 بتعريفه بنصها على ما يلي: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

870- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية...، ص 16.

فالصداق من المسائل القليلة التي حظيت بتعريف تشريعي، وهذا إن دل إنما يدل على توجه المشرع في إبراز أهميته داخل المجتمع الجزائري، وعلى كل يستفاد من نص المادة 14 أنه يشترط في الصداق ما يلي:

- ✓الصداق التزام مالي يقع على عاتق الزوج لمصلحة زوجته، فهو من الحقوق الشخصية ذات القيمة المالية،
- ✓أن يكون نقودا طبقا للأصل العام، كما قد يكون شيئا أخر يقوم مقام النقود،
- ✓أن يكون مما هو مباح شرعا، ومسألة كون الصداق مباح تطرح المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد هذه الإباحة، فهل يعمل بميزان القانون أو بميزان الشرع، ففي التشريع الجزائري إذا كان الأصل أن كل ما هو مشروع من الناحية القانونية، مشروع من الناحية الشرعية والعكس صحيح، لكن في بعض الأحيان قد يخالف القانون الشريعة الإسلامية، كإجازة القانون التعامل بالربا في بعض الأوضاع، أو التعامل بالخمور...، وعلى كل يجب في هذه الحالة قياس مشروعية الصداق بميزان الشرع لا القانون،
- ✓الصداق ملك للزوجة، فقيمة الصداق تنتقل من ذمة الزوج لذمه الزوجة دون مرورها بذمة الولي، فيجوز لها أن تتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، بيعا أو إيجارا أو هبة أو رهنا...[871].

أما المادة 15 فلقد تكفلت بمعالجة تحديد قيمة الصداق، أو ما يصطلح عيه "حالات الصداق" حيث نصت على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

فمن خلال هذه المادة يلاحظ أن الصداق قد يكون محددا وقد يكون غير محدد، وتحديده قد يكون مؤجلا أو معجلا كله أو بعضه، وهذا الموقف مخالف للفقه المالكي الذي يرى كراهية

871- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 343.

تأجيل الصداق كله أو بعضه، أما في حالة إبرام الزواج دون تحديد قيمة الصداق، وهذا جائز شرعا وقانونا، تستحق الزوجة صداق المثل[872].

أما المادة 16 فيمكن اعتبارها أهم المواد المنظمة للصداق نظرا لتنصيصها على استحقاقه، فإذا كان المهر حق للمرأة تتمتع فيه كما تشاء، إلا أنه غير مستقر، لأنه عرضة للسقوط كله أو نصفه، فحتى يستقر في جانب الزوج لمصلحة الزوجة يجب أن يتأكد وجوبه بإحدى مؤكدات الصداق ليصبح دينا في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء[873].

فالزوجة تستحق كامل الصداق حسب نص المادة 16 بأمرين اثنين، الأول منهما هو الدخول، ولقد ألحق به فقهاء الشريعة الإسلامية ما يسمى بالخلوة الصحيحة التي تعد هي الأخرى عامل مؤكد للصداق[874]، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في الكثير من قرارات المحكمة العليا والمجلس الأعلى سابقا[875]، حيث اعتبرت الخلوة الصحيحة مؤكدا من مؤكدات الصداق رغم أن المادة 16 لم تعتبرها كذلك.

أما الأمر الثاني الذي تستحق به الزوجة كامل صداقها، حسب صياغة نص المادة 16 الذي يتم الحديث عنه بعيدا عن الدخول، هو "وفاة الزوج"، فالظاهر أن وفاة الرجل دون المرأة هو العامل المؤكد للصداق، لكن بالرجوع للفقه الإسلامي تجد أن الوفاة مطلقا مؤكد للصداق سواء وفاة الزوج أو الزوجة[876]، ويمكن تطبيق هذا الحكم مع صياغة نص المادة 16 التي استعملت عبارة "الزوج" لأن هذه الأخيرة لغة تطلق على الرجل والمرأة على حد السواء. ومعنى أن وفاة الزوجة عامل مؤكد للصداق أنه ينتقل هذا الحق لورثتها.

872- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 86.

873- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 391.

874- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 251.

875- من بين القرارات الكثيرة ما جاء في القرار الآتي: " من المقرر فقها وشرعا ان الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشرعية الإسلامية..." م ع، غ أ ش، 1988/05/09، م ر، 49283، م ق 1992، ع 02، ص 44.

876- ابن رشد، المرجع السابق، ج 03، ص 972.

كما تستحق الزوجة نصف الصداق طبقا للمادة 16 بالطلاق قبل الدخول، وبالرجوع للفقه الإسلامي تجدهم قرروا أن للزوجة نصف المهر بالطلاق الذي يكون باختبار الزوج دون اختيارها هي، ففي الحالة الثانية يسقط حقها في جميع المهر[877]، وتفسير مصطلح "طلاق" الواردة في المادة 16 لا يجب أن تفسر طبقا للمادة 48 من ق أ ج، التي ترى في الطلاق أصلا يحمل فروع كثيرة فكما يصدر الطلاق من الزوج بإرادته المنفردة يصدر من الزوجة عن طريق التطليق أو الخلع، إنما يجب أن تفسر طبقا للفقه الإسلامي، لكي يتحقق مقصد المشرع من سنه لهذه المادة المقتبسة من ما هو ثابت شرعا.

وأخيرا عالجت المادة 17 حالة التنازع في الصداق، حيث نص على ما يلي: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين.".

عند محاولة تحليل هذه المادة، يلاحظ أنها فرقين بين حالتين، الأولى: متمثلة في الاختلاف في الصداق مع وجود دليل من أدلة الإثبات ففي هذه الحالة يعمل به، أما الحالة الثانية فمتمثلة في انعدام الدليل، وهنا فرق المشرع بين زمنين، قبل الدخول وبعده، فقبله القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، أما بعده فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، فبهذا جعل المشرع من الدخول قرينة بسيطة على أن الزوجة استلمت الصداق، يجب أن تدعم باليمين[878].

ثانيا: شرط الموانع الشرعية في قانون الأسرة الجزائري.

جاء القانون 11-84 على ذكر الموانع الشرعية من المواد 23 إلى 31 من ق أ ج، كما جاء الأمر 05-02 بموجب المادة 09 مكرر معتبرا انتفاء الموانع الشرعية شرطا من شروط الزواج، وتكييفها على هذا النحو لا يستقيم مع نظرية الحكم الوضعي المعروفة في الفقه الإسلامي، فالماهية إما تكون شرطا وإما تكون مانعا، ولا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار

877- ابن رشد، نفس المرجع، ص 974.

878- أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري...، ص 57.

انتفاء الموانع شرطا، وإلا تم الاستغناء عن نظرية الموانع وإدخالها تحت مظلة نظرية الشروط، وعليه فللزواج أركان وشروط وموانع، وموانعه طبقا لنصوص قانون الأسرة يمكن تقسيمها إلى موانع مؤبدة وتتمثل في مانع القرابة، المصاهرة، الرضاع، المادة 23، وموانع مؤقتة وتتمثل في الإحصان، العدة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين البنت وأختها أو خالتها أو عمتها، زواج المسلمة مع غير المسلم المادة 30. ويضاف لها مانع الزواج بخامسة المادة 08[879] في قانون الأسرة الجزائري[880].

من خلال عرض هذه الموانع، يمكن استبعاد الموانع المؤبدة من نطاق البحث، لأن القرابة والمصاهرة والرضاع عند كل عاقل تشكل مانعا من موانع الزواج، ومن قال بعدم اعتبارها كذلك، فهو يريد إشاعة الفوضى، وأي فوضى بعد السماح بنكاح الرجل لقريبته المحرمة، فيبقى النطاق محصور في الموانع المؤقتة التي أقرها المشرع الجزائري وأنكرتها نظرة العولمة، مع التركيز على مانع الإحصان، مانع زواج المسلمة بغير مسلم، مانع الزيادة فوق الرابعة، ومانع العدة، ويخرج المانع الأخير من هذا الجزء من البحث لكي يتم تناوله في مكانه الصحيح بوصفه أثر من آثار الطلاق[881].

أما مانع الإحصان، فيقصد به: أنه ليس للمتزوجة الزواج إلا بعد أن ينحل زوجها وتعتد ثم تكون لها الحرية في الزواج بعد ذلك، ومصطلح الإحصان في الفقه الإسلامي يعني أن المرأة معقود عليها ومدخول بها[882]، ولا يمكن أخذ الإحصان بهذا المعنى فيكفي وجود العقد لكي يتحقق هذا المانع في قانون الأسرة الجزائري.

ولقد تشدد المشرع الجزائري في حماية الرابطة الزوجية في قانون العقوبات فلقد أقر جريمة الزنا التي لا تكون في التشريع الجزائري إلا في حق المتزوجين دون غيرهم على عكس الفقه

879- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 09، ص 165. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 131.

880- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 316.

881- راجع الفرع الثاني، المطلب الثاني، من المبحث الثاني، من الفصل الثاني، من الباب الثاني.

882- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج 02، ص 674.

الإسلامي، وعليه لا يقتصر القول بأن المتزوجة ممنوعة من الزواج فقط، بل هي ممنوعة من مخالطة غير زوجها مخالطة جنسية وإلا تحركت الدعوى العمومية ضدها لجريمة الزنا بشكوى من زوجها، وكما لا يجوز للزوجة مخالطة غير زوجها لا يجوز للزوج هو الأخر مخالطة غير زوجه وإلا تحركت ضده هو الأخر الدعوى العمومية لجريمة الزنا بشكوى من زوجته[883].

بهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف العولمة الشرسة التي تحاول نشر الفوضى الإباحية من خلال إقرار حق الشخص سواء متزوج أو غير متزوج بالمخالطات الجنسية تبعا لرغبته وميولاته، فأغلب القوانين الغربية عمدت إلى إلغاء العقاب على الخيانة الزوجية من قوانينها، وهذا ما حل في فرنسا سنة 1975[884].

أما المانع الثاني المتمثل في مانع زواج المسلمة مع غير المسلم فهو مظهر من مظاهر مخالفة قانون الأسرة الجزائري للعولمة القانونية[885]، وإثبات صفة الإسلام في الجزائر يخلق إشكالا على عكس بعض دول المشرق إذ تتضمن بطاقة الهوية ديانة الشخص، ويمكن القول بأن الأصل في كل جزائري هو الإسلام إلى أن يتبين العكس، فمن يدعي خلاف الأصل يقع عليه عبء الإثبات، ودليل أن الأصل الإسلام في الشعب الجزائري هو الدستور الجزائري الأخير[886] الذي نص على أن دين الدولة هو الإسلام المادة 02، قبل أن ينص على حرية المعتقد المادة 51.

ويبقى أخيرا مانع الزيادة فوق العدد المسموح به شرعا، الذي يفتح المجال للحديث عن تعدد الزوجات الذي يعتبره دعاة العولمة جريمة شنعاء في حق المرأة، بينما هو في حقيقته حلول لمشاكل اجتماعية لا تحل إلا عن طريقه.

883- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، ط 02، الجزائر، 2014، ص 94. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة...، ص 238.

884- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية...، ص 09.

885- نفس المرجع، ص 17.

886- التعديل الدستوري 2020، ج ر ع 73، الصادرة في 2020/12/30، ص 908.

هذا ولقد أحاط المشرع الجزائري تعدد الزواج بنظام قانوني في المواد 08 و 08 مكرر، 08 مكرر 1، حيث أجازت المادة 08 تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية كما نصت على قيوده المتمثلة في وجود المبرر الشرعي، توافر نية العدل، إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، ترخيص قضائي قبلي يسمح بالتعدد يمنحه القاضي وله في ذلك سلطة تقديرية مطلقة.

أما المادة 8 مكرر فلقد نصت على جزاء التدليس في عقد الزواج –الذي لديه صورة واحدة في التشريع الجزائري، والمتمثلة في عدم إخبار الزوجة السابقة أو اللاحقة بالزواج– والمتمثل في حق التطليق للزوجة المدلس عليها، أما المادة 08 مكرر 1 فلقد بينت وصف الزواج في حالة التعدد في حالة عدم استصدار الترخيص الذي يسمح له بذلك.

لقد نظم قانون المشرع تعدد الزوجات على وجه عكس عدم اتحاد أقلام شراح قانون الأسرة حول المرجعية التي اعتمد عليها في تنظيمه فهل اقتبس أحكامه من الفقه الإسلامي، أم جاء متأثرا بعولمة القانون أم جاء نتيجة تطور المجتمع الجزائري؟ من بين الشراح الذين بحثوا في التعدد بعيدا عن عولمة القانون، الأستاذ عبد العزيز سعد حيث ذهب إلى أن إرادة المشرع اتجهت لتكديس جملة من الشروط التعجيزية بهدف منع ممارسة التعدد أو على الأقل التقليل منه[887]، أما من بحثوا في التعدد مقارنة بما هو عليه الحال في المعاهدات الدولية فلقد انقسموا إلى ثلاثة آراء، أصحاب الرأي الأول ذهبوا إلى أن المشرع تأثر بالمعاهدات الدولية وعلى رأسها اتفاقية سيداو محاولة منه في تقييد التعدد[888]، أما أصحاب الرأي الثاني فذهبوا إلى أن المشرع الجزائري خالف المعاهدات الدولية وتوصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي تمنع التعدد من خلال الاعتراف به وإجازته بجملة من الشروط والضوابط[889].

أما متزعموا الرأي الثالث فلقد اعتبروا أن التنظيم القانوني للتعدد أخذ حكم مزدوجا من حيث مصدره المادي، فمن جهة جاء موافقا للفقه الإسلامي مخالفا للعولمة القانونية من خلال إجازته

887– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 93. بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 166.

888– مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 124.

889– كيفاجي ضيف، الحماية الدولية للأسرة، ص 380.

وإقراره بصراحة[890]، ومن جهة أخرى جاء متأثرا جاء متأثرا بالمعاهدات الدولية لوضعه لشروط تجعل من استعماله شبه مستحيل من الناحية القانونية[891].

عند محاولة الترجيح بين هذه الآراء لا يمكن إنكار أي رأي نظرا للحجة المتينة التي يستند عليها، فلا يمكن إنكار أن المشرع عمد لوضع شروط صعبة التحقق لممارسة التعدد قلما تتوافر في جانب الشخص العادي، ولا يمكن أيضا إنكار أنه أجاز التعدد بموجب عبارات صريحة لا تقبل التأويل ولا الاجتهاد، ويظهر أن الرأي الثاني هو الأقرب للصحة، القائل بأن المشرع الجزائري قد وافق الفقه الإسلامي في مذهبه لتنظيم التعدد، فلا يهم إقرار قيود للتعدد صعبة التحقق بقدر ما تهم الحماية القانونية لهذه القيود، فإذا كان ظاهرها متأثر بالمعاهدات الدولية إلا أن باطنها مخالف لها، حيث أفقدت المادة 08 مكرر 1 القيمة القانونية لهذه الشروط من خلال الحكم بصحة الزواج في حالة عدم استصدار الترخيص بعد الدخول، فيبقى لشروط تعدد الزوجات في التشريع الجزائري أثر من حيث تخلفها متمثل في فسخ الزواج قبل الدخول، ويزول هذا الأثر بعد البناء، ومن ثم يكون زواجا صحيحا لا غبار عليه من الناحية القانونية والشرعية، ومن يريد التعدد سيحاول جاهدا التهرب من هذه الشروط وهو أمر متيسر من خلال الإسراع في إبرام زواج عرفي ثم الادعاء بأن الدخول قد تم ليصحح زواجه.

الفرع الثاني: الحماية القانونية لشرط الصداق والموانع الشرعية في حال تخلفهما.

على عكس شرط الولي، الشاهدين، والأهلية التي أفقدتها المشرع مفاعيلها القانونية في حال تخلفها، أعطى المشرع الجزائري لشرطي الصداق والموانع الشرعية حماية قانونية في حالة تخلفها، وفي ما يلي مظاهر حماية الشرط في حال تخلفه أولا، ومظاهر حماية الموانع الشرعية في حال تخلفها ثانيا.

890- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية...، ص 13

891- نفس المرجع، ص 16.

أولا: مظاهر حماية الصداق في حال تخلفه.

تنص المادة 2/33 من ق أ ج، على ما يلي: "إذا تم الزواج بدون... أو صداق...، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

من خلال قرآه هذه المادة يتبين أنها أعطت حماية قانونية كاملة للصداق بوصفه شرطا من شروط الزواج تارة، وبوصفه آثار من آثار الزواج تارة أخرى، فإذا تخلف الصداق أو لم يستوفي شرطا من شروطه كأن كان غير مباح شرعا، أو كان معلقا على شرطا غير صحيح، وتم اكتشاف عيبه قبل الدخول حكم بفسخ الزواج، ومعنى الفسخ المتعلق بالصداق لا يختلف عن معنى الفسخ المتعلق بتخلف الولي في حالة وجوبه وتخلف الشاهدين، فهو الجزاء الذي يفيد إرجاع الرجل والمرأة للحال التي كان عليها قبل العقد، ومن ثم لا ترتب مثل هذه الواقعة أي أثر من آثاره.

أما بعد الدخول فيصحح الزواج المتخلف فيه عنصر الصداق ويثبت بمهر المثل، ولم يعرف المشرع الجزائري مهر المثل ومن ثم وجب الرجوع لتحديه لأحكام الفقه الإسلامي إعمالا للمادة 222 من ق أ ج.

ويقصد بمهر المثل فقها صداق امرأة تماثل المدخول بها في عقد زواج لم تحدد فيه قيمة المهر وقت العقد، سواء كانت من أسرة أبيها أم بعيدة عنها[892]، والمماثلة باتفاق الفقهاء تكون في أمور كثيرة منها، التدين، المال، الجمال، رجاحة العقل، الأدب، البكارة، الثيوبة، الموطن، الحسب والنسب[893].

وعليه من عقدت زواجها دون صداق مع توافر باقي المقومات الأخرى وتم الدخول بها، فلها مهر مثيلاتها، والقاضي هو من يحدده وله في ذلك معايير المماثلة المتفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية.

892- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 370.

893- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 350-351.

ثانيا: مظاهر حماية الموانع الشرعية في حال تخلفها.

تنص المادة 32 من ق أ ج على أنه " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع..." كما تنص المادة 34 من ق أ ج على ما يلي: "كل زواج بإحدى المحارم يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء."

ما يلاحظ على المادة 32 أنها حكمت ببطلان الزواج في حالة اشتماله على مانع من موانع الزواج[894]، والمادة 34 حكمت بفسخ الزواج بإحدى المحارم ولم تفرق بين قبل الدخول وبعده[895].

ما يلاحظ على عبارات المادة 32 التي استعملت "يبطل" و "مانع"، أنها ليست نفس عبارات المادة 34، التي استعملت "يفسخ" و "إحدى المحارم"، وهذا الاختلاف اللغوي لا يؤثر على المقصد التشريعي لقانون الأسرة، فإذا كانت العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فبطلان الزواج هو ذاته فسخه قبل وبعد الدخول، واشتمال الزواج لمانع من موانعه هو ذاته الزواج بإحدى المحارم.

هذا، وتتفق المادة 32 و المادة 34 في أنهما لم يفرقا بين موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة، فكل ما اعتبر مانعا من موانع الزواج طبقا للمواد من 23 إلى 30، والمادة 08 من ق أ ج، يبطل به الزواج سواء بعد الدخول أو قبله، وعليه فزواج المرأة في فترة العدة زواج باطل، ونفس الحكم يأخذه زواج المسلمة مع غير المسلم، ونفس الحكم يأخذ زواج الرجل من الخامسة.

إذا كان وصف الزواج بإحدى المحارم لا يتأثر بتحقق الدخول من عدمه، إلا أن للدخول فيه جملة من الآثار، متمثلة أساسا في ثبوت النسب ووجوب الاستبراء. أما عن ثبوت النسب فلقد نتج عن إعمال قاعدة إحياء وحماية الولد ورعايته[896]، ولقد أكد ق أ ج، هذا الحكم بموجب المادة 40 من ق أ ج، التي تنص على أنه "يثبت النسب،... أو بكل زواج تم فسخه بعد

894- نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 52.

895- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 492.

896- نفس المرجع، ص 495.

الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"، ويشترط في ثبوت النسب بالدخول في الزواج الباطل نفس شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح مع بعض الاختلاف الذي يقتضيه طبيعة الزواج الباطل. أما الاستبراء فهو مصطلح في لسان فقهاء الشريعة له صلة بمصطلح "العدة"[897]، ويقصد به شرعا تربص المرأة الزانية أو المدخول بها في الوطء بشبهة مدة معلومة من الزمن للتأكد من براءة رحمها[898]، ومدة الاستبراء ومدة العدة واحدة يتحكم فيها حال المرأة بين كونها تحيض أو يائس من المحيض أو حامل[899]، وبهذا يكون إلزام المدخول بها في زواج باطل بالاستبراء أمرا لازما قانونا لجنوح المشرع الجزائري نحو حماية الأنساب وحفظها من الاختلاط.

فهذه هي الآثار التي يمكن أن يرتبها الدخول في الزواج بإحدى المحارم فلا يعطي أي حق من حقوق الزوجية الأخرى، ولقد حرص المشرع الجزائري على النص عدم صلاحية الزواج الباطل لأن يكون سببا من أسباب الإرث من خلال نص المادة 131 التي تنص على انه " إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين."[900].

تجدر الإشارة إلى أن صياغة المادة 34 من ق ا ج جاءت مطلقة، فكان يستحسن بالمشرع الجزائري التفريق بين درجات المحارم، فالمحرمات من النساء ليسوا على درجة واحدة، فمنهم الأم، والأخت، والجدة والعمة، والخالة، وأم الزوجة وأختها، وخالتها، وعمتها، والأجنبية تماما والزواج ببعض هؤلاء وإتمام الدخول يعتبر جريمة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات بموجب المادة 337 مكرر. تحت ما يسمى جريمة فعل الفاحشة بين المحارم[901].

897- الموسوعة الكويتية، ج03، ص 170.

898- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 03، ص 167.

899- نفس المرجع، ج 03، 124.

900- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 495.

901- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، ص 107.

الفصل الثاني:

موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في آثار الزواج.

نص المشرع الجزائري حقوق وواجبات الزوجين في الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان "حقوق وواجبات الزوجين"، ذلك أن هذا الفصل وإن جاء على ذكر أهم حقوق وواجبات الزوجين، إلا أنه لم يجمعها كاملة في التشريع الجزائري، فعند استقراء مختلف نصوص قانون الأسرة يلاحظ أنها تضمنت أنظمة قانونية من قبيل آثار الزواج، وعلى سبيل الذكر لا الحصر حق النفقة، حق الزوجات في العدل عند التعدد، حق الزوجين في أن يرث كل منهما الأخر... وأخر حق يمكن ذكره هنا، الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، لأن هذا الأخير كنظام لحل الرابطة الزوجية وجد اهتماما كبيرا من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية على عكس عولمة القانون التي لم تهتم به ولم تُظهر له كيانا خاصا، حيث ركزت على الزواج فقط، وإن كان الاهتمام بهذا الأخير يقتضي الاهتمام بالطلاق، ومسايرة للمعاهدات الدولية في شحها في تنصيصها على الطلاق، وعدم إمكانية تغيبه جملة وتفصيلا في قانون الأسرة الجزائري، سيتم دراسة الطلاق تحت عنوان آثار الزواج باعتباره حق من حقوق الزوجية[902]، وعليه قسم هذا الفصل للمبحثين التاليين:

902- انطلاقا من فرضية أن الأمر رقم 05-02 جاء تلبية لمنداة عولمة القانون، عند تتبع المواد التي مسها يلاحظ أنه مس 41 مادة، بين التعديل الجزئي لها، الإلغاء والإضافة، 28 مادة عدلت تعديلا جزئيا، 08 مواد مضافة، 05 مواد ملغاة، وعند البحث أكثر في هدا التعديل يلاحظ أن المواد المعدلة في باب الزواج مقدرة ب 17 مادة، بينما في باب الطلاق مقدرة ب 09 مواد، أما المواد المضافة في باب الزواج 05 بينما في باب الطلاق 03، وتبقي أخيرا المواد الملغاة في باب الزواج 04 أما في باب الطلاق فواحدة فقط. هكذا يكون غالب الأمر 05-02 جاء في موضوع الزواج لا الطلاق، ومن ثم لا يمكن مقابلتهما لبعض من يث تأثرهما بعولمة القانون، فيظهر أن الزواج أكثر تأثرا بعولمة القانون من الطلاق، وعند الاستمرار في تحليل الأمر 05-02 في باب الزواج، يلاحظ أن المواد المعدلة تعديلا جزئيا في انعقاد الزواج 15 مادة، بينما في آثاره مادتان فقط، أما المواد المضافة لتنظيم انعقاد الزواج 04 مواد أما في آثاره فمادة واحدة، ويبقى أخيرا أن المواد الملغاة في مادتان في كل من نظامي انعقاد الزواج وآثاره.

هكذا يتم التوصل إلى أن المواد المعدلة لانعقاد الزواج تفوق بكثير تلك المعدلة لآثاره، فكان من المجحف مقابلة انعقاد الزواج بآثاره من حيث تأثرهما بعولمة القانون، ومن المنصف تضافر آثار الزواج مع الطلاق ومقابلتهما لانعقاد الزواج، لكل هذه=

المبحث الأول: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه.

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في أحكام الطلاق.

=الاعتبارات تم إفراد انعقاد الزواج بفصل مستقل، وتخصيص فصل مشترك لكل من آثار الزواج والطلاق معا، خاصة أن حقيقة الطلاق لا تأبي اعتباره آثرا من آثار الزواج الصحيح سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري أو حتى في ظل عولمة القانون.

المبحث الأول: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه.

للزواج جملة من الآثار الكثيرة والمتعددة تظهر حال استمرار الحياة الزوجية ما لم تنحل بوفاة أو طلاق، وكثرتها وتعددها لم يمنع من تقسيمها لتقسيمات مختلفة، الأول تقسيمها إلى حقوق ووجبات مشتركة وحقوق وواجبات منفردة، الثاني حقوق وواجبات منصرفة للزوجين، حقوق وواجبات متعدية لغيرهما، الثالث حقوق وواجبات مادية وحقوق وواجبات معنوية، الرابع، حقوق وواجبات للعباد وحقوق وواجبات لرب العباد، الخامس حقوق وواجبات مالية وأخرى غير مالية.

ويعد التقسيم الأول معترف به في الفقه الإسلامي، غير معترف في ظل العولمة، ذلك أن الأول أقر حقوقا وواجبات مشتركة للزوجين، وأخرى منفردة تعتبر حقا لطرف وواجب على الطرف الأخر، في حين أن عولمة القانون تنبذ فكرة التمييز بين الزوجين داخل الأسرة في الحقوق والالتزامات، فتعتبر صنف الحقوق والواجبات المشتركة هو الصنف الأساسي والوحيد عند الحديث عن آثار الزواج، وموقف قانون الأسرة بعد التعديل يظهر أنه حاول موافقة عولمة القانون من خلال الفصل الرابع بعنوان "حقوق وواجبات الزوجين"، حيث أقام جملة من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، وهنا يظهر تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون بوضوح وجلاء، وفي جانب أخر قرر قانون الأسرة الجزائري بعض الأنظمة المنفردة التي تعد حقا بالنسبة لأحد الزوجين وواجبا بالنسبة للزواج الأخر، في مختلف طيات قانون الأسرة بعيدا عن فصل حقوق وواجبات الزوجين، وفي هذا معارضة لعولمة القانون.

وعليه سيتم الحديث في هذا المبحث عن طريق مطلبين

المطلب الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه.

المطلب الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه.

المطلب الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه.

تقدم فيما سبق ذكره أن المشرع الجزائري حاول جمع حقوق وواجبات الزوجين في الفصل الثالث من الكتاب الأول من قانون الأسرة، وهذه المحاولة حسنة تقتضيها الصياغة القانونية الحديثة، وهذه الميزة الشكلية لقانون الأسرة ليست وليدة التعديل الأخير الذي عرفه قانون الأسرة إنما هي وليدة القانون 11-84، حيث كان هذا الأخير ينظمها في شكل أربع مواد من المادة 36 إلى المادة 39، مصدرها المادي وروحها وفحواهما مستوح مما هو ثابت في الفقه الإسلامي، فقسمت حقوق الزوجين إلى حقوق مشتركة وحقوق منفردة، إلا أنه بعد مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة متحفظة على المادة 16 منها التي عنت بما هو بين يدي القارئ الآن، غير أن تحفظها اعتبر لغوا مادام يمس بجوهر وروح هذه الاتفاقية، هذا ما جعل المشرع الجزائري ينكث عن الموقف الأول ويتحول عنه من خلال مظهرين أساسين يتجلى الأول في إلغاء نص المادة 38 و 39 من قانون الأسرة، حيث تكفلت الأولى بتبيان حقوق الزوجة، والثانية حقوق الزوج، والثاني في تعديل المادة 36 و 37 وإقامتهما عل فكرة المساواة والتشارك بين الزوجين. وعليه يتناول هذا المطلبين الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال إلغاء المادة 38 و39.

الفرع الثاني: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال تعديل المادة 36و37.

الفرع الأول: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال إلغاء المادة 38 و39.

كنقطة انطلاق لهذا الفرع، يستحسن استدعاء ما كانت تحتويه كل من المادة 38 و 39 من قانون الأسرة الجزائري، حيث كانتا تنصان على الآتي على التوالي: "للزوجة الحق في: - زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف، - حرية التصرف في مالهما". "يجب على الزوجة: 1-طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، 2-إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، 3-احترام والدي الزوج وأقاربه".

أول ملاحظة تستخلص من هاتين المادتين أنهما تضمنتا حقوق للزوجة، تعد في أغلبها التزامات يجب على الزواج الوفاء بها، مع الإشارة أنهما جاءتا في شكل تتمة للمادة 37 قبل تعديلها[903] التي ألزمت الزوج بالنفقة ما لم يثبت نشوزها، والعدل بين الزوجات في حالة التعدد، وفي هذا التوجه موافقة صريحة للفقه الإسلامي.

إن الأمر 02-05 عمد إلى إلغاء المادتين السابقتين، والسؤال الذي يطرح هنا، هل أن إلغاء المادة 37 و 38 يقضي تعطيل ما تضمناه من أحكام، بطريق آخر هل أن إلغاء المادة 37 و 38 يقضي حتما إلغاء تقسيم حقوق الزوجين إلى حقوق مشتركة وحقوق منفردة في التشريع الجزائري؟

للإجابة على السؤال لا بد من التطرق إلى تحديد مفهوم الإلغاء من خلال البحث في تعريفه، أنواعه، أسبابه، والنتيجة المترتبة عنه، وعند الانتهاء من ذلك، سيتم التوصل إلى أن الإلغاء حقيقة واحدة لا تختلف باختلاف الأماكن إلا أن أسبابه ونتائجه تختلف باختلاف فروع القانون، وما يهم هنا هو البحث عن سبب إلغاء المادة 38 و 39 والنتائج المترتبة عن ذلك.

أولا: الإطار المفاهيمي لإلغاء القاعدة القانونية.

اختلف فقهاء القانون في تعريف للإلغاء على مذهبين، الأول يرى فيه إيقاف العمل بالقاعدة القانونية، وتجريدها من قوتها الإلزامية، ويكون عن طريق استبدال قاعدة بأخرى أو الاستغناء عنها دون أن تضع بديلا عنها[904]، في حين أن الثاني يذهب في تعريفه للإلغاء انطلاقا من فكرة زوال القاعدة القانونية، حيث تزول هذه الأخيرة إما عن طريق إيقاف العمل بها وتجريدها برمتها من قوتها الإلزامية، وإما تزول عن طريق نسخ أو رفع حكم القاعدة القانونية بطريق

903- تنص المادة 37 قبل التعديل على ما يلي: =

="يجب على الزوج نحو زوجته:

1-النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.

2-العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة."

904- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 245.

جزئي فلا ينصب على حكمها برمته، فالأول الذي تزول فيه القاعدة القانونية برمتها هو الإلغاء، أما الثاني الذي تزول فيه القاعدة القانونية بشكل جزئي هو التعديل[905].

ما يلاحظ على أصحاب المذهب الأول أنهم يرون في الإلغاء مفهوم واسع يدخل تحته تجريد حكم القاعدة القانونية بأكمله من قوته الإلزامية، كما يدخل فيه استبدال حكم جديد بحكم قديم، أما أصحاب المذهب الثاني يرون في الإلغاء مفهوم مقابل وموازٍ للتعديل وإن كانا يدخلان تحت مظلة مفهوم واحد وهو الزوال، وطبقا لتوجه المشرع في إعداد النصوص وإعادة مراجعتها يلاحظ أن المذهب الثاني هو الأرجح، ففي الحالة التي يرفع فيها المشرع حكم المادة برمته يستعمل عبارة "ملغاة"، ومثالها المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري، أما في حالة توجهه نحو تعطيل جزء من حكم القاعدة القانونية، يستعمل مصطلح "تعديل" ومثالها نص المادة 09 من ق أ ج.

هذا ولقد عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الإلغاء، تحت اسم نظرية "النسخ"[906]، فمبدأ الإلغاء والنسخ في كل من القانون والشريعة الإسلامية واحد، وهو التسليم والإقرار بهما، ومن ثم يتفق الإلغاء مع النسخ في بعض الأحكام وعلى رأسها أسباب كل منهما، والنتيجة العملية المترتبة عنهما.

للإلغاء صورتان تتمثل الأولى في الإلغاء الصريح ويقصد: به نص القانون صراحة على إلغاء حكم قانوني، والثانية الإلغاء الضمني ويقصد به: أن ينظم المشرع مسألة من جديد كان قد نظمها قانون قديم[907]. ويرجع الإلغاء لأسباب كثيرة لا يمكن حصرها منها ما يلي:

- ✓ توفير الأصلح للمخاطبين بالقاعدة القانونية، تكرما من الدولة التي لها سن قواعد تشريعية، فالإلغاء فكرة مربوطة بوجود القاعدة القانونية من بدايتها[908].

905- أ.لحسين بن شيخ آث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، ص 186.

906- حسن كيرة، المرجع السابق، ج 01، ص 331.

907- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 415-416.

908- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص 965-956.

- ✓ قصور النص القانوني الملغى وعدم صلاحيته لمجابهة تقلبات الظروف التي يعرفها المجتمع[909].
- ✓ طبيعة القاعدة القانونية ذاتها التي تتأثر بالظروف المحيطة حولها –المتميزة بالمرونة والتغير– سواء السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، فما صلح اليوم قد لا يصلح بالغد.
- ✓ اتجاه إرادة الدولة لتحقيق سياسة معينة ترجوها، لا ولن تتحقق إلا من خلال إلغاء بعض النصوص القانونية.
- ✓ تنفيذ بعض الالتزامات الناتجة عن معاهدة دولية تمت المصادقة عليها، التي يدفع بالمشرعين غالبا إلغاء الكثير من الأحكام التي لا تتفق والمعاهدات الدولية المصادق عليها.

طبقا لهذا إذا تم إلغاء حكم قانوني، توقف العمل به في الدولة ومن ثم يتوقف الاحتجاج به أمام هيئاتها، سواء الإدارية أو التنفيذية أو القضائية.

ثانيا: سبب إلغاء المادة 38 و 39 ونتيجة ذلك.

تجدر الإشارة أولا إلى أن إلغاء كل من المادة 38 و 39 جاء صريحا بموجب الأمر 05—02، ويرجع سبب إلغائهما إما لعدم توافق ما جاء فيهما من أحكام ومصالح الشعب الجزائري، التي تغيرت بتغير نظرة المجتمع، وإما لعدم توافقها والاتفاقيات الدولية في مجال الأسرة والمرأة.

لقد ذهب البعض الباحثين في علم الاجتماع –من خلال تحليل نتائج المعطيات الميدانية المتعلقة بالفرضيات التي انطلقوا منها– إلى أن تعديل قانون الأسرة لا يمكن رده بأكمله لتغير المجتمع الجزائري وتطور الأسرة من مفهومها التقليدي إلى نمطها الحديث، وإن كانت بعض تعديلاته جاءت استجابة للتغير الذي عرفه المجتمع الجزائري من ذلك أحكام الحضانة، إلا أن الثوابث الشرعية التي مسها تعديل قانون الأسرة الجزائري كالولي، القوامة الزوجية، الميراث...

909– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 255.

لم تكن استجابة ولا تجاوب مع تطلعات المجتمع الجزائري[910]، إنما جاءت نتيجة تأثر المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية، خاصة منها اتفاقية سيداو من خلال رفع تحفظاتها على المادة 16 منها، وكذا تأثرها بمؤتمر نيروبي الذي منع صراحة مركز رب الأسرة، وغيرهما من الصكوك الدولية[911].

إذن فالأثر المترتب على إلغاء المادتين 38 و 39 يظهر في شكل نتيجة أساسية يقينية متمثلة في توجه المشرع نحو التخلي عن تقسيم الحقوق إلى مشتركة وحقوق تبادلية، تلبية لمطالب المعاهدات الدولية والحركات النسوية، التي لا ترى في الحقوق الزوجية إلا الحقوق المشتركة بين الزوجين، ونتيجة تفصيلية ظنية، متعلقة بإلغاء المشرع الجزائري رئاسة الأسرة "القوامة الزوجية" بعد التعديل.

إن القول بأن إلغاء القوامة وتعطيل الحكم بها في المجتمع الجزائري نتيجة ظنية معناه أنها لم تلقى إجماعا بين شراح قانون الأسرة الجزائري بشأن موقفه منها بعد التعديل، فعند الرجوع للفقه الإسلامي يلاحظ أن القوامة حكم شرعي قطعي الثبوت والدلالة من خلال قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُقَوَّٰمُونَ عَلَي ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَيٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنَ اَمْوَٰلِهِمْ﴾[912]، فحكم القوامة ثابت بنص قرآني لا يقبل الاجتهاد ولا التغير مع مرور الزمن.

هذا ولقد طرح فقهاء القانون الجزائري مشكلة عامة تتمثل في سلطة المشرع الجزائري في إلغاء ما كان قد تبناه قانون الأسرة من الفقه الإسلامي، فهل يعد إلغاء بالمعنى الذي تقدم الحديث عنه، أم أن الإلغاء في قانون الأسرة الجزائري يمتاز بخصوصية لا نظير لها في غيره من فروع القانون، بطريق أخر هل أن إلغاء حكم قطعي الثبوت والدلالة فقها من قانون الأسرة، يقضي حتما تعطيل الحكم بما تم إلغائه، أم أنه يمكن الرجوع إليه استنادا للمادة 222 من ق أ ج، التي أحالت للفقه الإسلامي في حالة غياب النص في ق أ ج.

910- حفيظة نهايلي، المرجع السابق، ص 208-209.

911- راجع: الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، الجزء الأول، ص 02-03-04.

912- النساء، الآية 34.

من الفقهاء من ذهب للقول بأنه ليس للمشرع إلغاء حكم قطعي الثبوت والدلالة فقها، فحتى وإن عمد لخلق فراغ قانوني بشأن مسألة معينة، يحتم تتمته بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي إعمالا للمادة 222[913] وطبقا لهذا الرأي يبقى حكم القوامة الزوجية ساري المفعول حتى في ظل إلغاء المادة 39من القانون 84-11.

إن هذا الرأي وإن كان يستند على حجة قانونية إلا أنه يجب التمعن في مضامينه، فيجب أولا معرفة حدود الإحالة للفقه الإسلامي التي لا تكون إلا بالقدر الكافي الذي يكفل انسجام وتوافق الفقه الإسلامي مع قانون الأسرة[914]، وواضح أن المشرع توجه في الفصل الرابع للتخلي عن مبدأ القوامة الزوجية وإن هذا التوجه يتعارض وأحكام الفقه الإسلامي، أضف إلى ذلك أنه بالرجوع للمادة 222 ن ق أ ج، تجدها وليدة القانون 11-84 وليست وليدة الأمر 05-02، فكان المقصد منها تقديم المعونة لرجل القانون أي كانت صفته في حالة وجود نقص قانوني[915] قد أغفله المشرع بحسن نية، أما فيما هو محل للبحث فإرادة المشرع اتجهت إلى إلغاء حكم قانوني، فليس معنى الإحالة للشريعة الإسلامية غل يد المشرع في إلغاء ما بدى له، فهو الذي له السيادة في وضع القوانين وإلغاءها، ولا قيد أمامه إلا مبدأ المشروعية الذي يقضي احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، وإذا كان الدستور هو من يعتلي هرم القواعد القانونية، ويجب على ما دونه من التشريعات احترامه، فدستور الجمهورية الجزائري لسنة 2020[916] ينص على مبدأ المساواة بين الأفراد دون قيد أو شرط، في المادة 37 منه: " كل المواطنين سواسية إمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".

913- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 531.

914- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 29.

915- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 90.

916- التعديل الدستوري 2020، جريدة رسمية عدد 84، بتاريخ 30-12-2020.

فطبقا لمبدأ المساواة الدستوري، يعد إلغاء حكم القوامة صحيحا قانونا، لا مجال للتعقيب عليه من الناحية القانونية لما في مبدأ القوامة من تعارض مع مبدأ المساواة في نظر القوانين البشرية، ومن ثم يتوصل إلى أن الإرادة التشريعية اتجهت إلى تعطيل العمل بحكم القوامة الزوجية، ولا يمكن الرجوع بشأنه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي جانب أخر قال البعض بأن المشرع الجزائري يأخذ بحكم القوامة حتى بعد التعديل وحجتهم في ذلك أنه أبقى على بعض مظاهرها من ذلك النفقة، الصداق، الولاية على القصر...[917]، ولاستيعاب هذا الرأي يجب معرفة حقيقة القوامة –بوصفها قيام الزوج على شؤون بيته– فعلاوة على كونها مقصودة في ذاتها، يلاحظ أنها ترتب الكثير من الأحكام الشرعية منها: الولاية على الطفل والمرأة[918]، أن يبذل الرجل النفقة والمهر، توجب طاعة الزوجة لزوجها، وضربها إن اقتضى الأمر[919].

ما يلاحظ على هذا الرأي أنه منطقي يقوم على أساس أن المشرع أبقى العمل بالقوامة من خلال الاعتراف بمقتضياتها، إلا أنه يرد عليه بأن قانون الأسرة لم يتضمن جميع مظاهر القوامة المعروفة في الفقه الإسلامي، ومن أبرزها وأخطرها الضرب[920]، فالأصح أن يقال أن المشرع أبقى على بعض مظاهر القوامة الزوجية في قانون الأسرة، وتفسيرها لا يكون عن طريق اعتبارها كذلك، إنما يرجع فيها للنص القانوني الذي أنشئها ذلك أن إرادة المشرع اتجهت لمنح مثل هذه الحقوق لأطراف الزواج.

917– نشادي فوزية، المرجع السابق، ص 900.

918– محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 42.

919– الموسوعة الكويتية، ج 34، ص 87–88.

920– والضرب أبرز مظاهر القوامة الزوجية، وعلى النقيض من ذلك تماما اعتبره المشرع الجزائري جريمة جنائية، طبقا للمادة 266 مكرر من قانون العقوبات، راجع: قريمس نسيمة، جرائم الجرح أو الضرب العمدي بين الزوجين وفقا للمادة 266 مكرر ق.ع، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر1، المجلد 33، العدد 02، ص ص 234 –251، 2019، ص 236 وما يعدها.

وعلى كل حال يكفي أن إلغاء القوامة الزوجية من قانون الأسرة، سواء اعترف بكل مظاهرها أو بعضها، فيه جنوح نحو المساواة بين الزوجين في آثار الزواج من خلال صياغة نصوص قانون الأسرة، خاصة عند معرفة أن المادة 36 و37 بعد التعديل نصتا على حقوق مشتركة بين الزوجين.

الفرع الثاني: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال تعديل المادة 36 و37.

يمكن تقسيم آثار الزواج إلى آثار شخصية وأخرى مالية، ولقد اعتمد المشرع الجزائري هذا التقسيم بعد التعديل من خلال إفراد المادة 36 بجملة من الحقوق الشخصية المتعلقة بشخصيهما، أما المادة 37 فلقد خصصها للحقوق المتعلقة بالذمة المالية لكل من الزوجين، ما يلاحظ على هذا التعديل أنه جاء موافقا لفسلفة المساواة بين الزوجين، وعليه سيتم تحليل كل من المادة 36 و 37 من قانون الأسرة الجزائري في النقطتين التاليين.

أولا: حقوق الزوجين الشخصية على ضوء المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 36 من ق أ ج بعد تعديلها على ما يلي: " يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

أشار النص القانوني المذكور أعلاه لجملة من الحقوق الزوجية غير المالية، بنوع من التوسع فيها، من خلال الخروج عن فكرة اقتصارها على الزوجين فقط، حيث نص أيضا على

حقوق يلتزم بها أحد الزوجين تجاه أقارب الزوج الأخر[921]، وعند التمعن في صياغة المادة يمكن تقسيم حقوق وواجبات الزوجين تقسيمها أكثر تفصيلا متمثل في ما تعلق بالزوجين، فيما يتعلق بالفروع، وفيما يتعلق بالأقارب[922]، وعليه سيتم اعتماد التقسيم الثلاثي لتحليل المادة 36.

الفقرة الأولى: الحقوق والواجبات الزوجية غير المالية فيما بين الزوجين.

وتتمثل أساسا في الفقرات من 1 إلى 4 من المادة 36 من ق أ ج، وهي كالآتي:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

يظهر أن المشرع حاول إقامة الأسرة على التشاور والتعاون فيما يخص هذه الحقوق والواجبات[923]، لا على أساس القوامة والرئاسة، وفي ما يلي شرح موجز لمجل هذه الحقوق والالتزامات.

-أما عن المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، فلم يحدد القانون المقصود منها إلا أنه يمكن القول أنها كل ما يتعلق بالحياة بين الزوجين ومن أهمها، الاستمتاع والمساكنة الشرعية، ويقصد بالاستمتاع المخالطة الجنسية بين الزوجين في أطر الضوابط الشرعية، فهو حق مكفول لكل من الزوجين في الوقت الذي يريده وبالنحو الذي

921- عياشي جمال، الحقوق الزوجين غير المالية من نصوص قانون الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، المجلد 16، العدد 02، ص ص 141- 156، 2021، ص 142.

922- أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 86-87.

923- مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 109.

يكفيه، فلا يجوز لأحد الزوجين الامتناع عنه دون مبرر شرعي مقبول كالمرض أو الإحرام أو الصوم[924]، وذلك لتحقيق مقاصد الزواج المذكورة في المادة 04 ق أ ج[925].

أما عن المساكنة الشرعية فيقصد بها حق الزوجين في السكن والإقامة مع بعضهما فلا يجوز للزوج تركة داره دون سبب، كما لا يجوز لأحد الزوج أن يمنع الزوج الأخر من السكن معه[926].

ويمكن إضافة منع إفشاء الإسرار الزوجين كقيد على الزوجين من شأنه المحافظة على الروابط الأسرية، خاصة إذا كانت متعلقة بالنكاح وما تعلق به من مقدمات ومآلات[927].

–أما المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، وهذه الفقرة كما هو واضح مكونة من شطرين، يغني الأول منهما عن الثاني، والمتمثل في المعاشرة بالمعروف الذي يجد أساسه في قوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[928]، وإذا كان الخطاب المتضمن في الآية موجه للزوج، إلا أن معناه يُحمل على أنه موجه لكلا الزوجين، ويقصد بالمعاشرة بالمعروف أحد المعنيين التاليين، فهي إما أن تكون المعاشرة المتعارف عليها بين الناس، والعامل المعتبر في الكثير من متعلقات الزواج كخدمة الزوجة لزوجها، وإما تكون المعاشرة بالمعروف كل معاملة بإحسان ورفق ومودة[929]، وكف الزوجين الأذى عن بعضهما البعض،. كما أن المودة والرحمة جاء ذكرها في كتاب العزيز الحكيم في مواضع كثيرة.

–التعاون على مصلحة الأسرة والتشاور في تسير شؤونها، وهذا ما يعد واجبا على كلا الزوجين، وحقا للأسرة باعتبارها كيان يجمعهما، أما عن التعاون فعلى كل من الزوجين

924– فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 09، العدد 17، ص ص 105–188، 2017، ص 106.

925– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 518.

926– فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 106.

927– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، ص 521.

928– النساء، الآية، 19.

929– جمال عياشي، المرجع السابق، ص 146.

مساعدة زوجه الأخر بغية توفير الأفضل للأسرة، وهذا ما يتوافق مع نص المادة 04 من ق أ ج، الذي أسس الأسرة على جملة من المقومات من بينها التعاون، ومبدأ التعاون في تسيير شؤون الأسرة فكرة مندوبة شرعا تظهر من خلال قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ)[930]، فإذا كانت هذه الآية عامة مخاطبة لجميع المسلمين فمن باب أولى يدخل الزوجان في عمومها، كما أن الحديث يدل أيضا على التعاون ببين الزوجين وهذا ما يظهر من خلال قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته فالإمام الأعظم الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم، ... ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"[931]، فهذا الحديث أيضا جعل الزوج مسؤولا في بيته، كما جعل المرأة مسؤولة في بيتها وهذا ضرب من ضروب التعاون بينهما.

أما عن التشاور حسب نص الفقرة المذكورة أعلاه، فهو الأساس المعتمد لتسيير شؤون الأسرة، ولقد ذهب البعض للقول بأن الأخذ به يتنافى ومبدأ القوامة الزوجية، خاصة أن المشرع عمد إلى إلغاء القوامة ليحل محلها التشاور بين الزوجين، وحقيقة الوضع أن مبدأ القوامة لا يتنافى ومبدأ التشاور[932]، فإذا أتفق الزوجان في تسيير شؤون الأسرة فلا شي أجمل من التوافق والانسجام بينهما، ذلك أنه فكرة مندوبة شرعا كما يظهر من خلال قوله تعالى: (وَشَاوِرۡهُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِۖ فَإِذَا عَزَمۡتَفَتَوَكَّلۡ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُتَوَكِّلِينَ)[933] إلا أن تطبيق التشاور بين شخصين قد لا تؤدي في الكثير من الأحيان إلى مصلحة الأسرة،

930- المائدة الآية 02.

931- صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم)، حديث رقم 7138، ص 1764.

932- فايزة نشادي، المرجع السابق، ص 893.

933- آل عمران، الآية 159.

خاصة أن طرفا الأسرة وقطباها رجل وامرأة، وطريقة تفكير كل منهما تختلف عن طريقة الآخر، بحكم الاختلاف البيولوجي بينهما، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تحل فكرة التشاور محل القوامة، ذلك إنهما فكرتان متممتان لبعضهما البعض، لا يمكن العمل بأحدهما على حساب الأخرى، فالأصح هو الجمع بينهما عن طريق تقديم التشاور، فإذا أسفر عن نتائج لمصلحة الأسرة استمر العمل به، إما إذا عجز عن مواجهة الظروف المخلة بمصلحة الأسرة، لا بد من منح القوامة للرجل.

الفقرة الثانية: حقوق وواجبات الزوجين المنصرفة للفروع.

يستفاد من الفقرة 3 و 4 في الحدود المتعلقة بالأولاد عن طريق ضمني حق الزوجين على قدم المساواة في الإنجاب، حيث ساد في الفترات القديمة أن الإنجاب حق للزوج أكثر منه للزوجة، غير أن الفكر الحديث أصبح يرى فيه حقا مشتركا للزوجين يجب على كل منهما تمكين الآخر منه[934]، فالقول بأن الإنجاب حق للرجل دون المرأة، يرجع لبعض الأعراف الفاسدة غير المعتبرة شرعا. فلقد ثبت في الفقه المالكي أنه لا يجوز العزل على الحرة إلا بإذنها[935]، مما ينم على أن الفقهاء المالكية يقرون بأن الإنجاب حق مشترك بين الزوجين.

وفي جانب أخر أكد المشرع على حق الإنجاب في القسم الخامس المخصص للنسب، فكما يعترف بالنسب الثابت بالطريق الطبيعي، يعترف بالنسب الناتج عن طريق التلقيح الصناعي، الذي أخضعه لإرادة الزوجين المشتركة كقيد للجوء إليه[936]، فلم يفاضل رغبة الرجل على المرأة[937].

934- فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 107.

935- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها...، ص 526.

936- فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 107.

937- في مكان آخر غير قانون الأسرة في الترسانة القانونية الجزائرية، تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون فيما يخص مسألة في غاية من الأهمية لها علاقة بالإنجاب، آلا وهي مسألة جنسية الأطفال، فلقد جاءت المادة 2/09 من اتفاقية سيداو ملزمة لجميع الدول المصادقة على الاتفاقية بمنح المرأة نفس حق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما، ولقد تحفظت الجزائر

ويتفرع عن مسألة الإنجاب مسألة رعاية الأطفال وحمايتهم، الأمر الذي قد يقتضي إلزام كلا الزوجين بواجب القيام بشؤون الطفل المادية والمعنوية[938]، ويمكن اعتبار هذه المادة إطار عام لما فصله المشرع في أماكن أخرى من قانون الأسرة.[939]

وفي سبيل توفير حماية للطفل ورعاية تامة نص الفقرة 4 على ضرورة التشاور على تباعد الولادات، الأمر الذي تظهر ثمرته من ناحيتين، الأولى متعلقة بالأطفال، حيث شهد العصر الحالي تطورا وفوضى ترجع بالسلب على حياة الأولاد، مما يحتم التسليم بفكرة تباعد الولادات لمصلحة الأطفال، والثانية حماية صحة الأم، وهذا ما يستشف من المادة 69 من قانون الصحة الجزائري التي تنص على أنه: "...حماية صحة الأم قبل وأثناء وبعد الحمل...".

الفقرة الثالثة: حقوق وواجبات الزوجين المنصرف لأهاليهم.

إن القرابة بالمعنى القانوني على ثلاثة أنواع، قرابة نسب، مصاهرة، ورضاع، ولكل نوع من الأنواع سبب وآثار مترتبة عنه، فقرابة النسب سببها الدم، أما قرابة المصاهرة سببها

على هذه المادة من الاتفاقية، حيت كان الأمر 70-86، المتضمن قانون الجنسية، ج ر ع 105، مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، ص 1570. يعطي الجنسية الجزائرية الأصلية للطفل المولود من أب جزائري، في حين تمنح للأم الجزائرية في حالة ما إذا كان الأب مجهول أو عديم الجنسية. المادة 06 من الأمر 70-86. وفي هذا الحكم تمييز واضح بين الرجل والمرأة. لم يدم كثيرا هذا التحفظ فلقد جاء في التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الشعبية بيجين + 15، ص 02، ما يلي:"سحب التحفظ الذي سجلته الجزائر بخصوص المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة والمتعلقة بالمساواة بين حقوق الأم والأب في منح الجنسية الجزائرية للأبناء، وقد تم إقرار هذه المساواة في الجزائر بموجب المادة 6 من قانون الجنسية وأعلن رئيس الجمهورية عن سحب هذا التحفظ بمناسبة الاحتفال بالعيد العالمي للمرأة في 8 آذار/ مارس 2008." وتطبيقا لهذا أصبحت المادة 06 من قانون الجنسية المعدلة بموجب الأمر 05-01 ، يعدل ويتمم قانون الجنسية الجزائرية، جر،ع 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 15. على أنه ""يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"

938- أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 87.

939- من المسائل المادية التي يجب على الوالدين تلبيتها، النفقة عليهما حيث ألزمت المادة نفقة الأب على الأبناء، مادة 75، وفي حالة عجزه تجب نفقتهم على الأولاد، مادة 76، ومن قبيل الحماية المالية للطفل نظام النيابة الشرعية الكتاب الثاني من قانون الأسرة، وأخيرا في المسائل المعنوية أحكام الحضانة من المادة 62 إلى المادة 72.

عقد الزواج، حيث تنص المادة 32 من القانون المدني على ما أنه: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للدرجة إلى الزوج الآخر".

ما يلاحظ من هذه المادة أن القانون يعتبر الزوجان وكأنهما شخص واحد، من خلال اعتبار أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر، لكن مع تغير نوع القرابة، فإذا كان الزوج يرتبط بوالده عن طريق قرابة الدم المباشرة، بدرجة واحدة، فإن زوجته ترتبط بوالده عن طريق قرابة المصاهرة المباشرة بدرجة واحدة. ومن الآثار المترتبة عن قرابة المصاهرة[940] ما ذكرته الفقرات التالية من المادة 36:

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

أول ملاحظة يمكن تسجيلها على هذا السرد أنه تضمن تكرارا وعدم وضوح، فكان الأجدر بالمشرع أن يركزها في فقرة واحدة دالة أفضل من هكذا صياغة[941]، كما يمكن ملاحظة أنها ركزت على الأبوين دون غيرهما من الأقارب، فلا تخلو فقرة إلا وقد أشارت إليهما، على عكس باقي الأقارب، إذ تم ذكرهم في فقرتين فقط، وهذا إن دل إنما يدل على تأثير اللحمة التي تعكسها قرابة المصاهرة داخل المجتمع.

عند محاولة تحليل المادة وفق ما ارتضاه المشرع في صياغتها لا يجود أشكال في شرح كل من الفقرة 5 و 6، إذ هما شارحتان لنفسيهما ولا يحتاجان الاستزادة في تفسيرهما، ويبقى بعض الإشكال حول الفقرة 7 المتمثلة في زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم

940- علاوة على هذا الأثر المترتب عن قرابة المصاهرة، رتب المشرع الجزائري آثار أخرى متمثل في حرمة المصاهرة، التي بدورها تكون إما مؤبدة وإما مؤقتة، فالحرمة المؤبدة بسبب المصاهرة المؤبدة تتمثل في تحريم، أول الزوجة بمجر العقد عليها، فروعها إذا تم الدخول بها، أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل ومطلقات فوع الزوج وإن نزلوا. المادة 26 من ق اج، أما الحرمة المؤقتة بسبب المصاهرة تتمثل في تحريم الجمع بين المرأة و أختها، أو عمتها، أو خالتها مطلقا. المادة 4/30. ولا يتوقف أثر قرابة المصاهرة على قانون الأسرة فقط فهو متعد إلى غيره من فروع القانون خاصة الإجرائية منها.

941- نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 54.

بالمعروف، التي تحتوي شقين الأول إيجابي والثاني سلبي، أما الإيجابي فيتمثل في زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه، ويتحقق عن طريق حلول كل من الزوجين ضيفا على والديه وأقاربه الأولين، أما شقها السلبي فيتمثل في استضافة كل منهما لأبويه وأقاربه، ويتحقق عن طريق فتح بابهما لأبويهما وأقاربهما، ولا يعني فتح الباب بالمفهوم المادي، إنما يجب التوسع في معناه، عن طريق القبول والرضا في حلول أقارب الزوج ضيوفا في بيت أبنهم، فليس معنى زواج شخص واستقراره وتكوينه لأسرة جديدة، انسلاخه وخروجه عن أسرته الأصلية، بل يجب أن يبقى محافظا على منبته الأصلي.

وتجدر الملاحظة أن المشرع أخضع الزيارة والاستضافة للعرف، ومعنى هذا أن تكون معتدلة منتظمة وفي أوقات مناسبة ولمدة معقولة لكي لا تتحول إلى وسيلة تسبب المشاكل الزوجية[942]، وكان الأجدر بالمشرع أن يشترط في استضافة أقارب الزوجة غير المحرمين لها ضرورة تواجد الزوج في البيت، ذلك أن بعض الأعراف الفاسدة في المجتمع الجزائري لا ترى مانعا من اختلاء البنت بابن عمها وأبن خالها، لسبب قرابة الدم بينهما.

ما يمكن التوصل إليه أخيرا هو أن هذه الحقوق وإن كانت لا ترتبط بالزوجين بطريق مباشر، إلا أنها تساعد كثيرا على تعزيز أواصر الزوجين بينهما، فاحترام وحسن معاملة واستضافة أحد الزوجين لأقارب الزوج الأخر فيه الكثير من الانعكاسات الايجابية على علاقته بزوجه[943].

942- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها...، ص 530.

943- عياشي جمال، المرجع السابق، ص 148.

ثانيا: الحقوق المتعلقة بالذمة المالية على ضوء المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 37 بعد التعديل على ما يلي:

"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل منهما."

ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بأصل عام متمثل في استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين عن ذمة الأخر، واستثناء متمثل في إمكانية الاتفاق حول الأموال المشتركة بينهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية[944]، وعليه سيكون تحليل هذه المادة في النقطتين الآتيتين، الأولى متعلقة باستقلال الذمة المالية للزوجين، والثانية إمكانية الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين.

الفقرة الأول: استقلال الذمة المالية للزوجين.

تنص المادة 1/37 بعد التعديل على ما يلي:

"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...".

من خلال هذه الفقرة يلاحظ نص المشرع الصريح على استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، وتعد الذمة المالية صفة لصيقة بالشخصية القانونية، حيث يقصد بها: "مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية"[945].

إن حكم استقلال الذمة المالية لكل من الزوج ما هو إلا تأكيد للقواعد العامة في القانون المدني الذي يعطي الشخصية القانونية كاملة لكل من الرجل والمرأة المادة 1/25، لأن من مقتضيات الشخصية القانونية الذمة المالية، غير أنه يمكن تفسير نص المشرع في ق أ ج

944- بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 121.

945- بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 121.

على هذا، حرصه على الوفاء بالتزاماته الدولية التي ركزت على ضرورة منح المرأة بصفة عامة والزوجة بصفة خاصة ذمة مالية مستقلة، حيث دعت مختلف الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية لتفعيل هذا الحق للزوجة، ومرد دعوتها هاته. هو تاريخ الدول العظمى المسيطرة على توجه المعاهدات الدولية حيث كان للزوج في التشريعات الغربية كامل السلطان على شخص ومال الزوجة[946]. بتعبير أخر جاء المقصود من هذا الحكم –استقلال الذمة المالية للزوجين– أن لا يشكل الزواج سببا من أسباب الحجر على الزوجة في التمتع بأموالها، وهذا الحكم معروف في الفقه الإسلامي ومتفق حوله. اللهم فيما يخص نظرة المالكية الذين منحوا للزوج حق منع الزوجة في حالة تبرعها بمالها فيما يتجاوز الثلث[947].

على هذا تتكون الذمة المالية للزوج من مجموع الأموال المنقولة والعقارات المكتسبة قبل الزواج، وكذا الديون المستحقة له تجاه الغير، والديون المثقلة لذمته لفائدة الغير، وأخيرا ما قد يدخل ملكه عن طريق أي تصرف ناقل للملكية كالهبة أو الإرث أو الوصية، كما تتكون ذمة الزوجة من ذات العناصر المكونة لذمة الزوج أي من مجموع الحقوق العقارية أو المنقولة، وكذلك جملة الديون سواء في شكل إيجابي أو سلبي[948].

وعلى كل تترتب على منح كل من الزوجين ذمة مالية مستقلة ثلاث نتائج أساسية متمثلة في ما يلي:

الأولى: حرية الزوجة في التصرف في مالها بجميع أنواع التصرفات، فلها أن تدخره أو تخرجه من ملكها عن طريق البيع أو الهبة أو القرض، كما يجوز لها أن توصي به أو

946– فاطمة الزهراء القشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق دراسة في المطلب والمبررات، دراسات وأبحاث، المجلد 04، العدد 09، ص ص 157– 169، 2012، ص 169.

947– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 547.

948– كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، ص 57.

ترصده ضمانا لدين في شكل رهن كما لها أن تحبسه[949]، ومن باب أولى يكون للزوج هو الأخر الحق في إدارة والتصرف في أمواله وله مطلق الحرية في ذلك.

أما الثانية متمثلة في استقلال الديون المستحقة على كل من الزوجين، سواء ديون فيما بين الزوجين، أو ديون أحد الزوجين بذمة الغير[950]، ومعنى هذا أنه في ظل استقلال الذمة المالية للزوجين يمكن أن يشغل أحد الزوجين مركز الدائن والآخر مركز المدين في علاقة مديونية واحدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن لكل من الزوجين أن يثقل ذمته هو بديون مالية، ولا تكون إلا ذمته ضامنة لهاته الديون، فلا تضمن ذمة الزوج الأخر ما رتبه أحد الزوج من ديون، فالدين مسألة شخصية ينشه زوج واحد، وتضمنه ذمته وحده دون تدخل ذمة الزوج الأخر.

وتبقى النتيجة المنطقية الثالثة والمتمثلة في أن الحقوق التي يكتسبها كل زوج تدخل في ذمته وحده، سواء كان مصدرها عمله كمرتب شهري أو أرباح نتيجة أعمال تجارية، أو ما عساه أن يتلقاه من هبات أو عطايا.

بهذا تظهر أهمية استقلال الذمة المالية من الناحية العملية حيث يؤدي هذا المبدأ إلى عدم اغتناء أحد الزوجين على حساب الآخر، والحفاظ على ثروة كل زوج وتنميتها في استقلال تام، ومن جهة أخرى يلاحظ أنه يحمي الزوج من مغبة إعسار وإثقال ذمة الزوج الآخر بالديون، فليس دائما ذمة أحد الزوجين مليئة ترجع بالنفع على الزوج الآخر[951].

كما تظهر أهميته في صلاحية الزواج لأن يكون سببا من أسباب الإرث فبمجرد موت أحد الزوجين لا يمكن لأحد الزوجين أن يستحوذ على كل التركة إنما يشترك مع الورثة ويكون له نصيب مما تركه الزوج الأخر وفق ما حدده القانون والشرع[952].

949- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 161.

950- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 549.

951- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، ص 56.

952- فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 109.

ثانيا: إمكانية الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين.

طبقا للمبدأ الأصلي المتمثل في استقلال الذمة المالية للزوجين، فإن الزواج لا يخلق اندماجا واختلاط بين ذمة الزوجين بل يبقى كل منهما محتفظ بذمته المالية سواء في شقها الإيجابي أو السلبي، هذا من الجهة النظرية، أما من الناحية الواقعية فغالبا ما يشترك الزوجان في متطلبات الحياة الزوجية المالية، وبهذا تكون الأموال المكتسبة بعد الزواج نتيجة جهد مشترك بين الزوجين[953]، خاصة أنه من الناحية القانونية تكون الأموال غالبا باسم الزوج، لكون العلاقة الزوجة تأتي كمانع أدبي لإدراج الزوجة كمالك رسمي أو شريك، رغم أن القانون المدني تفطن إلى مثل هذه الحالات لاكتفائه بشهادة الشهود فقط دون تطلب الكتابة لتوافر المانع الأدبي بموجب المادة 1/336، إلا أن هذه الوسيلة غير مجدية في حماية حقوق المرأة المالية[954].

خاصة أن المرأة اليوم أصبحت عاملة الأمر الذي لا يدع مجالا للشك للقول بمساهمتها المالية في تسيير شؤون الأسرة، فبهذا يتم التسليم بالمشاكل التي قد ترتبها الأموال المشتركة بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية في حال الخصومات بين الزوجين، وتبرز أكثر في حالة انحلال الزواج بطلاق أو وفاة[955]، وإن كان قانون الأسرة هو الأخر حاول حل النزعات المالية بين الزوجين من خلال نص المادة 17 التي وضعت قواعد حل النزاع في الصداق، وكذا المادة 73 التي وضعت قواعد حل النزاع في متاع البيت[956].

تحسبا لكل هذا أجازت المادة 2/37 إمكانية اتفاق الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل منهما، حيث نصت على أنه: "...غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد

953- بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 124-125.

954- فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 110.

955- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 552.

956- مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 165.

الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل منهما."

من خلال تحليل هذه المادة يتم استنتاج جملة من النقاط مركزة في كون هذا النظام القانوني المستحدث بموجب تعديل 2005 يأتي في صورة اتفاق أو عقد، ومن ثم فيتميز بخصائص العقد المعروفة في النظرية العامة للعقد، أضف إلى ذلك خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى المسماة بوصفه حق من حقوق الزوجية.

إن القول بأن هذا النظام عقد معناه ضرورة تحقق أركان العقد المعروفة، وهي التراضي والمحل والسبب، ويشترط في الرضا أن يكون خاليا من العيوب وفي طليعتها الإكراه، وأن يكون كل من المحل والسبب مشروعين، كما يشترط فيه أهلية معينة، وهي متحققة دائما ما دامت شرط قبلي للزواج، و ما دام النظام المالي للزوجين أثر من آثاره.

أما بوصف هذا العقد المالي نظام خاص في قانون الأسرة فهو يتميز بجملة من الخصائص متمثلة فيما يلي:

من حيث أطرافه: إذا كانت العقود بوجه عام لا يمكن حصرها من حيث أطرافها فقد يكون أطرافها أشخاص طبيعية أو معنوية، والأشخاص الطبيعة بدورهم ذكور وإناث، كما أن الأشخاص المعنوية تختلف فقد تكون أشخاص معنوية عامة أو عامة، فإن أول ما يميز عقد الاشتراك المالي هو أطرافه المتمثلان في رجل وامرأة تربط بينهما رابطة الزوجية الصحيحة، بمعنى أخر يجب أن يكون طرفاه زوج وزوجة.

من حيث زمنه: بينت المادة 2/37 زمن العقد المالي فقد يكون متزامن مع العقد أي لحظة إبرام الزواج، كما قد يكون لاحق لإبرام العقد أي بعد استمرار الحياة الزوجية.

من حيث شكله: إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي الرضائية إلى أن يأتي نص القانون فيخرج العقد من الرضائية إلى الشكلية[957]، فلقد جاءت المادة 2/37 ملزمة للزوجين

957– محمد سعدي الصيري، المرجع السابق، ص 55.

العازمين على إبرام العقد المالي بينهما إفراغه في محرر رسمي وإلا لن يرتب آثاره القانونية. والمحرر الرسمي هو من يحرره ضابط عمومي محلف أو يوثق داخل دائرة المحكمة[958].

من حيث موضوعه: يتناول عقد الاشتراك المالي بين الزوجين الأموال المتكسبة بين الزوجين بعد الزواج، دون المكتسبة قبله، ومن ثم لا يمكن أن تكون هذه الأخيرة محلا لهذا الاتفاق.

من حيث غايته: هي اقتسام النسب التي تؤول إلى كل منهما، ولم تحدد المادة 2/37 ضابط تقسيم الأموال بين الزوجين وظاهر الحكم أنه ترك للتوافق بين الزوجين[959].

وهنا تظهر ثمرة العقد المالي بين الزوجين في حال التنازع أو حال انحلال الزواج بوفاة أو طلاق، ففي حال الوفاء يأخذ كل زوج نسبته قبل ميراثه، أما في حالة الطلاق فيأخذ كل زوج نسبته قبل استحقاقه ما قد يكتسبه من تعويضات مالية جراء الطلاق.

بهذا يمكن القول أن فقرة وحيدة شحيحة الأحكام لم تنظم هذه المسألة تنظيما تفصيليا من حيث مضمون العقد المالي وفيما يتم الاتفاق بشأنه[960]، لذلك أقترح بعض الفقهاء أن يخضع العقد المالي بين الزوجين برمته لإرادة الطرفين في حدود النظام العام والآداب العامة، وإلا فيخضع لأحكام القانون المدني أو التجاري حسب طبيعة الاشتراك[961].

من نهاية هذا المطلب يلاحظ أن المشرع وافق عولمة القانون من خلال نصه على جملة من الحقوق المشتركة بين الزوجين المندوبة عالميا، والتي في مضمونها وفحواها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، وفي المقابل بقي قانون الأسرة متعلقا بهذه الأخيرة حيث نص في أبواب أخرى من قانون الأسرة على حقوق معارضة لحقوق الزوجين في ظل عولمة القانون وهذا ما سيتم الحديث عنه في المطلب التالي.

958- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 170.

959- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 171.

960- بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 126.

961- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 167.

المطلب الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه.

إذا كان قانون الأسرة حاول إقامة حقوق وواجبات الزوجين على أساس من المساواة من خلال الفصل الرابع من قانون الأسرة، إلا أنه عند تتبع باقي نصوصه تجده قد بقي وفيا للفقه الإسلامي وما تعارف عليه المجتمع الجزائري، حيث قرر حقوقا زوجية غير مقبولة من وجهة نظر عولمة القانون، والمتمثلة في الحقوق التبادلية بين الزوجين التي تشكل حق بالنسبة لأحد الزوجين والتزام بالنسبة للطرف الأخر، ناهيك على إمكانية الرجوع للفقه الإسلامي بموجب المادة 222 من ق أ ج، –الذي يتضمن حقوق تبادلية بين الزوجين– في الحدود غير المعارضة لقانون الأسرة، وهذه الحقوق كثيرة ومتنوعة يمكن تقسيمها إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية. وسيتم الاقتصار على الحقوق التي ذكرها قانون الأسرة سواء بطريق صريح أو ضمني دون الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض الحقوق المالية.

تتعدد الحقوق المالية وتتنوع للحد الذي لا يمكن معه حصرها، ومع هذا أمكن تقسيمها إلى قسمين، حقوق شخصية وتسمى "الالتزامات"، وحقوق عينية وأشهرها وأهمها "حق الملكية"، ومن الحقوق المالية المتعلقة بين الزوجين التي خالف فيها المشرع الجزائري عولمة القانون، ما هو شخصي ويتمثل في النفقة الزوجية[962]، ومنها ما هو عيني والمتمثل في الميراث بين الزوجين، وعليه سيتم الحديث عن النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري أولا، والحديث عن حق الميراث بين الزوجين ثانيا.

962–من بين الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري التي خالف فيها المشرع الجزائري عولمة القانون، حقها في الصداق، ولقد تم الحديث عن الصداق كشرط من شروط الزواج تماشيا مع توجه المشرع في النص عليه في باب شروط الزواج نص المادة 09 مكرر من ق أ ج.

أولا: النفقة الزوجية.

أما بخصوص النفقة في الفقه الإسلامي فلقد اتفق علماء الأمة على أنها واجبة على الزوج بوصفها أثر من آثار الزواج الصحيح، عن طريق تكييفها حق من حقوق الزوجة تثبت لها بمقتضى العقد بغض النظر عن حالة المرأة المالية بين اليسار والإعسار والاعتدال، وبصرف النظر عن حالتها الدينية سواء مسلمة أم كتابية[963].

أما عن موقف غالبية الدول الغربية فواجب الإنفاق في الأسرة مشترك بين الزوجين[964]، والمعاهدات والمؤتمرات الدولية بدورهما جاءوا بذات موقف الدول الغربية.

أما عن المشرع الجزائري من النفقة الزوجية فلقد عارض عولمة القانون وأيد الفقه الإسلامي في هذا الشأن حيث تنص المادة 74 من ق أ ج على ما يلي: " تجب نفقة الزوجة على زوجها...".

يقصد بالنفقة عموما ما يصرفه الشخص على أقاربه من زوجة وأولاد وأقارب من طعام وكسوة ومسكن[965]، ولم يعرف المشرع الجزائري النفقة إنما اكتفى بذكر مشتملاتها في نص المادة 87 التي تنص على أنه " **تشمل النفقة:** الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.".

واضح من نص المادة أنه يدخل في النفقة كل ما يعتبر من الضروريات لاستمرار الحياة، ولقد جاء المشرع بأمثلة لما يعد ضروريا، كالغذاء ، الكسوة، العلاج والسكن أو أجرته، وترك البعض ليُحدد بالعرف والعادة، ومن قبيل ما يدخل في النفقة عرفا وعادة توفير الأدوات المدرسية، وتسديد فواتير الكهرباء والغاز والماء، توفير فترة استجمام مرة في السنة كحد أدنى.

في جانب أخر عرف المشرع اليمني النفقة في قانون الأحوال الشخصية اليمني وتحديدا في المادة 259 منه بنصها على أن: "النفقة هي المؤن اللازمة في مال الشخص لغيره لسبب

963- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 231.

964- فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 160.

965- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 145.

أو نسب..."، وعليه يقصد بالنفقة الزوجية التي هي محل البحث باعتبارها مظهر من مظاهر اللاعولمة قانونية في قانون الأسرة الجزائري، الأداء المالي الذي يقع على عاتق الزوج لمصلحة زوجته لأجل معيشتها عن طريق توفير متطلبات الحياة لها من مأكل وملبس ومشرب وعلاج وكسوة....

ولقد جاءت المواد من 74 إلى 80 تحت مظلة الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول في قانون الأسرة الجزائري، مخصصة للنفقة بمفهومها الواسع في قانون الأسرة الجزائري، منها المواد 74، خاصة بالنفقة الزوجية، والمادة 78و79 و80 أحكام خاصة بالنفقة بوجه عام، وعليه سيتم تحليل المادة المتعلقة بالنفقة الزوجية وكذا تحليل باقي المواد العامة في حدود النفقة الزوجية دون غيرها من صور النفقة الأخرى.

أما عن المادة 74 التي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة 78 و79 و80 من هذا القانون." فلقد حكم النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، المتمثل في الوجوب، إضافة إلى تبيان شروط وجوبها، ذلك أن ثبوتها لا يمنع من وضع شروط لها، حيث تتمثل طبقا لقانون الأسرة والعمل القضائي في ما يلي:

1-الزواج الصحيح: لكي تستحق الزوجة نفقتها الشرعية يجب أن يكون الزواج صحيحا، ويكون صحيحا عندما ينعقد مستوفي لجميع شروطه وأركانه القانونية، وبطريق آخر فإن الزواج غير الصحيح سواء الباطل أو الفاسد لا تستحق به الزوجة نفقة حتى لو حصل فيه دخول[966]، وتجدر الإشارة إلى أن ق أ ج لم يشر إلى هذا الشرط صراحة إلا أن القضاء تداركه في العديد من القرارات من بينها ما يلي: "من المقرر شرعا بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجية..."[967]، والزوجية هنا تفيد حتما الزوجية الصحيحة لأن الزواج عقد والأصل في العقود الصحة، ولأن

966- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة...، ص 440.

967- المجلس الأعلى، غ ق خ 1971/02/10، ن ق 1972، عدد 02، ص 66، نقلا عن سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 177.

الزواج غير الصحيح لا يرتب أي أثر طبقا للأصل العام، اللهم ما استثناه القانون بنص خاص.

2-الدخول بالزوجة أو دعوتها إليه: لا تستحق الزوجة النفقة طبقا للأصل العام إلا بالدخول[968] الحقيقي، ويلحق به كشرط لاستحقاق النفقة، الدخول الحكمي وهذا ما سار عليه العمل القضائي فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليهما وهو الذي يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستور" "أو خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية... ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى لو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها"[969].

ويلحق بالدخول الحقيقي والحكمي كقيدين اختياريين لاستفاء الزوجة حقها في النفقة ما هو أدنى منها، والمتمثل في كفاية دعوة الزوجة لزوجها بالدخول، وعلى هذا قد تدعو الزوجة زوجها للدخول، وتتحقق بكافة الطرق الكفيلة لذلك كالاتصال عن طريق الهاتف أو إرسال رسالة نصية أو عن طريق وكيل، وما يهم هو أن تكون لديها بينة على دعوتها، وإن كانت البينة شرط عام مطلوب في جميع الطلبات، إلا أن المشرع ركز على إثباته لسهولة إنكاره من قبل الزوج على عكس الدخول الحقيقي أو الحكمي الذي يستحيل إنكاره إذا ما تحقق.

3- صلاحية الزوجة للمعاشرة: ويقصد بهذا الشرط المنطقي قدرة الزوجة على تحمل الوطء والاستمتاع بها والاستفادة منها في تدبير شؤون البيت والأولاد، وهذا كله لتحقيق مقاصد

968- إن اشتراط الدخول لكي تستحق الزوجة نفقتها شرط يستقيم ونص المادة 75 التي تنص على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول..."، فنفقة الأنثى في التشريع الجزائري قبل زواجها يكون من مالها إن كان لها مال، أما إذا لم يكن لها مال فنفقتها على الأب ويستمر التزامه بذلك حتى زواجها والدخول بها.

969- المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 01، ص 34.

الزواج المادة 04 من ق أ ج[970]، ولقد كفلت هذا الشرط المادة 07 مكرر من ق أ ج، التي نصت على إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، وكذا المادة 72 من قانون الصحة الجزائري.

بتحقق هذه الشروط وجب على الزوج أن يوفي دين النفقة في أوانه عن طريق ودي، وإلا كان للزوجة رفع دعوى قضائية لدى محكمة موطنها المادة 2/426 من ق أ م د، وفي هذا الحكم خروج عن القاعدة الإجرائية العامة المشهورة المتمثلة في رفع الدعوى أمام موطن المدين، وهذا كله حماية للزوجة ولكل من يطالب بالنفقة.

فإذا عزمت الزوجة رفع دعواها يتم قبولها، ويقع واجبا على القاضي الحكم لها بالنفقة مراعيا في ذلك ظروف وحالة الزوج والزوجة الاقتصادية والمالية والاجتماعية، ولديه سلطة تقديرية واسعة في ذلك يقيدها ما يثبت لديه من وثائق ومستندات ووضعية الزوجين المالية تبعا لحال الزوجين يسارا وعسرا المادة 79 من ق أ ج، ولا يمكن للقاضي مراجعة دين النفقة إلا بعد مرور سنة من الحكم بها[971]، ولقد وصف بعض شراح قانون الأسرة هذا الميعاد بالطول، فكان الأجدر به أن يقلصه لستة أشهر، وهذا بسبب عدم ثبات الظروف الاقتصادية والمعيشية[972]، خاصة في الفترة الزمنية الأخير التي عرفت ومازالت تعرف تطورا سريعا في ارتفاع مستلزمات الحياة اليومية من مأكل وملبس ومشرب.

والأصل أن دين النفقة الزوجية يكون من تاريخ رفع الدعوى إلا أن المشرع أجاز استثناء أن يحكم باستحقاق النفقة قبل سنة من تاريخ رفع الدعوى إذا أثبت الزوجة عدم إنفاقه، فالمشرع هنا ترك للزوجة مدة عام كامل تتربص فيه عن المطالبة بدين النفقة، والسؤال المطروح هنا ما مصير دين النفقة لأكثر من سنة قبل تاريخ رفع الدعوى، فإذا كان القانون اعترف ومنح حماية لدين النفقة قبل سنة من رفع الدعوى، فماذا عن دين النفقة السابق لسنة قبل تاريخ رفع الدعوى؟

970- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة...، ص 441.

971- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 590.

972- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 151.

يمكن القول أن المشرع قد وضع مدة سنة كميعاد لتقادم لدين النفقة– خلافا للأصل العام الذي يحدد مدتها ب 15 سنة المادة 308 من ق م ج– فإذا لم تطلب فيها الزوجة حقها سقط بالتقادم، ومن المعلوم في القواعد العامة أن الدين المدني الذي سقط بالتقادم يتحول إلى التزام طبيعي المادة 320. وما يميز الالتزام الطبيعي أنه التزام فقد عنصر المسؤولية فيه فمن جهة يعتبر دين ومن جهة، لا يمكن الإجبار على الوفاء به، فإذا وفاه المدين مختارا اعتبر وفاء لا تبرعا[973]، ومن ثم يمكن القول أن دين النفقة السابق لسنة يوصف بأنه التزام طبيعي في ذمة الزوج، إن شاء سدده، وإن شاء امتنع، فإن سدده يعتبر قد وفى وتطبق عليه أحكام الوفاء لا التبرع، إما إذا امتنع فليس للزوجة شيء.

إن الزوجية أقوى أسباب النفقة ذلك أنها بمقابل على عكس سبب النفقة الأخرى المتمثل في القرابة، فالزوجة محل لاستمتاع زوجها بها، أضف إلى ذلك أنها هي القائمة على شؤون بيته وأولاده[974]، لذلك كان جزاء عدم تسديد الزوج لنفقته قاس في النفقة الزوجية، حيث يجوز لها طلب تحريك الدعوى العمومية ضد زوجها لعدم الإنفاق المادة 331 من ق ع ج[975]، كما يجوز لها رفع دعوى المطالبة بالتطليق في إطار الشروط التي وضعتها المادة 1/53 من ق أ ج[976].

تثار مشكلة سقوط دين النفقة الزوجية بسبب نشوز الزوجة، حيث يقصد به فقها ترفعها وتعاليها عن طريق مخالفة ومعصية زوجها فيما فرض عليه من حقوق والتزامات الزوجية[977]، ولا يثبت النشوز طبقا للعمل القضائي إلا بتحرير محضر تنفيذ لحكم قضائي تمتنع فيه الزوجة

973– محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 17.

974– محمد أبن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج13، ص 498.

975– كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، ص 220.

976– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 120.

977– هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص: قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020/2019، ص 137.

عن الرجوع إلى بيت الزوجية[978]، والفقه الإسلامي يعطي للزوج استعمال جملة من الوسائل المختلفة لمعالجة نشوز الزوجة[979] من بينها سقوط نفقتها بعد استقرارها في ذمته[980]، ولقد كان النشوز الثابت في حق الزوجة سببا من أسباب سقوط نفقتها، إلى أن جاء تعديل 2005 فقام بإلغائه كسبب مسقط للنفقة.

ولما كان النشوز لا يقتصر على الزوجة فقط فقد يصدر من الزوج، ويكون منه في حالة ترفعه عنها وإيذائها وضربها دون مسوغ شرعي[981]، قام المشرع بتغير طبيعته عن طريق جعله سببا من أسباب الطلاق بموجب نص المادة 55 من ق أج[982]. ولما كان متصورا أيضا أن يكون النشوز مشتركا بين الزوجين[983] أوجب المشرع بعث حكمين للتوفيق بينهما المادة 56 من ق أ ج.

ثانيا: الحق في الميراث بين الزوجين.

الميراث سبب من أسباب كسب الملكية طبقا للمادة 774 من ق م ج، التي أحالت إلى قانون الأحوال الشخصية مسألة تحديد أنصبة الورثة في التركة –وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة جاء بها القانون المدني سنة 1975 الوقت الذي لم يصدر فيه قانون الأسرة الجزائري بعد، وهذا ما يدل على أن فكرة وضع قانون يحكم مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري ليست وليدة سنة من التفكير سبقت صدوره، بل تظهر أن نية المشرع في إصدار قانون الأسرة سبقتها تحضيرات لذلك– ولقد خصص قانون الأسرة الكتاب الثالث منه كاملا لإحكام الميراث تحت عنوان "الميراث".

978– المجلة القضائية، غ أ ش، بتاريخ 12 يناير 2012، ملف رقم 00054–12، قرار غير منشور، نقلا عن أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون...، ص 269.

979– عماد أموري جليل الزاهدي، المرجع السابق، ص 11.

980– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 441.

981– ذبيح هشام، المرجع السابق، ص 138.

982– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 152–153.

983– عماد أموري جليل الزاهدي، المرجع السابق، ص 17.

تقرر سابقا أن جل أحكام الميراث الصادرة في قانون الأسرة الجزائري مقتبسة من ما هو ثابت قرآنا وسنة، ولم يمسها تعديل سنة 2005، وفي هذا المقام سيكتفى بالحديث عن الحق في الميراث كأثر من آثار الزوجية، لتتمة الحديث عن النظام القانوني لحقوق الزوجين في التشريع الجزائري، بوصف الميراث حق ممنوح للزوجين جاء قانون الأسرة في منحه لأطرافه موافقا للفقه الإسلامي معارضا لمقتضيات عولمة القانون.

يعرف الفقه الميراث عن طريق استجماع أركانه المتمثلة في الوارث، المورث، المال الموروث، وهذا الأخير مكون لما يسمى بالتركة التي يقصد بها ما يتركه الميت من أموال سواء أموال منقولة أو عقارية، وكل الحقوق التي كان يملكها الميت أثناء حياته[984]، بقولهم الميراث حق مالي يستحقه الوارث من التركة بسبب من أسباب الإرث[985].

فطبقا لهذا التعريف يشترط في الميراث، تحقق وفاة المورث حقيقة أو حكما[986]، المادة 127 من ق ا ج، تحقق شرط حياة الوارث حقيقة أو إلحاقه بالأحياء[987]، ثبوت سبب الإرث، انتفاء موانع الإرث، المادة 128 من ق أ ج.

ولقد بينت المادة 126 من ق أ ج، أسباب الإرث وحصرتها في القرابة والزوجية، فمعنى أن الزوجية سبب من أسباب الإرث أنه في حالة وفاء أحد الزوجين حقيقة أو حكما، يستحق الحي منهما نصيبا مما تركه الزوج الميت من حقوق وأموال مالية. مع التحرز من انتفاء مانع من موانع الإرث.

إن الميراث بين الزوجين علاوة على الشروط العامة في الميراث، يجب أن يستوفي جملة من الشروط الخاصة تميزه عن الأسباب الأخرى، وإذا كانت موانع الإرث عامة هي الأخرى

984- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص121.

985- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 12-13.

986- يقصد بالموت الحكم، الحكم القضائي القاضي بموت المفقود، المادة 114 من ق أ ج.

987- يلحق بالأحياء الجنين في بطنه أمه، ونص المادة 128 من ق أ ج يتوافق ونص المادة 2/25من القانون المدني التي تعترف للجنين بشخصية قانونية ناقصة.

تنطبق على جميع الورثة، إلا أن هناك مانعا منها يثير إشكالا بخصوص ميراث الزوجين في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، وعليه سيتم التركيز على شروط ميراث الزوجين الخاصة، والحديث عن المانع الذي تظهر أهميته في الميراث بين الزوجين.

وشروط الإرث بين الزوجين في ق أ ج، يمكن استنتاجها من المواد 130، 131، 132 على التوالي، والمتمثلة في شرطان ايجابيان وهما ضرورة وجود عقد زواج صحيح، أن تكون وفاة احد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو أثناء العدة، وشرط سلبي متمثل في عدم اشتراط الدخول.

أما عن الشرط الأول فمتمثل في ضرورة وجود زواج صحيح ولو لم يقع دخول قط[988]، وهذا الشرط موافق للفقه الإسلامي، والزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري حسب ما تقدم، هو المستوفي لجميع أركانه وشروط صحته، أو المتخلف فيه أحد الشروط المذكورة في المادة 2/33 بعد الدخول، أما الباطل وهو الذي اختل فيه ركن الرضا أو تم بأحد المحارم، أو تخلف فيه شرط من الذكور في المادة 2/33 قبل الدخول أو تخلف أكثر من واحد منها بعد الدخول، أو الذي اشتمل على نوع الموانع التي تؤثر في انعقاده صحيحا طبقا للمادة 32، لا يثبت فيه الميراث حتى لو وقع دخول[989].

أما الشرط الثاني المتمثل في وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو أثناء العدة، والحقيقة أن الحديث عن هذا الشرط مسألة ثانوية، فيجب أولا اشتراط وفاة أحد الزوجين في ظل استمرار الحياة الزوجية، التي تكون قائمة حقيقة أو حكما، وتقوم حكما في حالة الطلاق الرجعي ففي حالة وفاء أحد الزوجين في عدة الطلاق الرجعي يرث كل منهما الآخر، أما في حالة الطلاق البائن فلا ميراث بينهما[990].

988- قديري محمد توفيق، أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 01 ص 263-278، 2020، ص 267.

989- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 219.

990- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 219.

أما الطلاق في التشريع الجزائري من الناحية الإجرائية فيمر بمراحل تأخذ زمنا معينا، فقد يموت أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو بعد صدوره وأثناء العدة، وهنا يستحق الحي منهما الإرث، على عكس وفاء أحد الزوجين بعد العدة فلا توارث بينهما، مصداقا للمادة 132 التي تنص على أنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاء في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث."، وهذه المادة وإن كانت تبدوا واضحة وبسيطة إلا أنها تثير العديد من الإشكالات لارتباطها بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري[991]، وعليه سيكون تفصيل الحديث عنها عند الحديث عن الطلاق[992].

والميراث كغيره من المسائل الشرعية والقانونية قد تعرضه موانع تمنع وجوده، ويخضع ميراث الزوجين من حيث موانعه لأحكامها العامة، ومع هذا هناك مانع من شأنه أن يخلق إشكالا في ميراثهما، وإن كان المشرع لم ينص عليه لا أنه وجب الرجوع إليه طبقا للمادة 222 من ق أ ج، والمتمثل في مانع اختلاف الدين، فإذا كان يجوز للرجل أن يتزوج بكتابية، إلا أنه يجب أن تمنع هذه الأخيرة من الميراث في حال وفاته بسبب اختلاف دينها إذا بقيت متمسكة به.

أما عن أنصبة الزوجين في الميراث طبقا لقانون الأسرة، فالزوج يرث إما النصف بشرط عدم وجود الفرع الوارث المادة 1/144، وإما الربع عند وجود الفرع الوارث المادة 1/145، أما الزوجة، فترث الربع في حالة عدم الفرع الوارث المادة 2/145، وإما الثمن في حالة وجود الفرع الوارث المادة 146.

فما يجب ملاحظته على أنصبة الزوجين في قانون الأسرة الجزائري أنها مقتبسة من الفقه الإسلامي حرفيا، وما يتميز ميراثهما في الفقه الإسلامي بعدة خصائص متمثلة فيما يلي:

991- قديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 271.

992- راجع المطلب الثاني، المبحث الأول، الفصل الثاني، الباب الثاني.

الأولى متعلقة بالحجب[993] الذي ينقسم إلى قسمين، حجب الإسقاط، وحجب إنقاص، فعند استقراء المواد من 161 إلى 165 الخاصة بحجب الحرمان لا تجد الزوجين دور فيه، ذلك أن الزوجين لا يحجبون ولا يحجبون غيرهم حجب إسقاط، وعلة هذه الميزة هي كون الرابطة التي تجمع الزوجين أصلية لا يتوسط بينهما شخص ثالث، على عكس روابط القرابة الأخرى التي غالبا ما تجد من يتوسطها، كرابطة الشخص بجده الذي يتقرب له عن طريق أبيه، ورابطة الشخص بابن ابنه الذي يتقرب له عن طريق ابنه وهكذا.

وفي هذا الإطار قسم الفقهاء الورثة من حيث الحجب إلى ورثة يَحجبون ولا يُحجبون كالأولاد، وورثة يُحجبون ولا يُحجبون كالأخوة لأم، وورثة لا يُحجبون ولا يَحجبون، وهما الزوجين.

هذا في ما تعلق بحجب الحرمان أما حجب الإنقاص، فالزوجين يُحجبون ولا يَحجبون، ويحجب الزوجين الفرع الوارث للزوج الميت، فينقص الفرع الوارث نصيب الزوج من النصف إلى الربع، كما ينقص نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن.

الميزة الثانية تتمثل في أن نظام ميراث الزوجين مؤسس على مبدأ أن للرجل ضعف المرأة، وهنا تظهر موافقة قانون الأسرة الجزائري للفقه الإسلامي، ومخالفته لعولمة القانون التي تعطي نفس النصيب للزوجين في الميراث من بعضهما البعض.

الميزة الثالثة تظهر في أنه لا رد على الزوجين في الميراث إلا في حالة نادرة التحقق، ويقصد بالرد: "صرف الزائد على أصحاب الفروض النسبية والعود به على أصحابها حيث لا

993- يقصد بالحجب: "منع الوارث من كل نصيبه أو بعضه لوجود شخص أولى منه في الميراث"، – عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 138. مع تقيد هذا التعريف بضرورة توفر جميع شروط الميراث وانتفاء موانعه في الوارث الذي منع بسبب الحجب، ويلتبس بمفهوم الحجب عدم الاستحقاق في الميراث، الذي لا يستحق فيه الوارث شيء من التركة رغم عدم وجود من يحجبه، ومثاله في المسألة التالية: ماتت وتركت زوج، أم، 2 بنت، وأخ شقيق أو لأب، فللزوج الربع، وللأم السدس، وللبنتين الثلثان، فأصل المسألة من 12، للزوج 3 سهم، وللأم 2 سهم، وللبنات 8 أسهم، والباقي للأخ الشقيق أو لأب، ولا يبقى لهو شيء من التركة، لأنها مسألة عائلة فعند جمع أسهم الورثة تجدها 13 العدد الذي يتجاوز أصل المسألة.

عاصب في المسألة..."[994]، ويتشرط في الرد حسب هذا التعريف انعدام العاصب ووجود أصحاب فروض نسبية، وفروض الزوجين سببية لا نسبية، ومن ثم فلا رد على أحد الزوجين، المادة 1/167، ولكي يتسن فهم الرد يستحسن التوضيح بالمسألة التالية: –مات وترك أم، للأم الثلث فرضا لعدم الفرع الوارث مطلقا، المادة 1/148، وما بقي يرد عليها لتأخذ كل التركة المادة 1/167.

ما يهم هنا هو أنه لا رد على أحد الزوجين المادة 1/167، في حال انعدام العاصب ووجود أحد أصحاب الفروض المذكورين في المادة في المادة من 144 إلى 149، وكمثال في صورة بسيطة – مات وترك أما وزوجة، للأم الثلث فرضا لعدم الفرع الوارث مطلقا، المادة 1/148، للزوجة الربع لعدم الفرع الوارث، المادة 2/145، ما بقي يرد للأم 2/167. فأصل المسألة من 12 للزوجة 3 أسهم وللأم 4 أسهم وتبقى 5 أسهم ترد للأم ليصبح نصيبها 9 أسهم بعد أن كان 4 أسهم.

قد يتحقق الرد على أحد الزوجين، لكن مسألة صعبة التحقق متمثلة في غياب جميع ورثته، سواء أصحاب الفروض النسبية أو ذوي أرحام المادة 2/167، ومثالها شخص مات ولم يترك أحد من أقربائه إطلاقا سواء من جهة أبيه أم من جهة أمه، وترك زوجة تأخذ الزوجة الربع فرضا، وما بقي يرد عليها.

قد وضع الفقه الإسلامي قواعد عامة في الميراث تطبق على جميع المسائل المعروضة، إلا أن هذه القواعد قد لا تسفر على نتائج منطقية في مسائل معينة، لذلك تم إخضاع هذه المسائل المعينة بقواعد خاصة بها وتسمى بـ: "المسائل الشاذة"، ولقد اعترف بها المشرع الجزائري[995]، وتوجد مسألة من قبيل المسائل الشاذة في الفقه الإسلامي تبناها قانون الأسرة المادة 177، ينشئ شذوذها بسبب وجود أحد الزوجين في التركة، ولهذه المسألة صورتان،

994– عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 169–170.

995– في الفصل السابع من الكتاب المخصص بالميراث من المواد 175 إلى 177.

الأولى متمثلة في : من ماتت وتركت زوج، وأب وأم، بينما الثانية متمثلة في من مات وترك زوجة، وأب وأم.

فحل الصورة الأولى طبقا للقواعد العامة للميراث، للزوج النصف لعدم الفرع الوارث، وللأم الثلث لعدم الفرع الوارث، وما بقي للأب تعصيا لعدم الفرع الوارث مطلقا. فأصل المسألة من 6 للزوج 3 أسهم، للأم سهمان، ويبقى سهم واحد للأب. وما تجب ملاحظته على هذه المسألة أن المرأة (الأم) أخذت ضعف الرجل (لأب)، لذلك اجتهد عمر ابن الخطاب رضي الله عنه في حلها ووافقه الإمام مالك في هذا الاجتهاد[996]، ويتمثل حله رضي الله عنه، في إعطاء نصيب الزوج كاملا من التركة، وإعطاء الأم ثلث ما بقي من التركة –بعد خصم نصيب الزوج– ، وما بقي من التركة للأب. في هذا الحل يكون نصيب الأب ضعف نصيب الأم. وذات الإشكال من صورة المسألة الثانية، وحلها أيضا يكون عن طريق اعطاء الزوجة نصيها كاملا، وللأم الأم نصف ما بقي بعد خصم نصيب الزوجة، وللأب ما بقي من التركة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخد برأي عمر بن الخطاب في حله لهذه المسألة عن طريق المادة 177 وسماها مسألة "الغراوين" حيث تنص على أنه:" إذا اجتمعت زوجة وأبوان فالزوجة الربع وللام ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللام ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب." وفي هذا الحل احترام لحقوق الزوجين في الميراث والحفاظ عليها كاملة، والإنقاص الذي كان الغرض منه تحقيق مبدأ للذكر مثل حظ مس الأم وهذا إن دل إنما يدل على متانة وبلاغة الرابطة الزوجية حتى بعد الوفاة حسب اجتهاد خير علماء الآمة عمر رضي الله عنه ومن وافقه من بعد ذلك من الفقهاء، وقانون الأسرة الجزائري.

996– عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 104.

الفرع الثاني: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض الحقوق المعنوية.

تتردد دلالة النص القانوني على الأحكام بين ما هو صريح وما هو ضمني، وإن كان قانون الأسرة الجزائري لا يحتوي نصوص صريحة تقضي بمنح أحد الزوجين حقوقا تجاه الزوج الأخر، إلا أنه من خلال التمعن في مختلف النصوص القانونية من حيث دلالتها الضمنية يتوصل إلى أن قانون الأسرة الجزائري يعترف بحقوق تبادلية تشكل حقا لأحد الزوجين والتزام بالنسبة للزوج الأخر.

ومن هذه الحقوق التي تحمل في مفهوما التزام في جانب أحد الزوجين، واجب الولاية على الأبناء[997]، وواجب القرار الزوجة في بيت الزوجية[998].

أولا: واجب الولاية على الأولاد.

قبل الحديث عن واجب الولاية على الأولاد في قانون الأسرة الجزائري، يستحسن استهلال هذه النقطة بالحديث عن النسب الذي يعد حقا مشتركا بين الوالدين والأولاد معا، حيث يقصد به: الصلة الناشئة عن رابطة الدم بالتناسل، والبنوة[999]، أو القرابة والارتباط بين شخصين بالاشتراك في ولادة من قريب أو من بعيد[1000]، ومن الألفاظ المتصلة به الرضاع، المصاهرة[1001]، والتبني[1002].

وذات المفهوم تقريبا أعتمده القانون المدني من خلال المادة 32 التي تنص على أنه: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويصل واعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أحد".

997- فوزية نشادي، المرجع السابق، ص 898.

998- فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 112.

999- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 52.

1000- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 193.

1001- الموسوعة الكويتية، ج 40، ص 232.

1002- محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، المرجع السابق، ص 70.

والنسب يدور حول محورين أساسين ثبوته من جهة ونفيه من جهة أخرى[1003]، أما عن ثبوته فإذا كان النسب حق مشترك بين الزوجين والأولاد، إلا أن انتماء الولد في الظاهر يكون للأب بوصف الولد ثمرة الحياة الزوجية[1004]، ولا يثير النسب إشكالا يذكر بوصفه علاقة بين الولد وأمه فيثبت نسبه من أمه بمجرد الولادة سواء ناتجة عن زواج صحيح أو غيره؛ على عكس النسب باعتباره علاقة بين الولد وأبيه[1005]، فلقد تقدم أن الأصل في الفقه الإسلامي ثبوته بالزواج الصحيح، وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بثبوت النسب بالفراش، وإلى جانب ذلك يثبت بالزواج غير الصحيح بعد الدخول، كما يثبت بالبينة، الإقرار[1006]، والوطء بشبهة من غير قيد النكاح[1007]، وتطبيقا لهذا جاءت المادة 40 من ق أ ج، على ذكر هذه الطرق الشرعية حيث تنص على ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

أما عن نفيه، فكما حرصت الشريعة الإسلامية على إلحاق نسب الولد لأبيه حرصت على عدم إلحاق نسب الولد لغير أبيه، لذلك أقرت الشريعة الإسلامية ما يعرف باللعان كطريق لنفي نسب الولد الناتج بأحد الطرق الشرعية[1008]، وفي ذات السياق أجازت المادة 41 من ق أ ج إمكانية نفي النسب بالطرق المشروعة، ولقد فسر كل من الفقه[1009] والقضاء[1010] الطرق المشروعة المذكورة في نص المادة 41 بأن المقصود منها هو اللعان.

1003- علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 03.

1004- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13

1005- بن صغير محفوظ، المرجع الساق، ص 482.

1006- محمد مصطفي شلبي، المرجع السابق، ص 703.

1007- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 03، ص 62.

1008- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 1140.

1009- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 636.

1010- من بين قرارات المحكمة العليا الكثيرة في هذا الشأن: المحكمة العليا، غ أ ش، 2009/10/15، ملف رقم 605592، المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 01، ص 247.

فقانون الأسرة الجزائري باختصار اقتبس جميع إحكام النسب من الفقه الإسلامي[1011]، كما أن تعديل سنة 2005 ساير التطورات العلمية في مجال النسب[1012]، بما يتوافق والفقه الإسلامي، حيث نص المادة 2/40 على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب كطريق استثنائي وجوازي يقرره القاضي، حيث تنص على أنه "... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."، ومعنى أن ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة جوازي واستثنائي هو عدم تقديمه على الطرق الشرعية في ثبوته، وكذا طرق نفيه. حيث قرر فقهاء الشريعة المعاصرين أن هذه الطرق محمودة في الشريعة الإسلامية إلا أنه لا يمكن تفعيلها على النسب الثابت بأحد الطرق الشرعية، إنما نطاقها في حدود ضيقة كاختلاط المواليد في المستشفيات، كما لا يمكن تفعيلها على النسب المنفي بأحد الطرق الشرعية، فلا يمكن الطعن في النسب المنفي عن طريق اللعان بالطرق العلمية الحديثة[1013].

كما أن نص المادة 45 مكرر أجازت للزوجين اللجوء إلى ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي، ذلك أن الولد قد يكون ناتج عن العلاقة الجنسية الطبيعية بين الزوجين، كما قد يكون ناتج عن طريق صناعي من خلال تقديم المساعدة للزوجين في حالة عدم نجاح الإخصاب الطبيعي[1014] لمرض أو علة قائمة بأحد الزوجين حالت دون تحقق عملية الإخصاب الطبيعي، ولقد اتفقت الفتاوى الشخصية الاجتهادية وفتاوى المجامع الفقهية حول إجازة ما يعرف بالتلقيح الصناعي في إطار ضوابط حفظ النسب والنسل[1015].

من خلال نص المادة 45 مكرر بما تحتويه من قيود لعملية التلقيح الاصطناعي تجدها موافقة لما أفتى به فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، حيث يمكن إجمالها في أربعة متمثلة

1011– وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي أيضا من خلاله منعه الإجهاض وجعله جريمة جنائية يعاقب عليها بموجب نص المادة 403 من ق ع ق ج. راجع عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ص 61.

1012– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 513.

1013– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 13، ص 70.

1014– علال بورزوق أمال، المرجع السابق، ص 394.

1015– تشوار جيلالي، مدى تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة، ص 100.

في ضرورة وجود زواج صحيح، وأن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وإثناء حياتهما، وأن يتم بمني الزوجة وبويضة رحم المرأة، وأن تتم دون اللجوء للأم البديلة.

وفي ختام الحديث عن نسب الولد وقبل الحديث عن حمايته من خلال نظام الولاية عليه، تجدر الإشارة إلى أن ق أ ج منع التبني منعا مبرما بموجب نص آمر صريح في المادة 46 من ق أ ج، التي تنص على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا"، فبهذا يكون المشرع الجزائري موافق للفقه الإسلامي في هذا المنع معارض لاتفاقية حقوق الطفل التي جعلت من التبني طريق بديل لحماية الطفل.

إذا استقر نسب الولد في جانب الأبوين الزوجين، ترتبت جملة من الآثار المهمة والخطيرة في آن واحد، منها ما يخص الولد[1016] ومنها ما يخص الزوجين، وهنا يبحث في ما خاص بالزوجين والمتمثل أساسا في الولاية على الأبناء.

حيث تم تقسيم الولاية بوجه عام والولاية على الأولاد بوجه خاص إلى قسمين ولاية على المال، وولاية على النفس، ولقد اهتم المشرع الجزائري بالولاية على المال من خلال الكتاب الثاني من ق أ ج من المواد 81 إلى المواد 125، حيث يقصد بها في هذا المقام حماية وحفظ وتنمية أموال الطفل[1017]، والطفل هو من لم يبلغ سن 19 سنة، أما الولاية على النفس فلقد تقدم ذكر معناها المتمثل في تزويج الطفل.

ولقد جعل ق ا ج الولاية على الأبناء للأب أصالة[1018]، حيث تنص المادة 87 من ق ا ج على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غيبا الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد..".

1016– النسب في حد ذاته حق ذو قيمة معنوية، ويتفرع عنه جملة من الحقوق الجزئية في غاية من الأهمية، من ذلك حقه في الميراث، حقه في النفقة عليه، الموانع الشرعية في الزواج، حقه في الحماية...

1017– خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 04.

1018– فوزية نشادي، المرجع السابق، ص 898.

فالمشرع أعطى الولاية للأب طبقا للأصل العام موافقا بذلك ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، بينما دور الأم كولي على أبناءها محصورة في المسائل المستعجلة المتعلقة بالأولاد بشرط غيبا الأب أو حدوث مانع له[1019].

أما في ما يخص ولاية التزويج فلقد بينت المادة 2/11 بوضوح مراتب الأولياء في زواج القاصر، حيث لا يمكن للأم تولي زواج القاصر بأي حال من الأحوال، إنما يتولى زواجه الأب بالدرجة الأولى فأحد الأقارب – الذي يشترط فيه الذكورة حتما–، فالقاضي، فبهذا يكون المشرع قد حرص على أن تكون ولاية الزواج أصالة للأب، ولا يمكن بأي حال من الأحوال انتقالها للأم[1020]، وهذا ما يعكس توافق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في هذه النقطة ومعارضة عولمة القانون.

ثانيا: القرار في البيت.

لا يتضمن قانون الأسرة الجزائري نصا صريحا يقضي بإلزام الزوجة بالقرار في البيت[1021]، إلا أنه يستفاد ضمنا إقرار المشرع هذا الحق للزوج في حالات عديدة والمتمثلة فيما ورد في المادتين 16 و74 من ق أ ج[1022]، وكذا المادة 19 من ذات القانون[1023].

أما بخصوص المادة 16 فلقد بينت حالات استحقاق الزوجة للصداق، وتستحقه كاملا بالدخول، الذي لا يتم إلا عن طريق انتقالها لبيت الزوجية، وكذلك المادة 74 اشترطت الدخول لكي تستحق الزوجة نفقتها، ومن مشتملات النفقة السكن الذي يقع على عاتق الزوج، فطبقا للحكمين يستفاد ضمنيا وجوب إتباع الزوجة مسكن الزوجية والقرار فيه، مادام الزوج هو من يعطي المهر، وهو من يوفر السكن[1024].

1019– خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 12.

1020– فوزية نشادي، المرجع السابق، ص 899.

1021– راجع القرار في البيت،

1022– فوزية نشادي، المرجع السابق، ص 891.

1023– فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 112.

1024– فوزية نشادي، المرجع السابق، ص 891.

أما المادة 19 من قانون الأسرة فتبدو أكثر وضوحا في تقرير حق القرار في البيت إذ تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم يتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فهذه المادة تناولت مسألة الاشتراط في عقد الزواج التي عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية[1025]، حيث بحث المعاصرين فيها تحت عنوان "آثار الزواج"، حيث انطلقوا من السؤال الآتي: هل أن آثار الزواج –حقوق والتزامات– من عمل الشارع أم عمل العاقدين؟ والقاعدة العامة أن آثار العقد بوجه عام وآثار الزواج بصفة خاصة من عمل الشارع، ودور الإرادة يقتصر على إنشاء الزواج، ومع هذا لها دور يظهر في أن يشترط الزوجان شروطا تكون متفقة مع آثار الزواج التي تربتها الشارع بأن لا تكون منافية لها ويقرها الشرع[1026].

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الاشتراط في العقد بوجه عام وفي عقد الزواج بوجه خاص، حيث ذهب غالبية الفقهاء المعاصرين إلى إجازته[1027]، وعلى هذا يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الشروط المقترنة بالزواج من حيث صحتها إلى ثلاثة أنواع، الأول شروط صحيحة بالاتفاق وتتمثل في الشروط الموافقة لمقتضى العقد أو التي دل على اعتبارها دليل شرعي أو عرفي؛ والثاني شروط غير صحيحة[1028] بالاتفاق وتتمثل في الشروط المنافية لمقتضى العقد، والمنهي عنها شرعا أو عرفا، والنوع الثالث يضم الشروط المختلف فيها التي يمكن تعريفها عن طريق الاستبعاد بالقول أنها لا هي شروط باطلة بالاتفاق ولا هي صحيحة بالاتفاق، ومثالها اشتراط الزوجة أن لا يتزوج بعدها أو أن تسكن في مدينة معينة، فلا هي

1025– وتبني المشرع الجزائري لفكرة الاشتراط في الزواج فيه تأثر بأحكام الفقه الإسلامي فيما يخص آثار الزواج.

1026– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 209.

1027– بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 253.

1028– وتنقسم الشروط غير الصحيحة إلى صنفين من الشروط، شروط غير صحيحة تؤثر في صحة الزواج، كاشتراط أن يكون الزواج موقوتا بمدة وعينة، وشروط غير صحيحة في ذاتها لا تؤثر على صحة الزواج وحكمها مختلف فيه بين الفقهاء. –الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 136.

منافقة لمقتضى العقد ولم يرد نص بالنهي عنها، ولا هي موافقة لمقتضى العقد ولم يرد النص باعتبارها[1029].

إن سبب اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى صحة هذا النوع من الشروط، راجع لأصل صحة الاشتراط في الزواج، فمن الفقهاء من يجعل الأصل منع الاشتراط حتى يوجد نص شرعي أو عرف أو قياس يجيزه، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء، ومن الفقهاء من يرى أن الأصل صحة الاشتراط إلى أن يقوم الدليل على منعه، وهذا ما عليه فقهاء الحنابلة[1030]، وعلى هذا يدور الاشتراط في الزواج حول محورين أولهما مسألة جوازه من عدمه، بينما الثاني إلزامية الوفاء هذه الشروط، وترتبط الثانية بالأولى ارتباط الوجود والعدم، وفيما يلي تفصيل أقوال الفقهاء في مسألة الشروط المختلف فيها:

ذهب الحنفية للقول أن مثل هذه الشروط غير صحيحة ومن ثم لا يجوز الاتفاق حولها وإن تم ذكرها في العقد، عدت لاغية ولا يلزم الوفاء بها[1031]، وعلى هذا الرأي الشافعية أيضا[1032].

أما عند المالكية فتكره مثل هذه الشروط في الزواج[1033]، إلا أنه يجوز من باب الاستحباب الوفاء بها[1034]، أما الحنابلة فيرون أن الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم الدليل على المنع، ومن ثم يجوز للزوجين أن يتشرطا مثل هذه الشروط وتكون صحيحة، ويلزم الوفاء بها وإلا خُوِلَ لصاحب الحق في الشرط طلب فسخ الزواج[1035]،

1029- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 457-458-459.

1030-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 159.

1031- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 173.

1032- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 460.

1033- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 02، مؤسسة الريان، د س ن، د م ن، ص 520.

1034- نفس المرجع، ص 522.

1035- محمد أبن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 12، ص 163.

من خلال عرض هذه الآراء وموقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري اعتمد رأي الحنابلة من حيث المبدأ العام، وهذا ما يظهر في نص المادة 19 التي جاءت بقاعدة عامة متمثلة في إجازة الاشتراط، تضم حالات لا متناهية من الشروط المتصورة بين الزوجين، وهذه القاعدة يحكمها قيدان أحدهما موضوعي والآخر شكلي، أما الموضوعي فيتمثل في أن تكون الشروط غير منافية لأحكام قانون الأسرة الجزائري، أما الشكلي فيتمثل في ضرورة أن تفرغ هذه الشروط في شكل رسمي يحرر على يد ضابط عمومي، ويجوز أن تكون المشارطات بين الزوجين عند أبرام الزواج أو بعده. وتجدر الإشارة هنا أن الفقه الحنبلي قيد زمن الاشتراط في عقد الزواج قبل أو أثناء تكوين الزواج، لا بعد انعقاده واستمراره[1036].

لم تكفي القاعدة العامة في نظر المشرع الجزائري لتنظيم الاشتراط في عقد الزواج إنما جاء بتطبيقات في شكل أمثلة على المشارطات بين الزوجين، متمثلة في شكل نماذج من الشروط المقترنة بالعقد جاء المشرع بها على سبيل المثال لا الحصر[1037] أحدهما تم الحديث عنه فيما سبق –شرط تعدد الزوجات– والثاني متمثل في عمل المرأة.

ما يهمنا من الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري–وإن كان هو في ذاته مسألة متعلقة بآثار الزواج مرجعيتها الفقه الإسلامي، لا معارضة فيها مع عولمة القانون[1038]– في هذا المقام، هو شرط عمل المرة وما ينتج عنه من أحكام قانونية.

1036– نفس المرجع، ج 12، ص 163.

1037– كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، ص 37.

1038– تتمة لفكرة الاشتراط في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري باعتبارها تدخل في آثار الزواج، فإذا تم الشرط وفق إطاره القانوني وجب الوفاء به وإلا ترتب جزاء على عدم الالتزام به، حيث أعطى القانون للزوجة حق طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط الصحيح، المادة 9/35. في حين لم ينص على حق الزوج في عدم وفاء الزوجة بشروطه، ومرد هذا الموقف السلبي كون الزوج يملك حق حل قيد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، أما إذا تمت الشروط على نحو غير محترمة لنظامها القانوني، ففيما يخص سقوط قيد توثيقها، في هذه الحالة يعجز مدعيها عن إثباتها ما لم يقر بها الطرف الآخر ومن ثم لا ينتح الشرط آثاره القانونية، أما في حالة تخلف القيد الموضوعي في الشرط، فلقد أورد المشرع حكما مزدوجا يبدو

ذهب نفر من شراح قانون الأسرة الجزائري للقول أن الأصل في قانون الأسرة هو قرار الزوجة في البيت، والاستثناء خروجها للعمل، وذلك من خلال ذكر شرط عمل المرأة كمحل للاشتراط بين الزوجين، ولو كان خروج المرأة للعمل أصلا لما كان محلا للاشتراط حسب المادة 19 من ق أ ج، لأن الأصل لا يشترط[1039]. إنما هو مفترض في العقود، إعمالا لقاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا". فيفهم أنه يجوز للزوج منع الزوجة من الخروج للعمل، ولا يجوز لها الخروج من بيت الزوجية ما لم يأذن لها زوجها في ذلك، وفي هذا اعتراف ضمني بواجب قرار الزوجة في بيت الزوجية[1040].

وهذا الرأي صحيح من الناحية القانونية والمنطقية، ففكرة الاشتراط جاءت لحماية الزوجين، ولحماية الرابطة الزوجية[1041]، ولأن للعرف علاقة وطيدة بالأحكام سواء في الفقه الإسلامي أو

متعارضا في ظاهره حيث تنص المادة 32 من ق أ ج، على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل...أو شرط يتنافى ومقتضيا العقد"،=ة

بينما المادة 35 من ذات القانون تنص على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا". فالحكم الذي جاءت به المادة 32 يقضي ببطلان الزواج المقترن بالشرط المنافي لمقتضيات العقد، بينما المادة 35 تقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، وصحة الزواج.

لقد ذهب بعض الفقهاء للقول بتطبيق المادة 35 ومن ثم الحكم ببطلان الشرط دون بطلان الزواج، إعمالا لقاعدة اللاحق يلغي السابق، لأن المادة 35 جاءت بموجب الأمر 05-02، بينما المادة 32 هي قديمة قدم قانون الأسرة ذاته. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 260.

وهذا الرأي منطقي إلى حد بعيد، إلا أنه يعاب عليه عدم محاولته التوفيق بين المتعارضين، حيث رجح حكم المادة 35، ذلك أن أصول التعارض وقواعده تقدم الجمع بين المتعارضين على الترجيح بين. فطبقا لقاعدة إعمال الدليل أولى= =إهماله وجب محاولة التوفيق بين المتعارضين، وعند محاولة التوفيق بين حكم المادة 32 و 35 من ق أ ج لا ريب إنهما متوافقتان في كون أن الشرط المنافي لمقتضى العقد غير صحيحة في ذاتها، وعند الرجوع لتقسيم الشروط غير الصحيحة في الفقه الإسلامي، لوحظ إمكانية تقسيمها إلى نوعين من الشروط شروط باطلة تبطل الزواج، وشروط باطلة بطلانها لا يقتصر عليها ولا يتعدى ليؤثر على صحة الزواج، فمن خلال هذا التقسيم لا يوجد ما يمنع بالعمل بالمادة 32 إذا تعلق الأمر بالشروط غير الصحيحة التي تؤثر في صحة الزواج، والتمسك بالمادة 35 إذا تعلق الأمر بالشروط غير الصحيحة التي لا تؤثر في صحة الزواج.

1039- فايزة مخازني، المرجع السابق، 112.

1040- فوزية نشادي، المرجع السابق، ص 892.

1041- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، ص 32.

في التشريعات الوضعية، وفيما يعنينا هنا علاقة العرف بالاشتراط في عقد الزواج، فترك الزوجين لمسائل تفصيلية ليس معناها التخلي عنها إنما تركت للعرف في حدود عدم مخالفته للمصادر المتقدمة عليه[1042]، ويسمى العرف بهذا المعنى عند القانونين بالعرف المتمم لإرادة العاقدين[1043]، وعلى هذا بنيت على العرف قاعدة مشهورة مفادها أن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[1044].

فطبقا لهذه القاعدة ومنهج المشرع في ذكره لعمل المرأة كنموذج من مشارطات الزواج، يعد عمل المرأة غير متعارف عليه بين الناس –بغض النظر عن واقعه داخل المجتمع–، ولو كان من المعروف بين الناس حسب نظرته لما أورده كتطبيق للاشتراط في عقد الزواج، وما دام خروج المرأة للعمل يقتضي موافقة الزوجة بموجب شرط صريح قبل أو أثناء أو بعد الزواج، فإن من حق الزوج منعها من الخروج للعمل، ومن ثم يكون له حق قرارها في البيت موافقا في ذلك للفقه الإسلامي، مخالفا لعولمة القانون.

ومن زاوية أخرى أكد العمل القضائي حتى بعد تعديل 2005 ضرورة التحاق الزوجة ببيت زوجها، كقاعدة عامة ما لم تشترط تحديد مكان الإقامة، حيث جاء في أحد القرارات الحديثة للمحكمة العليا المبدأ الآتي: "تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها. يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج."[1045] فهذا القرار جاء واضحا وصريحا في اعتبار أن القاعدة العامة هي التحاق الزوجة ببيت الزوجية ومكوثها فيه، والاستثناء هو شرطها في تحديد مكان الإقامة، ومن حيثيات هذا القرار يظهر فشل الزوجة في إثبات طلبها المتمثل في سكنها في فرنسا متمسكة بأن هذا ما اشترطته، ووافق عليه الزوج إلا أن

1042– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج 02، ص 888.

1043– محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 310.

1044– مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج 02، ص 888.

1045– المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 358665، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 01، ص 491.

هذا الأخير أنكر، ولم تجد الزوجة دليلا للإثبات صحة ادعائها، مما جعل القضاء يحكم عليها بالإقامة أين يقيم الزوج.

هكذا يكون قد انتهى الحديث عن موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في مجال حقوق الزوجين بشقيه الإيجابي والسلبي، ويبقى الآن مواجهة موقفه من الطلاق باعتباره حقا من حقوق الزوجية.

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في أحكام الطلاق.

من مقاصد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دوام العشرة بين الزوجين، ولحماية هذا المقصد والحفاظ عليه كان لا بد من تشريع نظام الزواج للتأبيد والدوام لا للتوقيت والزوال[1046]، ولما كان أطراف الزواج رجل وامرأة تحكمهم مشاعر وأحاسيس متغيرة بتغير الزمان والمكان. قد يصل الزوجان لحد تستحكم فيه النفرة بينهما ولا يمكن مواصلة الزواج بأي حال من الأحوال[1047]، لذلك أجازت الشريعة الإسلامية الفرقة بين الزوجين.

ومقصد الفرقة بين الزوجين اتقاء اخف الضررين عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية[1048]، وعلى هذا تكون إما طلاقا أو فسخا[1049]، ومنها ما تتوقف على القضاء ومنه ما لا يتوقف عليه[1050]، ولقد أختلف فقها الشريعة الإسلامية في ضابط ما يعد طلاقا وما يعد فسخا للزواج، وفي هذا المقام يكفي ذكر الضابط المعتمد لدى السادة المالكية، الذي يدور حول السبب الموجب للفرقة، فإذا كان راجعا لأحد الزوجين فالفرقة طلاق، أما إذا لم يكن كذلك فالفرقة فسخ[1051].

من خلال المادة 47 من ق أ ج التي نصت على ما يلي: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاء"، تظهر أسباب انحلال الزواج في التشريع الجزائري والمتمثلة في الطلاق والوفاة دون ذكرها للفسخ[1052] كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية. ولا يخلق وفاة أحد الزوجين

1046- محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 277.

1047- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 280..

1048- محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 290.

1049- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 483.

1050- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 354.

1051- أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 29.

1052- نص المشرع على أحكام الفسخ في المواد من 32 إلى 35 من قانون الأسرة الجزائري ولقد تم تناولها في مكانها.

إشكالا بوصفه صورة من صور انحلال العلاقة الزوجية، ذلك أنه أمر خارج عن أرادة أحد الزوجين[1053].

بالانتقال إلى المادة 48 التي بينت معالم الطلاق أكثر في التشريع الجزائري، يلاحظ أنها متأثرة بالفقه المالكي في ضابط ما يعد طلاقا، حيث صنفت الطلاق إلى طرق لا تتم إلا بإرادة الزوجين.

ما يبحث عنه في هذا الجزء من الأطروحة يتعلق بمدى تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون في أحكام الطلاق، وبما أن هذا الأخير في قانون الأسرة الجزائري مفهوم واسع يمر بمرحلتين أساسين، الأولى متمثلة في إيقاعه، والثانية في تبعاته أو نتائجه، سيبحث عن موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في حق الطلاق المطلب الأول، والمطلب الثاني موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في نتائج الطلاق.

1053– بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص 518.

المطلب الأول: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في حق الطلاق.

تنص المادة 48 من ق أ ج على ما يلي: "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.".

فهذه المادة جاءت شارحة لحق الطلاق وتوزيعه بين الرجل والمرأة، حيث أعطت للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، كما أعطت للزوجين حقا مشتركا في الطلاق بالتراضي، وأخيرا أعطت للزوجة الحق في طلب الطلاق طبقا للمادة 53 و54 من ق أ ج، حيث تضمنت المادة 53 ما يسمى بالتطليق، في حين أن المادة 54 تضمنت الطلاق عن طريق الخلع، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة أغفلت صورة من صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، جاء ذكرها في المادة 55 المتعلقة بالطلاق بسبب النشوز.

ما يلاحظ على صور الطلاق في مجملها طبقا للمادة 48 أنها موافقة للشريعة الإسلامية من حيث المبدأ العام، ولا يعني هذا عدم تأثيرها بما عليه أحكام الطلاق في ظل عولمة القانون، فهذه الأخيرة كما تقدم تحاول إقامة الزواج على مبدأ المساواة بين الزوجين حتى فيما تعلق بانحلاله[1054]، كما أن الجمعيات والمنظمات حقوق المرأة تطالب بمقترح بديل متمثل إخضاع الطلاق لسلطة لقضاء، فلا يكون للزوج سلطان في إيقاعه[1055].

في هذا المطلب سيتم البحث في موقف قانون الأسرة الموافق لعولمة القانون في حق الطلاق بين الزوجين، الذي يتجلى في توزيع حق الطلاق بالتساوي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، كما يبحث فيه عن موقف قانون الأسرة المعارض لعولمة القانون في حق الطلاق بين الزوجين، والذي يتجلى في الاختلاف الحاصل في كيفية وقوع طلاق الزوج وطلاق الزوجة، حيث أعطى المشرع للزوج حرية الطلاق دون إخضاعه للقضاء، في حين أن حق

1054– المادة 1/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. –المادة 4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. – المادة 1/16ج من اتفاقية سيداو.

1055– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 144.

الزوجة في الطلاق لا يقع إلا عن طريق القضاء، ولذلك قسم هذا المطلب إلى الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في حق الطلاق.

الفرع الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في حق الطلاق.

الفرع الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في حق الطلاق.

من خلال نص المادة 48 من ق أ ج يمكن تقسيم الطلاق إلى صور ثلاث، الأولى متمثلة في الطلاق بالتراضي، الثانية الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، الثالثة الطلاق بناء على طلب الزوجة بواسطة التطليق المادة 53 أو الخلع المادة 54[1056]، من خلال هذا التحليل يلاحظ أن الطلاق بالتراضي جاء وسطا بين حق كل من الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة وحق الزوجة في طلب التطليق أو الخلع[1057]. إذن فالطلاق بالتراضي أول مظهر من مظاهر المساواة بين الزوجين في انحلال الزواج، حيث يعد صورة من صور فك الرابطة الزوجية مقبولة دوليا وعالميا، بغض النظر عن موقف الفقه الإسلامي منها.

فيبقى حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة وحق الزوجة في طلب التطليق والخلع، وهذا الأخير حسب التعديل الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري، يمكن القول أنه طلاق بإرادة الزوجة المنفردة[1058] لا يحتاج لقبول الزوج، مقابل ومساو لحق الزوج في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة[1059]. ويبقى حق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية طبقا للمادة 53 حيث تضمنت هذه المادة جملة من الأسباب التي تشكل ضررا يمنع من استمرار الحياة الزوجية أو يجعل فيها مشقة للزوجة، تخول لها فك الرابطة الزوجية بتدخل من

1056– أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 120.

1057– سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 242.

1058– عبد الغزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 137.

1059– تشوار جيلالي، تحفظات الجزائري على بعض بنود...، ص 14.

القاضي[1060]، فما يميز هذه الصورة لمصلحة الزوجة أن جوهرها يقوم على سبب يعتبر ضررا يخول لها طلب فك الرابطة الزوجية، ونفس المبدأ الذي تقوم عليه هذه المادة نص عليه المشرع في المادة 55 من ق أ ج، التي تضمنت ما يسمى الطلاق بسبب النشوز، حيث يعد هذا الأخير أيضا ضررا يخول لكل من الزوجين طلب الطلاق.

فصفوة الكلام التساوي بين الزوجين في توزيع الحق في فك الرابطة الزوجية، فعند إخراج الطلاق بالتراضي الذي لم ينظمه ق ا ج ، إنما أحال ضمنيا في شأنه إلى ق أ م إ من المواد 427 إلى 438، ويكفي استنتاج من خلال هذه الصورة أن باقي الصور الأخرى يشترط فيها عدم قبول الزوج الأخر بالطلاق، وعليه سيكون الحديث في هذا المطلب عن المساواة بين الزوجين في الطلاق بالإرادة المنفردة (طلاق الزوج بالإرادة المنفردة والخلع) أولا، والمساواة بين الزوجين في الطلاق للضرر (التطليق والطلاق للنشوز) ثانيا.

أولا: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال حق الطلاق بالإرادة المنفردة.

أعطت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في الطلاق طبقا للأصل العام[1061]، ومع هذا لم تجلعه حقا مطلقا يتصرف فيه كيفما شاء ومتى يشاء، إنما قيدته بقيود وضوابط تنظم استعماله[1062]، فالطلاق حق أصيل للزوج، ثابت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة، لا تقبل

1060– هنان مليكة، المرجع السابق،ص 133.

1061– الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج كحق أصيل كثيرة منها، هو الذي يعطي المهر، كونه المتضرر الأكبر ماديا من الطلاق لمطالبته بالتعويض ونفقة العدة ونفقة الأولاد ومسكن ممارسة الحضانة، ومتعة، كما أن الرجل لا يقدم على الطلاق إلا بعد تريث وتروي وتفكير وتبصر على عكس الزوجة التي قد توقعه للأتفه الأسباب، فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 170. أما إذا أساء الرجل استعمال هذا الحق فليس العيب في الشريعة التي وضعت قواعد للمؤمن الحق إنما العيب فيمن أساء استخدام هذا الحق، فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 167.

1062– قيد الفقه الإسلامي الطلاق بقيود عديدة منها ما يرد للعدد ومنها ما يرد للزمن، فعد الطلقات في الفقه الإسلامي محدد بثلاثة طلقات لا يتجاوزها الزوج وإن تجاوزها حرمت عليه حرمة مؤقتة حتى تتزوج غيرها ويدخل بها وتطلق منه أو يموت عنها، أما القيد المتعلق بالزمن فهو أن لا يطلقها في حيض أو في طهر جامعها فيه– عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 02، 1968، ص 126.

الاجتهاد ولا التغيير بتغير الزمان[1063]، ولقد تبنى ق أ ج هذه الصورة من صور فك الرابطة الزوجية ونظمه في نصوص المواد 48، 49، 50، 51. من ق أ ج.

وفي المقابل اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخلع طريق من طرق حل الرابطة الزوجية. واختلفوا اختلافا كبيرا في حقيقة الخلع بين كونه فسخ أو طلاق[1064]، واجمع المالكية على أن الخلع طلاق بائن[1065]، ولقد تبنى القانون الأسرة الخلع بوصفه صورة من صور فك الرابطة الزوجية وأعطاه مفهوم قانوني متميز عن مفهومه الشرعي.

فعند فقهاء الشريعة يمكن تعريفه على أنه: "عبارة عن اتفاق الزوجين على الفرقة مقابل مقدرا من المال تعطيه الزوجة لزوجها ويطلقها بناء على ذلك"[1066]، فمن خلال هذا التعريف البسيط يمكن استنتاج أركان أربعة للخلع في الشريعة الإسلامية، الأول: ضرورة وجود زواج صحيح، وبتعبير أدق من أركان الخلع زوج وزوجة، الثاني: مقصد الخلع ونتيجته الأساسية متمثلة في التفرقة بين الزوجين، الثالث: أنه فرقة بمقابل مالي تدفعه الزوجة لزوج، الرابع: الزوج هو الذي لديه حق التفرقة بتراضي منه هو والزوجة حول مبدأ الفرقة بينهما وحول المقابل المالي.

أما عن الخلع في قانون الأسرة الجزائري فيجد أساسه في نص المادة 54 التي تم تعديلها بموجب الأمر 05-02، حيث كانت تنص في مادتها القديمة على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"

فمن خلال قرأة هذه المادة يلاحظ أنها تبنت من أركان الخلع الموافقة للتعريف السابق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ما يلي: الخلع فرقة بين الزوجين، الخلع لا يكون إلا بعد زواج

1063- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 531.

1064- هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 240.

1065- احمد ذيب، المرجع السابق، 223.

1066- هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 223.

صحيح، الخلع لا يتم إلا بمقابل مال يتم الاتفاق عليه طبقا للأصل العام وإن لم يتم الاتفاق حوله حدده القاضي، ووضعت المادة معيار عدم تجاوزه مهر المثل وقت الحكم به.

وبقي ركن متعلق بالخلع في الشريعة الإسلامية المتمثل في مدى اعتبار الخلع اتفاق، حيث جاءت هذه المادة في شكل سلبي في هذا الشأن، ولقد ترجم رجال الفقه الجزائري هذا السكوت بالتساؤل حول طبيعة الخلع بين كونه حق أصيل للزوجة أو رخصة[1067]، ويعني بالخلع حق أصيل أنه لا يحتاج رضا الزوج، ومعنى أن الخلع رخصة أنه يحتاج لرضا الزوج، ولقد تضاربت أقلام شراح قانون الأسرة واختلفت بين من اعتبره عقد رضائي ولإرادة الزوج دور في وقوعه، ومنهم من ذهب بأن المادة 54 لم تشترط رضا الزوج في الخلع، وموافقته تقتصر على بدل الخلع فقط[1068].

باعتبار القضاء جهة يعمل على تطبيق النص القانوني بغية الوصول لمقصد المشرع من وضعه، ويتضاعف الاجتهاد القضائي ويصعب توحيده في تلك النصوص المعيبة من حيث صياغتها سواء لتعارضها مع غيرها أو من حيث عدم وضوحها أو من حيث النقص فيها، هذا ما حصل مع نص المادة 54 التي سكتت عن تحديد موقع رضا الزوج في الخلع، حيث لم تستقر أحكام المحكمة العليا في ذلك، فمن الأحكام القضائية من اشترطت رضا الزوج، حيث جاء في أحد القرارات القضائية المبدأ التالي:

"خلع تطليق على أساس الخلع –دون موافقة الزوج– مخالفة لقواعد فقهية.

(المادة أحكام الشريعة الإسلامية).

من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.

1067– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 633.

1068– بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 163.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعداها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فغن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع...."[1069]. وجاء أيضا قرار أخر بنفس التوجه بالآتي " إن المادة 45 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه."[1070].

ومن المواقف القضائية التي لم تشترط رضا الزواج، بأن فسرت المادة 54 على أنها تضمنت حقا أصيلا للزوجة في فك الرابطة الزوجية، ما جاء في القرار التالي: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا..."[1071]، كما جاء أيضا في قرار أخر ما يلي: "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة، سواء رضي الزوج أو لم يرضى يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج."[1072]

تجنبا لهذا الخلاف الفقهي الذي شهدته أقلام شراح قانون الأسرة الجزائري، والتضارب في أحكام القضاء، ولوفاء المشرع بالتزاماته الدولية بسبب المصادقة على اتفاقية سيداو، قام المشرع بتعديل المادة 54 حيث أصبحت في صياغتها الجديدة تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

1069– المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، مجلة المحكمة العليا، لسنة 1990، عدد 03، ص 72.

1070– ملف رقم 73885: نشرة القضاء، العدد 52. نقلا عن بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 633.

1071– المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، المجلة القضائية، لسنة 1998، العدد 01، ص 120.

1072– ملف رقم 115118: نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 106. – نقلا عن بن صغير محفوظ، المرجع السابق، 634.

فهذه المادة جاءت صريحة في عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع، فتكون بذلك منسجمة ومنطق عولمة القانون من حيث أقرارها للخلع كحق مقابل لحق الزوج في الطلاق دون تقديم دليل أو لسبب يذكر[1073]. ويبقى لإرادة الزوج دور ضيق يظهر في قبوله لبدل الخلع الذي تعرضه المرأة، وإن لم يقبل به، انتقلت سلطة تحديده للقاضي وعلى كل لن يحكم القاضي ببدل الخلع بقيمة تتجاوز مهر المثل وقت صدور حكم الخلع.

أولا: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال حق الطلاق للضرر.

من صلاحيات القاضي في الشريعة الإسلامية التفريق بين الزوجين، وسبب ثبوت هذه السلطة، المحافظة على حق أمرت الشريعة الإسلامية بتكريسه، سواء تعلق بحق الله تعالى أم بحق أحد الزوجين أم بحق غيرهما، إذن فالتفريق القضائي في الفقه الإسلامي لا يكون إلا لسبب، كالسبب الشرعي من ذلك ردة أحد الزوجين، وقد يكون راجعا للزوج كما في اختياره لنفسه بعد البلوغ، وقد يكون راجعا للزوجة كما في اختيارها لنفسها بعد البلوغ، وقد يكون راجع لولي الزوجة كما لو تزوجت دون مهر مثيلاتها[1074] في الفقه الحنفي.

إن غالبية حالات التفريق القضائي تكون من قبل الزوجة في حال تضررها من زوجها[1075]، لكون الزوج يتمتع بحق الطلاق دون حاجته للجوء للقضاء في إيقاعه[1076]، أو كون الزوجة معدمة عاجزة عن دفع بدل الخلع، لذلك أقرت الشريعة الإسلامية هدا السبيل لحل الرابطة الزوجية[1077]، لذلك تجد غالبية الفقهاء المعاصرين عند حديهم عن التفريق القضائي يربطونه بحق الزوجة في فك الرابطة الزوجي، دون الزوج.

1073– مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 271.

1074– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 636.

1075– بن صغير محفوظ، نفس المرجع، ص 637.

1076– سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 259.

1077– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 577.

لقد ذهب نفر من شراح قانون الأسرة الجزائري للقول بأن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ التفريق القضائي وأطلق عليه تسمية "التطليق" بموجب المادة 53 من ق أ ج التي أعطت للزوجة أسبابا تخول لها طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق القضاء، وبهذا يكون نطاق التفريق القضائي في قانون الأسرة الجزائري أضيق منه في الفقه الإسلامي من خلال منح هذا الحق للزوجة فقط[1078]، إلا أنه عند استقراء نصوص أخرى من قانون الأسرة الجزائري بشأن توجهها في التفريق القضائي لسبب شرعي وقانوني تجد المادة 55 أيضا أعطت حقا مشتركا بين الزوجين متمثل في الطلاق للنشوز، وما هذا الأخير إلا صورة من صور التفريق القضائي، حيث يكون للزوج الحق في طلب فك الرابطة الزوجية في حالة ثبوت نشوز زوجته، فبهذا يكون نطاق التفريق القضائي في التشريع الجزائري أوسع من أن يكون فرقة من جانب الزوجة دون الزوج، فكما تستفيد منه الزوجة بموجب المادة 53، يستفيد منه الزوج أيضا بموجب المادة 55.

إن المادة 53 من ق أ ج التي تَصَدَرَ الحديث عنها ليست وليدة الأمر 05-02 إنما هي قديمة قدم قانون الأسرة ذاته، فلقد كانت تنص على سبعة أسباب تخول للزوجة طلب التطليق بعد إثبات أي منها أمام القاضي، أما بعد التعديل فلقد أصبحت المادة 53 تنص على الآتي: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

1078- هنان مليكة، المرجع السابق، ص 133. - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 636.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعا."[1079].

لقد أبقت المادة 53 على الأسباب السبعة وأضافت لها ثلاثة، حيث يتضح الغرض من هذا التعديل آلا هو الارتقاء بحقوق المرأة في فك الرابطة الزوجية انصياعا لتعاليم وتوجيهات عولمة القانون، وهذا ما أكده التقرير المقدم من الجمهورية الجزائرية أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حيث جاء فيه ما يلي: "بموجب أحكام القانون الجديد تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة رفع دعوى قضائية. ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج..."[1080]، فصياغة المادة 53 الجديدة منسجمة تماما ومقتضيات اتفاقية سيداو[1081].

لا يهم في هذا المقام فحوى المادة 53 من ق أ ج حسب كل سبب من أسباب التطليق وشروطه وطرق إثباته، بقدر ما يهم البحث عن مدى تعلق هذه الأسباب في جملتها بعولمة

1079- فهذا النص جاء لمصلحة المرأة حدد حالات تخول لها المطالبة بالتطليق، وهذه الحالات مذكورة على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر وهذا ما يتبين من خلال الفقرة 10 "كل ضرر معتبر شرعا"، فهو سبب واسع وفضفاض يحمل العديد من الفروع التي لا يمكن حصرها، ومثالها مخالفة أحكام المادة 36 من ق أ ج. - أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 149-150.

1080- قحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من اتفاقية سيداو على قيام الرباطة الزوجة وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسيلة، المجلد 06، العدد 01، ص ص 592-609، 2021، ، ص 601.

1081- مزياني نور الدين، المرجع السابق، ص 204.

القانون، فعند محاولة تحليلها بما يخدم النقطة المراد البحث فيها. تجد البعض قد قسم أسباب التطليق إلى أربعة، قسم يضم الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية، قسم يضم الأسباب المتعلقة بالعيوب والشقاق بين الزوجين، قسم يضم الأسباب المتعلقة بالقانون، وقسم يضم الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها قانونا[1082].

لعل تقسيم هذه الأسباب من حيث موافقتها للفقه الإسلامي، أقل تركيزا وأكثر دقة في التعبير عن المقصود من البحث، فعند الرجوع للفقه الإسلامي تجد أكثر المذاهب توسعا في الطلاق الذي يملكه القاضي مذهب مالك، وأحمد[1083]، وعند المقارنة بين المذهبين تجد مذهب أحمد أكثر توسعا من مالك[1084]، وعلى هذا تجد أسباب طلب فك الرابطة الزوجية للضرر عن المالكية ما يلي: الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين[1085]، "ترك الجماع، عدم الإنفاق على الزوجة، غياب الزوج سنة فأكثر، أسر الزوج أو حبسه"[1086]، ويضيف لها الحنابلة أسباب كثيرة منها: "بخر الفم، استطلاق البول..،" وكل عيب لا تحصل معه المودة والرحمة[1087]، من ذلك عدم الوفاء بالشروط المشترطة في عقد الزواج[1088].

أما بالرجوع لموقف المادة 53 من ق أ ج ، يلاحظ أنها جاءت بأسباب موافقة لما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية، متمثلة في عدم الإنفاق، العيوب التي تحول دون تحقيق المقصد من

1082- هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 33-34.

1083- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 347.

1084- أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 179.

1085- إذا تمكنت الزوجة من إثبات الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين، حكم القاضي بتطليقها عند مالك خلافا لأبي حنيفة والشافعي، أما إذا لم تتمكن من إثبات الضرر رفضت دعواها وإن كررت الادعاء بعث القاضي بحكمين حكما من أهله وحكما من أهلها بغض إصلاح ذات البين بينهما. – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 526-527.

1086- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 03، ص 12.

1087- أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 179-180.

1088- محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 12، ص 170.

الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. كل ضرر معتبر شرعا.

أما الأسباب الاجتهادية التي تميز بها قانون الأسرة الجزائري عن الفقه الإسلامي متمثلة في: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، مخالفة الأحكام 8 من قانون الأسرة التي نصت على الترخيص القبلي الخاص بالتعدد، ارتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين[1089].

من خلال التحليل السابق المادة 53 ومدى تعلقها بعولمة القانون، يلاحظ أنها جاءت متأثرة بالمعاهدات الدولية بطريق مباشر، من خلال توسعها في أسباب التطليق بالنسبة للزوجة، حيث أوجدت أسبابا لم يذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية، فيمكن ردها لعولمة القانون التي تسعى لتعزيز مكانة المرأة داخل الأسرة وتمكينها.

من جهة أخرى قصد تحقيق فكرة المساواة بين الرجل والمرأة في مجال فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق أوجد المشرع حقا مشتركا بين الزوجين في طلب الطلاق بموجب المادة 55 التي تنص على ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"[1090]، ولا تظهر ثمرة الطلاق بسبب النشوز إلا في جانب الزوج دون الزوجة،

1089– سبق وتم ذكر أن الشقاق المستمر في الفقه المالكي لا يعد في ذاته سببا من أسباب التفريق القضائي إنما سبب التفريق هو الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين.

أما في قانون الأسرة الجزائري يكفي أن تثبت الزوجة وجود شقاق مستمر بينها وبين زوجها حتى يحكم لها القاضي بالتطليق.

– تشوار جيلالي،، تحفظات الجزائر على بعض بنود...، ص 14. فهكذا يكون الشقاق لوحده مجرد عن فكرة الضرر سببا من أسباب التطليق في ق أ ج، الذي قد يكون صادر من الزوجة وتكون هي المتسببة الوحيدة فيه.

1090– يعطي الطلاق بسبب النشوز للزوج المتضرر الحق في التعويض عن ما لحقه من ضرر، وما يؤكد أن الفكرة التي تقوم عليها المادة 55 هي ذات الفكرة التي تقوم عليها المادة 53 هو: أن للزوجة أيضا الحق في التعويض في حالة تمسكها بالمادة 53 وفي ذلك جاءت المادة 53 مكرر تنص على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة وإن كانت وليدة الأمر 05–02 إلا أن العمل القضائي كان يعطي للزوجة الحق في التعويض في حالة التطليق طبقا للقواعد العامة حيث جاء في أحد مبادئ قرارات المحكمة العليا قبل سنة 2005 ما يلي: " من المقرر قانونا أنه "يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا".

بطريق أخر لم تضف الجديد في حق الزوجة في طلب التفريق القضائي، فنص المادة 55 يمكن الاستغناء عنه إذا ما تعلق الأمر بحق الزوجة في طلب التفريق القضائي، حيث يدخل نشوز الزوج تحت الفقرة 10 من المادة 53، فلا تظهر فائدة عملية للمادة 55 إلا بالنسبة للزوج.

هكذا يمكن القول أن المشرع ساوى بين الزوجين من حيث مبدأ التفريق القضائي، وإن كان نصيب الزوجة وحظها في الأسباب التي تخول لها أعظم من نصيب الزوج، فلها تسعة أسباب واضحة المعالم كل حالة تحتاج شروط معينة، وحالة مرنة تشكل أصلا يضم فروع لا متناهية والمتمثلة في: "كل ضرر معتبر شرعا"، بينما الزوج لديه حالة وحيدة متمثلة في نشوز الزوجة، ومرد هذه التفرقة هي الاختلاف في كيفية إيقاع كل من الطلاق الصادر من الزوج والصادر من الزوجة، وهذا ما سيتم الحديث عنه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في حق الطلاق.

يطرح موضوع الفرقة بين الزوجين سواء أكان طلاقا أم فسخا مسألة: دور القضاء في إيقاعها، وهذا الموضوع في الشريعة الإسلامية لا يخلق إشكالا يذكر، لأن كل مذهب من المذاهب الفقهية وضع من القواعد المضطردة التي يُحتكم إليها في حاجة الفرقة بين الزوجين للقضاء من عدمها، على عكس قانون الأسرة الجزائري الذي يخلق دور القضاء فيه إشكالا كبيرا، ذلك أنه أقحم المحكمة في جميع صور فك الرابطة الزوجية، حيث تتميز أحكام الطلاق بشقين شق موضوعي، وأخر إجرائي تنظيمه القانوني موزع بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهنا سيكتفى بالأحكام الواردة في قانون الأسرة، وعليه سيتم الاقتصار على تحليل ما وردفي نصوص قانون الأسرة دون غيره من القوانين الأخرى.

– المحكمة العليا، غ ا ش، بتاريخ 1996/04/23، قرار رقم 125435، المجلة القضائية، لسنة 1998، العدد 01، ص 129.

عند استقرار المواد 49، 50، 53 مكرر، 55، 57، و المادة 132، يلاحظ أنها ربطت جميع صور الطلاق بحكم القاضي، فهل هذا يعني أن قانون الأسرة الجزائري نحى نحو جعل الطلاق بيد القضاء، يطلبه صاحب الحق فيه والقاضي إما يجيبه في طلبه وإما يرفضه تبعا لاحترام القيود القانونية الواردة على هذا الحق، متأثر بمطالبات المخلصين لدعاة عولمة القانون، أم أن الحكم بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري، لا يعدو أن يكون طريقا من طرق الإثبات الشكلية التي رسمها قانون الأسرة الجزائري.

لا يتسنى استيعاب هذه الجزئية إلا بالتعريج على تقسيم الأحكام القضائية إلى: أحكام قضائية منشئة وأحكام قضائية كاشفة[1091]–إن هذا التقسيم منتقد عند البعض إذ يرون أن الأصل في الحكم القضائي صفته الكاشفة، ومع هذا في حالات قد تكون الأحكام القضائية منشئة– حيث يقصد بالحكم الكاشف، الحكم الذي لا يقرر حقوقا جديدة، إنما ينحصر دوره في تبيان ما كان للأفراد من حقوق، أما المنشئ فهو إرادة قضائية تخلق مركزا قانونيا جديدا لا يعتد به إلا من زمن صدور الحكم، ومثاله في التشريع الجزائري الحكم بشهر الإفلاس[1092].

عند إسقاط تقسيم الأحكام القضائية على صور فك الرابطة الزوجية، يقال أنه إذا كان حكم الطلاق كاشفا، معناه أن مركز الزوجين المطلقين يتقرر قبل الحكم ومن ثم يرتب الطلاق آثاره دون الحاجة للحكم به، أما إذا كان حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية منشئا لحالة الطلاق، لا يتقرر مركز الزوجين المطلقين إلا من تاريخ صدور الحكم[1093].

بهذا يتم التوصل إلى أن عملية تصنيف الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بين كونه كاشفا أو منشئا، أمر يكتسي بالغ الأهمية في تحديد موقف المشرع من

1091– محمود كركوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله –تيبازة–(الجزائر)، معهد الحقوق والعلوم السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المجلد 05، العدد 03، ص ص 57– 75، 2021، ص 58.

1092– عمر زودة المرجع السابق، ص 625.

1093– محمود كركوب، المرجع السابق، ص 08.

إخضاع إيقاع الطلاق للقضاء، فعند تصدير الكلام عن التطليق لصالح الزوجية بوصفه الصورة البسيطة التي لا لبس فيها ولا يثير أي إشكال من حيث طبيعة، فطبقا لمضامين النصوص القانونية وفحواها خاصة طليعة المادة 53 التي استعملت عبارة "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..."، والطلب سعي من الزوجة المتضررة للحصول على حكم التطليق، فإذا لم تتحقق شروطه سوف لن يمنحه القاضي، أما إذا تحققت فسوف يصدره ويكون منشئا لمركز الزوجين الجديد لا كاشف له.

ويلحق بالمادة 53 من حيث وضوحها بخصوص طبيعة الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، ما جاءت به المادة 55 التي يكون الحكم الصادر بمناسبة تطبيقها هو الأخر منشئا لمركز الزوجين الجديد.

وتكييف الحكم القاضي بالتطليق والطلاق بسبب النشوز حكم منشئ لا كاشف توجه متفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية. ذلك أن التفريق لسبب من الأسباب مسألة مبينة على مخاصمة لا يرفعها إلا القاضي بموجب حكم قضائي[1094]، لذلك وضعوا هذه الحقيقة الشرعية تحت عنوان "التفريق القضائي".

أما عند الانتقال إلى الخلع، ومدى تعلقه بالحكم القضائي بين التقرير والإنشاء، يلاحظ بعض اللبس بشأن موقف المشرع منه، فالمادة 54 لم تبين ذلك، فالمتأمل في عباراتها وكأنها منحت هذا الحق للزوجة تستعمله دون الحاجة لحكم القاضي لينشئ مركز المختلعة والمخلوع. غير أن حقيقة الأمر في قانون الأسرة الجزائري متمثل في كون حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لا يتم ولا يقع إلا عن طريق مرفق القضاء، وهذا ما يتجلى من صياغة المادة 48 –"...يحل الزواج ... بطلب من الزوجة..." التي تفيد قصور سلطان الزوجة على طلب الخلع من المحكمة، دون أن يتعداه إلى إيقاعه خارج مرفق القضاء[1095].

1094– أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 180.

1095– محمود كركوب، المرجع السابق، ص 65.

وفي اعتبار فرقة الخلع لا تقع إلا بحكم القاضي، موافقة للفقه المالكي في بعض جوانبه، ذلك أن الفقهاء من المالكية نظموا ضابطا فقهيا في باب الخلع مفاده أنه: "لا خلع إلا برضى الزوج أو بحكم القاضي"[1096]، وما دام رضا الزوج غير معتبر في الخلع في ق أ ج، وإذا قَبِلَ به اعتبر طلاقا بالتراضي لا خلعا، فيبقى مفهوم الخلع عندنا هو فرقة لصالح الزوجة دون رضا الزوج، فهكذا يكون المشرع قد وافق القاعدة المالكية التي أخضعت وقوع الخلع للقضاء.

بعد الانتهاء من معرفة طبيعة الحكم القضائي الصادر بمناسبة التطليق والخلع والطلاق للنشوز بخصوص طبيعته الإنشائية للمركز القانوني الجديد بالنسبة للزوجين، يبقى البحث عن طبيعة الحكم الصادر بسبب الطلاق بإرادة الزوج المنفرة، وبما أن حظ الطلاق بالإرادة المنفردة قليل في الصفحات السابقة يستحسن تعريفه هنا وتبيان أنواعه في الفقه الإسلامي بما يساعد على البحث عن طبيعة الحكم الصادر بشأنه في قانون الأسرة الجزائري، من خلال المواد 49، 50، 51.

أما عن تعريفه من الناحية الشرعية فالطلاق هو: "رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناه"[1097]، أو هو "حل قيد النكاح أو بعضه"[1098]، من خلال هذان التعريفان يمكن تقسيم الطلاق إلى قسمين، الأول يطلق عليه الفقهاء الطلاق الرجعي وهذا ما يتضح من عبارتي "في المآل، و بعضه"، والثاني يطلق عليه الطلاق البائن، وهذا القسم يتضح من خلال عبارة حل قيد النكاح، "رفع قيد النكاح في الحال".

وعلى هذا لا يقطع الطلاق الرجعي الزوجية بكاملها، إنما تبقى قائمة حكما في فترة العدة، والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق، ومن ثم يجوز للزوج أن يراجع زوجته في عدة الطلاق

1096– أحمد ذيب، المرجع السابق، 2018.

1097– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 279.

1098– محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 13، ص 05.

الرجعي ولو بدون رضاها، ويشترط في الطلاق الرجعي الآتي: أن يكون طلاقا بعد الدخول، أن لا يكون قد طلقها ثلاثا، وأن لا تمر عليه فترة العدة[1099].

أما الطلاق البائن فيقطع الزوجية برمتها، فلا يمكن للزوج مراجعة زوجته فيه، وينقسم بدوره إلى قسمين، طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى، فالأول يمكن للزوج أن يراجع زوجته برضاها بموجب عقد جديد سواء كان ذلك في فترة العدة أو خارجها، أما الثاني لا يمكن للرجل مراجعة المطلقة في ظله، إلا بعد أن تتزوج غيره ويدخل بها أو يطلقها أو يموت عنها[1100]، ويكون الطلاق بائنا بينونة صغرى متى وقع قبل الدخول، أو كان طلاق رجعيا مرت عليه فترة العدة، ويكون الطلاق بائنا بينونة كبرى متى كان مكملا للثلاث طلقات[1101].

تجدر الإشارة إلا أن الطلاق بمختلف أنواعه في الفقه الإسلامي لا يخلق إشكالا من حيث وقوعه، فيكفي تلفظ الزوج بالطلاق لكي يرتب مفعوله الشرعي[1102]سواء كان طلاقا رجعيا أم بائنا، ولا دور يذكر للقاضي في مجال حق الزوج في الطلاق، وإن كانت بعض التيارات الفقهية المعاصرة نادت بضرورة إخضاع الطلاق ليد القاضي، إلا أن المخلصين من علماء الأمة تكفلوا بالرد عليها ودحضها[1103].

أما قانون الأسرة الذي حاول تنظيم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من خلال إحاطته بنظام إجرائي يتناسب والتطور الذي عرفه المجتمع اليوم، إلا أن تنظيمه انعكس سلبا على معرفة موقفه من حكم الطلاق بين كونه منشئا للطلاق أو كاشفا له.

أن البحث في طبيعة حكم الطلاق، لا يطرح إشكالا في حال لم يتلفظ الزوج بالطلاق إنما اكتفى برفع دعواه أمام القضاء، لكن الإشكال يثار في حالة ما إذا طلق الزوج، وبعدها قام برفع

1099– عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 126– 128.

1100– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 519.

1101– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 432.

1102– سعاد راحلي، أثر الطلاق اللفظي على إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، المجلد 01، العدد 01، ص ص 43–57، 2021، ص 50.

1103– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 282.

دعوى الطلاق، فهل يقع طلاقه بأثر رجعي أي من يوم تلفظ الزوج به، أم أنه يقع من يوم صدور الحكم به[1104].

على هذا انقسم شراح قانون الأسرة لفريقين، الأول يرى في أن حكم الطلاق منشئا لهذه الواقعة[1105]، في حين ذهب الرأي الأخر للقول بأن حكم الطلاق ما هو إلا كاشف لإرادة الزوج لا غير[1106]، وسبب اختلافهم راجع لعدم وضوح نصوص ق أ ج ومدى موافقتها للفقه الإسلامي، خاصة المادة 49 التي ألزمت القاضي بضرورة إجراء جلسات الصلح، وفي ما يلي حجج كل من الرأيين.

ساق الرأي الأول جملة من الحجج يمكن إجمالها في نص المادة 49 من ق أ ج التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بعد حكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...."، فمن خلال هذه المادة يلاحظ أن المشرع انحاز لأصحاب المذهب الشكلي، الذي يقيد حق الزوج في الطلاق، فلا يقع الطلاق الذي تلفظ به الزوج إلا من تاريخ صدور الحكم به[1107]، ووجه الدلالة من هذه المادة أن الصلح الذي قررته المادة 49 في مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، لا يكون إلا في حالة الخصام والتنازع بين الزوجين، أما إذا أوقع الزوج الطلاق لا نكون أمام صلح إنما نكون أمام المراجعة، والفرق بين الصلح والمراجعة أن الأول يكون قبل وقوع الطلاق أما الثانية تكون بعده[1108]، والمادة 50 من ق أ ج بينت الرجعة وزمنها في التشريع الجزائري حيث نصت على ما يلي: "من راجع زوجته أثناء فترة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.". فهكذا لا يعتد المشرع بالطلاق الذي يقع شفاهة

1104– سعاد راحلي، المرجع السابق، ص 50.

1105– الطاهر ياكر، المرجع السابق، ص 72. بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص 180.

1106– سعاد راحلي، المرجع السابق، ص 51. – محمود كركوب، المرجع السابق، ص 63.

1107– محمود كركوب، المرجع السابق، ص 62.

1108– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 180.

خارج المحكمة ولا يترتب أثاره الشرعية والقانونية[1109]، وحسب هذا الرأي تكون المادة 49 مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية[1110].

يترتب على إعمال هذا الرأي جملة من النتائج من أهمها وأخطرها أن المشرع لا يعترف بالطلاق الرجعي[1111] إنما يعترف فقط بالطلاق البائن بينونة صغرى[1112].

أما أصحاب الرأي الثاني، وهم غالبية شراح قانون الأسرة فيرون أن حكم الطلاق ما هو إلا مقرر لهاته الواقعة وليس منشئا لها، وحججهم في ذلك كثيرة منها:

أن نص المادة 48 أعطت للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة فلا حاجة لحكم القاضي[1113]، كما أن نص المادة 49 استعملت عبارة "إثبات" ولم تستعمل عبارة "ينشئ"، والإثبات لا يكون إلا على واقعة تحققت فعلا[1114].

أضف إلى ذلك أنه بالرجوع للمادة 50 في شطرها الأول الذي جاء بتقرير ما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد" واستعمال مصطلح "من راجع زوجته" كان المقصود منه الرجعة التي لا تتحقق إلا بعد وقوع الطلاق[1115].

1109– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 131.

1110–سعاد راحلي، المرجع السابق، ص 51.

1111– وعيب هذا الرأي ليس في ذاته إنما عيبه متمثل في المبدأ الذي يرتكز عليه وهو كون الحكم بالطلاق حكما منشئا لا كاشفا، لذلك تكفل القضاء بالرد عليه حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: "الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي وحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الزوج... وأحكام الفقه تنص على أن الطلاق البائن هو ما وقع قبل الدخول، او وقع بناءا على عوض تدفعه الزوجة لزوجها لتخلص منه...". – المحكمة العليا، غ أ ش، 196/02/10، ملف رقم 39463، المجلة القضائية، 1989، العدد 01، نقلا عن: – أ. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة...، ص 125.

1112– علال ياسين، أثر الطلاق على حق التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012/2011.

1113– محمود كركوب، المرجع السابق، ص 53.

1114– سعاد راحلي، المرجع السابق، ص 51.

1115– علال ياسين، المرجع السابق، ص 77.

ما يدل على استساغ فكرة أن الحكم بالطلاق كاشف لا منشئ له أيضا نص المادة 52 التي قرر ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق به[1116]ا" فيستنتج من هذه المادة أنها أعطت للزوج الحق في الطلاق دون الحاجة لحكم القضاء[1117]، ووجه الدلالة من هذه المادة ما يلي:

✓ما يستنتج من عبارة "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق" التي أضافت فعل الطلاق للزوج لا القاضي، حيث حصرت دور هذا الأخير في البحث عن مدى وجود تعسف في الطلاق بعد وقوعه بفعل الزوج[1118].

✓استعملت المادة 52 عبارة "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق"، بدل مصطلح "الحكم بالطلاق"، فلقد جاءت عبارة "الحكم" بعد عبارة الطلاق، بمعنى أن الطلاق بالإرادة المنفردة يمر على مرحلتين، الأولى وقوعه من قبل الزوج الذي يملك العصمة ولا يشاركه فيها القاضي، والثانية إثباته بموجب حكم، الذي يقف على إرادة المطلق وجودا وعدما[1119].

✓دائما مع المادة 52 وما تضمنته من عبارات، وهذه المرة من خلال عبارة "إذا تبين" بمعنى يتبين الشيء بعد بروزه وخروجه إلى الوجود ليصبح ظاهرا وواقعا، فبحث القاضي

1116– أعطت المادة 52 من ق أ ج للمطلقة الحق في التعويض المالي جراء تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ولا يمكن مقابلة التعويض المالي للمطلقة بمقابل الخلع، وإن كانا يشتركان في جملة من الخصائص كونهما مالا، فمقابل الخلع يستحقه الزوج، بينما التعويض عن الطلاق تستحقه الزوجة، كما يشتركان من حيث تحديدهما، فالأولى أن يتم الاتفاق على مقدراهما بين الزوجين، وإن لم يتم ذلك انعقد الاختصاص للقاضي بشأن تحديده، ومع هذا يختلف مقابل الخلع عن التعويض في حقيقة كل منهما، فمقابل الخلع يشكل جزء أو ركن في الخلع لا يقع بدونه، بينما التعويض عن الطلاق التعسفي أثر مترتب عن الطلاق ولا يتم الحديث عنه إلا بعد وقوعه.

1117– محمود كركوب، المرجع السابق، ص64.

1118– علال ياسين، المرجع السابق، ص 78.

1119– نفس المرجع، ص 78.

في تعسف الزوج في الطلاق من عدمه لا يمكن إلا بعد وقوع الطلاق، إذ لا يمكن تبين الشيء قبل وقوعه، فلا يمكن القول بوجود طلاق تعسفي ما لم يوجد أصل الطلاق[1120].

كما أنه بالرجوع لنص المادة 58 التي نصت على أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" تجدها في معناها تعترف بالطلاق اللفظي الذي يوقعه الزوج، فيبدأ احتساب العدة كأثر من آثار الطلاق ونتيجة مترتبة عنه، من يوم تصريح الزوج بالطلاق، لا من يوم صدور الحكم به[1121].

كما يحسب هذا الرأي أيضا أنه فسر نصوص قانون الأسرة الجزائري تفسيرا غائيا، موافقا للفقه الإسلامي في أحكام الطلاق الرجعي والبائن.

طبقا لهذه المبررات يمكن القول بأن الزوج هو الذي يملك العصمة ويوقع الطلاق وما دور الحكم القضائي إلا كشف إرادة الزوج لا غير، ويُرَدُ على أصحاب الرأي الذين قالوا بأن من الواجب استفاء الطلاق مدة الصلح القانونية والمتمثلة في (03) أشهر. وهذا الميعاد كان يقصد به تحديد فترة العدة بصفة جامدة تقبل التطبيق على جميع النساء، ذلك أن فترة العدة في الغالب تكون في حدود الثلاثة أشهر[1122]، والعدة هي فترة الرجعة، وتحديد مدة الصلح بمدة متقاربة مع فترة العدة، إن دل إنما يدل على أن المشرع كان يخاطب الرجل العادي الذي إذا تلفظ اليوم بالطلاق باشر من غده إجراءاته، فله أن يعيد زوجته خلال مدة الثلاثة أشهر ولو دون رضاها.

يبقى أخيرا البحث عن موقف القضاء من هذه المسألة، حيث ذهبت الكثير من القرارات القضائية للاعتراف بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج دائرة القضاء، وما دور المحكمة إلا للإثبات، ومن بين القرارات الكثيرة في هذا الشأن ما يلي: "فإنه إذا ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل

1120– نفس المرجع، ص 79.

1121– سعاد راحلي، المرجع السابق، ص 49.

1122– المرجع السابق، ص 49.

القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الالتجاء إليها، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة..."[1123].

كما جاء في قرار آخر ما يلي: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره..."[1124].

من خلال ما تقدم يتوصل إلى أن المشرع الجزائري خالف عولمة القانون من حيث طريقة إيقاع الطلاق بالنسبة لكل من الزوج والزوجة، فطلاق هذه الأخيرة دائما يكون تحت إشراف القضاء ووصايته، في حين أن طلاق الزوج لا يحتاج إلى المحكمة إلا للإثبات، وإن كان يعاب على المشرع عدم وضوحه وتخبطه في هذه المسالة، حيث تستحسن به مراجعتها عن طريق ضبطها، متى فكر في إعادة النظر في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في نتائج الطلاق.

نتائج الطلاق كثيرة ومتنوعة[1125] منها ما يتوقف عند الزوجين، ومنها ما ينصرف إلى غيرهما، وما يهم في هذا المقام انطلاقا من عنوان المطلب أعلاه، البحث في مدى تعلق نتائج الطلاق التي اعترف بها قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون.

عند تخصيص القول على أحكام الحضانة والعدة باعتبارهما أهم أثار الطلاق، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعاد النظر في أحكام الحضانة بسبب مصادقته على اتفاقيات حقوق المرأة والطفل، دون أحكام العدة، حيث أبقى المواد المخصصة لها في القانون 11-84 على حالها، وعليه يكون المشرع الجزائري قد تأثر بالمعاهدات الدولية في أحكام الحضانة، وفيها يتجلى توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون، وعلى النقيض بقي المشرع متمسكا بأحكام الفقه الإسلامي

1123- المحكمة العليا، غ أ ش بتاريخ 1984/12/17، ملف رقم 35322، المجلة القضائية، لسنة 1989، ع 04، ص 94.

1124- المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 1994/12/03، ملف رقم 35026، المجلة القضائية، لسنة 1994، ع 04، ص 86.

1125- إن آثار الطلاق ونتائجه كثيرة، منها التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق، التنازع في متاع البيت، استحقاق الزوجة صداقها، انقسام الأموال المشتركة بين الزوجين، نفقة العدة، أحكام الحضانة، وأحكام العدة.

في أحكام العدة، وهنا تتجلى معارضة قانون الأسرة لعولمة القانون، وعليه قسم هذا المطلب إلى الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في نتائج الطلاق.

الفرع الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في نتائج الطلاق.

الفرع الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في نتائج الطلاق.

إن المكان الصحيح للحديث عن الحضانة لا يرتبط بالطلاق، إنما يرتبط بوجود الولد، الذي قد يوجد والزوجية مازالت قائمة مستمرة لم تنحل بعد؛ وفي هذه الحالة لا يخلق موضوع الحضانة إشكالا يذكر، فمادامت الزوجة تتبع زوجها أينما حل وأرتحل، فمن الطبيعي أن يكون ثمرة زواجهما –ولدهما– تابعا لهما؛ كما قد يوجد الولد ولقد تم الانفصال بين الزوجين بسبب الطلاق، وفي هذه الحالة تخلق أحكام الحضانة الكثير من الإشكالات التي أرقت الباحثين باختلاف تخصصاتهم، سواء في مجال العلوم الاجتماعية أو الشرعية أو القانونية، لهذا السبب اهتم الباحثين بالحضانة باعتبارها أثر من آثار الطلاق، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، حيث نظم أحكامها من المادة 62 إلى المادة 72، تحت مظلة فصل بعنوان "آثار الطلاق" بمعدل عشرة مواد، الكم الذي لم يحظى به أي موضوع من موضوعات قانون الأسرة الجزائري، وهذا إن دل إنما يدل على أهمية وخطورة واهتمام المشرع الجزائري بفكرة الحضانة حماية للأولاد.

في هذا الفرع لا يهم البحث عن أحكام الحضانة الإجمالية بقدر ما يهم البحث عن مواطن تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون فيها، خاصة ما تعلق منها بالمساواة بين الرجل والمرأة وترقية حقوق المرأة وتمكينها وإعطائها حقوق مضاعفة، حيث جاء الأمر 02/05 بأحكام جديدة يمكن اعتبارها بمثابة العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام الحضانة، التي أثرت تأثيرا سلبيا على حياة الزوجين المنفصلين، وحياة المحضون في آن واحد، وعليه سيتم الحديث في هذا الفرع على نقاط ثلاث، الأولى تعني بتحديد موضوعات الحضانة وجزئياتها، ثانيا تأثر قانون الأسرة

الجزائري بعولمة القانون في ترتيب الحاضنين، ثالثا تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون في حق المطلقة في المسكن.

أولا: موضوعات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.

ترتبط بالحاضنة حسب تسلل المواد من 62 إلى 72 الموضوعات التالية: تعريفها وشروط الحاضنين المادة 62، وترتيبهم المادة 64، مدة الحاضنة المادة 65، وسقوطها المواد 66، 67، 68، 69، 70، عودة الحق في الحضانة المادة 71، سكن الحاضنة المادة 72.

من المسائل القليلة التي حظيت بتعريف تشريعي في قانون الأسرة الجزائري الحضانة، حيث عرفتها المادة 62 من ق أ ج بقولها: "الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."، ما يلاحظ على هذه المادة علاوة على سردها تعريف الحضانة تعريفا دقيقا نافيا لكل لبس، أضافت الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن، ذلك أن للحضانة ركنان، الحاضن والمحضون.

ما يلاحظ على شروط الحاضن أنها جاءت في شكل عام، حيث اكتفت المادة 62 بأن تتطلب في الحاضن أهلية للقيام بهاته الوظيفة، والأهلية في الحضانة تختلف عن الأهلية المدنية، فإذا كانت هذه الأخيرة تشترط ثلاثة شروط هي بلوغ سن الرشد والسلامة العقلية وعدم الحجر[1126]، فإن الأهلية في الحضانة تشترط علاوة على ذلك السلامة العقلية والجسدية، والأمانة والاستقامة في الخلق[1127]، ويساعد على معرفة شروط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري تعريفها بأهدافها المتمثلة في تعليم الولد، تربيته على دين أبيه، السهر على حمايته

1126– المادة 40 من ق م ج.

1127– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دارسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان، كلية الحقوق، 2005/2004، ص 216–217.

خلقا وصحة، وهذه الأهداف تتطلب حتما الرجوع لما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص شروط الحاضن طبقا للمادة 222 من ق أ ج[1128].

عالجت المادة 64 ترتيب الحاضنين، وستترك هذه المادة للنقطة التالية لكونها جاءت متأثرة بالمعاهدات الدولية، أما المادة 65 فلقد عنت بمدة الحضانة، وقبل التعريج عنها. لا بد من الإشارة أولا إلى أن مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي أعم وأوسع عنه في قانون الأسرة الجزائري، ففي الأول شُرِعَت لحماية من لا يستقيم بشؤون أمره، وهذا متحقق قطعا في الصبي، ويلحق به المجنون والمعتوه[1129]، أما ق أ ج فلقد حصر الحضانة لمصلحة الطفل دون غيره ممن يقوم مقامه من الناحية القانونية[1130]، وهذا ما يتبين من خلال تعريفه للحضانة، ويتجلى أيضا من خلال نظرته لانتهائها حيث فرقت فالمادة 65 بين الذكر والأنثى في انتهاء الحضانة دون غيرهما.

حيث وضع المشرع أصلا صريحا بالنسبة للذكر يتمثل في انقضاء الحضانة في جانبه ببلوغه العشرة (10) سنوات، مردفا هذا الأصل باستثناء صريح متمثل في إمكانية تمديدها حتى بلوغه سن (16) السادسة عشر من عمره، ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء أن يكون المحضون ذكرا، أن لا يتجاوز تمديدها لما فوق (16سنة)، وأن تكون الحضانة أما دون غيرها ممن يستحقون الحضانة[1131].

1128–زوهير بن حشاني، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي– كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021/2020، ص 289.

1129– محمد ابن صالح العثمين، المرجع السابق، ج 13، ص 532.

1130– إغفال المشرع الجزائري لذكر كل من المجنون أو المعتوه أو حتى الكبير الطاعن في السن، لا يعني عدم تطبيق أحكام الحضانة عليهم، إنما يرجع في شأنهم إلى أحكام الفقه الإسلامي، طبقا للمادة 222 من ق أ ج.

1131– زوهير بن حشاني، المرجع السابق، ص 295.

وليس معنى انقضاء الحضانة أن الطفل استغنى عن من يخدمه، بل معناها أن له الحرية المطلقة في اختيار الجهة التي يختارها بين أبيه وأمه، فلا تقابل بين أحكام الحضانة وأحكام الولاية، حيث تفترض هذه الأخيرة رشد من كان تحتها لكي تنقضي.

أما في جانب الأنثى فلقد حدد المشرع مدة انقضاءها ببلوغها سن الزواج، والمحدد طبقا للمادة 07 من ق أ ج بـ: (19) سنة كاملة، ويمكن القول أيضا أن هذه المدة بالنسبة للأنثى أصل عام لانقضاء الحضانة في جانبها، ذلك أنه يمكن أن تنقضي دون بلوغها، ويتحقق ذلك عند زواجها بإعفائها من سن الزواج، فلا يعقل أن تكون الأنثى متزوجة ولديها أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج، المادة 07، من جهة ومن جهة أخرى تكون محضونا.

ويبقى أخيرا من مواد الحضانة المواد التي تضافرت في سبيل معالجة مسألة سقوطها، حيث حددتها المواد 66، 67، 68، 69، 70، وعند محاولة تحليل هذه المواد في شكل إجمالي، يلاحظ أن المشرع سلك طريقين في تنظيم مسقطات الحضانة، يتمثل الأول في تبيان ما يعد مسقطا لها، والثاني تبيان ما لا يعد مسقطا لها، فأول سبب منطقي تسقط به الحضانة هو تخلف أحد شروطها، المادة 1/67 من ق أ ج، والتنازل عنها[1132] المادة 66 من ق أ ج، وسقوط الحق في الحضانة بمدة تقادم محددة بسنة واحدة بشرط انعدام العذر الحائل للمطالبة بها، المادة 68 من ق أ ج، وزواج الحضانة الأم بقريب غير محرم[1133]، المادة 66 من ق أ ج، أو سكنها مع الجد أو الخالة الحضانة وهي متزوجة بقريب غير محرم، المادة 70 من ق أ ج.

1132– من خلال تعريف الحضانة طبقا للمادة 62 يلاحظ أن تعريفها نحى نحو تكييف الحضانة على أنها التزام يقع على عاتق الحاضن، إلا أن المادة 66 أضافت الجديد على طبيعة الحضانة حيث أجازت التنازل فيها، والتنازل لا يكون إلا في الحق دون الالتزام، فبهذا يمكن القول أن طبيعة الحضانة مزدوجة بين كونها حق والتزام في ذات الوقت، وهذه الطبيعة المزدوجة للحضانة إنما جاءت لمصلحة المحضون، ففي حالات ليس قليلة قد يتنازل الذي لديه الحق في الحضانة لغيره رعاية وشفقة بالمحضون.

1133– وهذا الحكم يعد انعكاسا واضحا وصريحا لما هو ثابت في الفقه الإسلامي.

أما المتشبهات التي فصل فيها المشرع ولم يعتبرها من مسقطات الحضانة فتتمثل في عمل المرأة، المادة 2/67، والسفر بالمحضون المادة 69 من ق أ ج، وتجدر الإشارة إلى أن استبعاد عمل المرأة كسبب مسقط للحضانة جاء به تعديل سنة 2005 استجابة لتوجه قضاء المحكمة العليا الذي أقر في أحد قراراته أن عمل المطلقة غير مسقط للحضانة[1134]، وفي هذا الحكم تمكين للمرأة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، عن طريق تشجيعها للخروج للعمل وإبقاء الحق في الحضانة لصالحها.

أما عن السفر بالمحضون فلقد قرر المالكية أنه إذا كان بمسافة تبعد عن مكان ولي المحضون بـ: 72 ميلا فأكثر يعد مسقطا للحضانة، لانتفاء مصلحة المحضون قطعا بموجب هذه المسافة البعيدة التي تفصل المحضون عن وليه الشرعي (الأب)[1135]، أما ق أ ج فلقد أطلق يد القاضي في تقرير مدى اعتبار السفر بالمحضون مسقطا للحضانة أم لا، دون تحديد جامد منه.

تجدر الإشارة أن هذه الأحكام إنما جاء بها المشرع الجزائري قاصدا بها مصلحة المحضون، وإن حصل وتعارض حكم منها مع مصلحته، عدل عنه القاضي إلى غيره، فيمكن القول أن من شروط تطبيق أحكام الحضانة في التشريع الجزائري، توافقها مع مصلحة المحضون، التي تعد مسألة نفسية باطنية تختلف من حالة لأخرى لدرجة عدم تشابه حالة وأخرى، فصياغة أحكام الحضانة بهذا الشكل المرن، خلق الكثير من الإشكالات القانونية والقضائية في أحكام الحضانة.

هذا يكون قد انتهى الحديث عن موضوعات الحضانة في شكلها العام، وفي ما يلي تتريب الحاضنين بوصفه وجه من أوجه التأثر بعولمة القانون.

1134– المحكمة العليا، غ أ ش بتاريخ 2002/07/30، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، لسنة 2004، ع 01، ص 270.

1135– الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 03، ص 159.

أولا: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال ترتيب الحاضنين.

الولد ثمرة الزواج ونتيجة من نتائجه المباشرة، يعمل على تعزيز العلاقة بين الزوجين، والزواج ليس أمرا شخصيا بين طرفيه، فهو يربط بين عشيرتين مختلفتين، ليشكل نوعا جديدا من القرابة تسمى "قرابة المصاهرة"، فالولد كما يرتبط بوالديه، يرتبط بغيره من أقاربهما، والقرابة بالنسبة للولد تكون سببا من أسباب الشفقة عليه، ورعايته وحفظه وصونه خلقا وصحة، فمن مصلحة جميع الأقارب وعلى رأسهما الأم والأب، حضانة الطفل.

فأول منطلق يُنطلق منه هاهنا هو تعدد أصحاب الحق في الحضانة بعد الطلاق، فلا يوجد شخص واحد يستحقها ويلتزم بها بطريق مباشر، فوجب مفاضلة واحد عن الآخرين تبعا لما تقتضيه مصلحة المحضون.

تقرر فيما سبق أن القرابة عامل مؤثر في ترتيب الحاضنين، لكن هل تعد القرابة المجردة العامل الوحيد في ترتيب الحاضنين؟ بالرجوع لأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن تجدهم قرروا أن الأنوثة أليق بوظيفة الحضانة، لأنهن أشفق على الطفل، وأهدى إلى تربيته ورعايته وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال[1136].

ولما كانت القرابة متضافرة مع الأنوثة هي أقوى أسباب ثبوت الحق في الحضانة لمظنة تحقق مصلحة المحضون معها، كانت الأم هي أولى الأشخاص بحضانة أولادها، وهذا ما يعد ثابتا في الفقه الإسلامي ومحل إجماع بين علماء الأمة، ومستند إجماعهم في هذا قوله صلى الله عليه وسلم: " أنك أحق به ما لم تنكحي"[1137] وقوله أيضا: "من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[1138]، فقاعدة أن النساء أقدر على الحضانة، وما تفرع عنها من حق الأم بالحضانة قاعدة شرعية جاء بها الإسلام قبل 15 قرنا وتبنتها كافة قوانين الأحوال الشخصية العربية.

1136– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 719.

1137– أخرجه أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بحضانة الولد؟ رقم الحديث 2276،ص 398.

1138– أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات، رقم الحديث 1283، ص 305.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ترتيب الحاضنين بعد الأم، ومرد هذا الاختلاف عدم وجود الدليل، فكانت آراء عقلية تتغير بتغير الحال والزمان، ولقد ذهب في ذلك الحنفية[1139] للترتيب الآتي: الجدة لأم وإن علت، الجدة لأب وإن علت، الأخوات مع تقديم الأخت الشقيقة على الأخت لأم، وتقديم هذه الأخيرة على الأخت لأب طبقا للرواية الراجحة، وفي رواية أخرى أن الأخت لأب مؤخرة عن الخالة، بنت الأخت الشقيقة، ثم لأم ثم لأب، الخالات فتتقدم الخالة الشقيقة وبعدها الخالة لأم وبعدها الخالة لأم، بنت الأخت لأب، بنات الأخوة الشقيق ثم لأم ثم لأب، العمات فتقدم العمة الشقيقة على العمة لأم، والعمة لأم على العمة لأب، خالات الأم، ثم الخالات لأب، العمات لأم ثم العمات لأب، ويطبق على خالات وعمات الأب والأم نفس الترتيب السابق أي تقديم الشقيق على من قبله.

أما إذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح بالحضانة أو وجدت ولم تكون أهلا لها، انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقا إذا كان المحضون ذكرا، وإلى العصبة المحارم إذا كان المحضون أنثى ويرتبون حسب درجتهم في الإرث، فيستثنى من حضانة الأنثى أبن العم الشقيق وأبن العم لأب، سدا لذريعة الوقوع في الفتنة، لكون ابن العم ليس من المحارم، وإذا لم يوجد انتقلت الحضانة لذوي الأرحام، فإن لم يجدوا انتقلت إلى الأقرباء، وإلا فالأمر للقاضي إن لم يكن شخصا مما تقدم ذكرهم.

أما المالكية[1140] فيلي أم المحضون في المرتبة: جدته لأم وإن علت، خالته حيث تقدم جهة الأنوثة على جهة الذكورة وتقديم الجهتين على الجهة الواحدة، خالة الأم، عمة الأم، جدة المحضون من جهة أبيه، أب المحضون، أخت المحضون، عمته فعمة أبيه، خالة أبيه، بنت أخ المحضون، بنت أخته، الوصي على الطفل من قبل أبيه أو من جهة القاضي فإذا كان الوصي أنثى ثبتت له الحضانة سواء المحضون ذكرا أم أنثى، أما إذا كان الوصي ذكرا فلا

1139- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 757-757-758.

1140- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج 03، ص 162-163-164.

تثبت له الحضانة على الأنثى الكبيرة سدا لذريعة الوقوع في الزنا، وبعد الوصي تنتقل الحضانة إلى العصبات وهم على الترتيب الآتي: الأخ، الجد، أبن الأخ، العم، ابن العم، ويقدم الشقيق على غيره، ثم جهة الأم ثم جهة الأب، مع تقديم الأخ لأم على الأخ لأب تأكيدا لقاعدة الأم أحق بحضانة ولدها.

أما الشافعية[1141] فالترتيب عندهم أن أم الأم تلي الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث.

أما الحنابلة[1142] فبعد الأم، أم الأم، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الجد وأمهاته، ثم الأخت وتقدم الشقيقة على الأخت لأم، وتقدم الأخت لأم على الأخت لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخوته وأخواته، ثم بنات أعمامه وعماته، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه، ثم لباقي العصبات الأقرب فالأقرب مع مراعاة إذا كان المحضون أنثى أن يكون العاصب من المحارم، ثم لذوي أرحامه، فإن لم يوجد جاز للقاضي نيابة عن الحاكم تعين الحاضن.

ما يلاحظ على ترتيب الحاضنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية أنه راعى قاعدة أن النساء أحق بالحضانة، وتفرع عن هذه القاعدة أحقية القرابة عن طريق المرأة باستحقاق الحاضنة، وهذا الترتيب جاء في الكتب والمؤلفات بشيء من التفصيل، ذلك أن الدراسات والأبحاث خاصة الشرعية لا تمل بل بالعكس تحبذ ذلك، على عكس التقنين الذي يفترض الاختصار والدقة، لذلك جاء قانون الأسرة الجزائري مراعيا لعنصر الدقة والاختصار في ترتيب الحاضنين، فلقد كانت المادة 65 من ق أ ج قبل التعديل تنص على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم

1141– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 722.

1142– محمد ابن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج 13، ص 533–534–535.

أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة ملحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

أول ملاحظة يمكن تسجيلها على الترتيب في المادة أعلاه أنه جاء موافقا للفقه الإسلامي في جميع مذاهبه، حيث قدم النساء على الرجال في الحضانة، وهذا الترتيب لم يدم لما بعد 2005 حيث عدلت المادة 64 حيث أصبحت تنص على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك،..."

ما يلاحظ على هذه المادة أنها أعادت ترتيب الحاضنين، حيث قدمت الأب على غيره من الأقارب ليلي الأم في المرتبة، وهذا ما يعد تأثرا واضحا وصريحا باتفاقية السيداو التي تقيم مسؤولية رعاية الأطفال بالتساوي بين الرجل والمرأة[1143]، وما يلاحظ أيضا على هذا الترتيب الجديد، أنه جاء بالتناوب بين أقارب الزوجين، فإذا كانت الأم أولى بالحضانة، وبعدها الأب، فلقد وزع الحاضنين الباقين حسب جهة قرابة الولد من أمه وأبيه، ليبدأ بالقريب من جهة الأم (الجدة لأم)، ثم القريب من جهة الأب (الجدة لأب)، ثم القريب من جهة الأم (الخالة)، ثم القريب من جهة الأب (العمة)، وفي هذا الترتيب محاولة من المشرع في المساواة بين الزوجين حتى بعد فك الرابطة الزوجية.

تم التوصل إلى أن المشرع الجزائري أيد عولمة القانون من خلال إعادة ترتيب الحاضنين. ويجوز التساؤل هنا حول مدى مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموقف، يجب الإشارة أولا إلى أنه لم ينعقد الإجماع بشأن رتبة الأب في ترتيب الحاضنين، ومن ثم يمكن القول أن المشرع لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن[1144].

1143– لنقر بركاهم، مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو وتأثيرها على قانون الأسرة الجزائري، مجلة السياسية العامة، جامعة امحد بوقرة بومرداس، م 05، ع 03، ص ص 444– 455، 2021، ص 452.

1144– سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 384.

إذا كان هذا الرأي يستند على حجة عدم وجود الإجماع وهي حجة متينة ومقبولة، غير أنه بالرجوع لما تم التطرق له من آراء الفقهاء في ترتيب الحاضنين، يلاحظ أن جمهور العلماء – الفقهاء الأربعة– أجمعوا ضمنيا على أن الذي يلي الأم في المرتبة هي "أم الأم" وليس الأب، فلا أقل أن يقال أن المشرع خالف مذهب جمهور العلماء في الترتيب الجديد، وما يشفع للمشرع الجزائري هذه المخالفة هو تقييد ترتيب الحاضنين بمصلحة المحضون، وإن كان يصعب تطبيقها من الناحية العملية، فهي من المعايير الجد مرنة، التي يصعب على القاضي التحقق منها.

إن أهم تعديل يخص ترتيب الحاضنين، هو مرتبة الأب في أصحاب الحق في الحضانة، ولا تهم مرتبة الأب في حد ذاتها بقدر ما تهم النتائج القانونية والواقعية المترتبة عليها، فقد يقول قائل أنه في هذا الزمن الذي فسدت فيه الذمم وتمزقت فيه الأسر وتشتت فيه أواصر القرابة، من مصلحة الولد أن تكون حضانته مع أبيه، وإن اعتبر هذا التفسير صحيحا، وما مرتبة الأب بعد الأم إلا تجسيد لمصلحة المحضون، فأن هذا لا يخدم مصلحة الأم الحاضنة في زواجها مرة ثانية.

فإذا كان المشرع الجزائري يعتبر زواج المرأة بقريب غير محرم مسقط للحضانة، الأمر الذي دفع بالكثير من الحاضنات العزوف عن الزواج خوفا من سقوط الحضانة وانتقالها للأب، فاخترن ضرر عدم إعادة الزواج –كضرر أخف– إذا ما قورن بضررها في حال انتقال حضانة الولد لأبيه، خاصة أن الواقع المعاش اليوم أصبح الأولاد فيه وسيلة للانتقام بين الزوجين بعد الفراق، هذا على عكس ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، فيمكن للمطلقة الزواج بقريب غير محرم وتنتقل الحضانة إلى أمها، وفي هذه الحالة تكون دائما على اتصال مستمر ومنتظم بابنها، على عكس انتقال الحضانة للأب الذي ترجح كفة أنه أعاد الزواج هو الأخر، لتصعب عملية اتصال الأم بابنها، فما لها إلا استعمال حق الزيارة، هذا ما جعل بعض الدعوات اليوم لا تطالب بزحزحة الأب عن مرتبته في أصحاب الحق في الحضانة،

إنما أصبحت تطالب بإلغاء اعتبار زواج المرأة بقريب غير محرم سببا من أسباب مسقطات الحضانة، وبطريق أخر مطالب مفادها إلغاء حكم شرعي قطعي الثبوت والدلالة.

ثالثا: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون في خلال أحكام سكن المحضون.

إذا كان الطلاق يقطع الرابطة بين الزوجين، فإنه لا يقطع الرابطة بين الأبوين والابن، فرابطة الأوبة تلزم الأم بحضانة ولدها، كما تلزم الأب الإنفاق على أولاده طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة في أحكام النفقة، حيث يعد السكن أحد مشتملات هذه الأخيرة طبقا للمادة 78 من ق أ ج.

لا يخلق سكن المحضون إشكالا في حال استمرار الزواج، فالرجل هو من يقع عليه التزام توفير مسكن لنفسه بالدرجة الأولى لتستفيد منه كل من الزوجة والأولاد، على عكس حال الفراق، حيث ينفصل الزوجان عن بعضهما ويبقى الولد في الغالب مع أمه، فهل يبقى الأب ملتزما بتوفير مسكن لولده بعد الطلاق، لتقتسم الحاضنة ثمرة السكن مع ابنها –وفي هذا الفرض يعد حق المحضون في السكن حق تبعي للحاضنة– أم أن الأم هي من تلتزم بتوفير مسكن للمحضون، أم هذا الالتزام ينتقل لغيرها، بسبب هذا كله خلق موضوع سكن المحضون والحضانة جدلا كبيرا بين المختصين من علماء الشريعة والقانون.

يجب الإشارة أولا إلا أن الفقهاء القدامى تناولوا حق الحاضنة في السكن مع محضونها، وفصلوا في ذلك تفصيلا[1145]، والراجح أن للحاضنة أجرة المسكن لممارسة هذه الوظيفة، بشرط أن لا يكون لها مسكن[1146]؛ كما لقي هذا الحق في الزمن الحالي تأييدا من طرف أصحاب المقترحات البديلة التي تعمل على تفعيل و تجسيد أفكار عولمة القانون[1147]، هذا ما عكس

1145– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 683.

1146– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 735–736.

1147– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 148.

اختلاف وجهات نظر الفقهاء المعاصرين حول مدى أحقية المطلقة في السكن. حيث انقسموا إلى فريقين فريق مؤيد لهذا الحق وفريق معارض له[1148].

أما الفريق المؤيد، فيرى أن حقيقة حق الحضانة في السكن هو حاجة المحضون للاستقرار وللرعاية وللاهتمام، وهذا ما يلزم توفير سكن لها، ويقع عبء توفيره على المطلق، فلا يمكن أن تمارس الحاضنة هاته الوظيفة وهي مشردة في الشارع، خاصة أن نِسَبُ الطلاق في تزايد مستمر، مما يعكس تزايد عدد الأولاد المحضونين، فوجب أن يكون للحاضنة حق في السكن يقع عبء توفيره على عاتق المطلق[1149].

أما الفريق المعارض لهذا الحق، فلم ينكروا ما قرره الفقهاء القدامى ولم ينكروا حق الطفل في سكن يصونه ويحفظه، إنما أنكروا الفلسفة التي يستند عليها دعاة المقترحات البديلة التي تقضي بمنح المطلقة مسكن الزوجية لتمارس فيه الحضانة، والمتمثلة في تكييفه على أنه عقوبة مسلطة عل الزوج بسبب أنه أوقع الطلاق، سواء كان طلاق مبررا أو غير مبرر، ولا يمكن أيضا إنكار أن هذه المطالبة تبدوا رحيمة في ظاهرها، فهي تسعى لحماية الطفل وصونه وحماية المرأة من التشرد، إلا أن باطنها متمثل في معاقبة الرجل على استعمال حق من حقوقه المشروعة، فحق المطلقة في السكن في مسكن الزوجية، عبارة عن رفع الضرر عن الحاضنة وأولادها، وإلحاق ضرر بالمطلق[1150].

فتكليف الزوج بإسكان المطلقة بولدها تكليف بلا ما لم يشرعه الله سبحانه وتعالى، إنما هو ضرر لا محال واقع على المطلق بفقد مسكنه، وفي الشريعة الإسلامية دفع الضرر مقدم على جلب النفع[1151].

1148– زوهير بن حشاني، المرجع السابق، ص 321.

1149– زوهير بن حشاني، المرجع السابق، ص 323.

1150– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 148.

1151– على عبد الله الطنطاوي، نحو جيل مسلم، الأسرة بين الشرع والقانون، دار الطباعة والنشر الإسلامية، ط 02، القاهرة، 1980، ص 114.

عند محاولة تفعيل هذا الحق داخل المجتمع الجزائري، وجب أولا معرفة حال الأسر الجزائرية. فطبيعة معيشة مجتمعنا في غالبه أن الأزواج يقيمون مع الأبوين من جانب الزوج، وبنسبة أقل أو شبه منعدمة يقيمون مع أبوي الزوجة[1152]، وما إقامة الزوجين مع أبوي الزوج إلا عجز عن توفير مسكن الزوجية، أو تخصيص ثمن السكن أو أجرته لمتطلبات الحياة الأخرى؛ وبنسبة ليست قليلة من الأسر الجزائرية تلجا لتوفير السكن عن طريق الإيجار، ونسبة أقل منها من تملك سكنا زوجيا مستقلا، ونسبة شبه منعمة من تملك أكثر من سكن واحد.

فتقنين حق المطلقة في مسكن الزوجية أو بدل الإيجار، سواء عن طريق إخلاء الرجل مسكنه أو توفير بدل الإيجار، يعد حلا مقبولا بالنسبة للمطلقة وأولادها، ومقبولا لفئة جد قليلة من الرجال، وليس مقبولا ولا مرضيا للغالبية الغالبة من الرجال الذين يعانون الفقر والبطالة وأزمة السكن، والقوانين تأتي مراعية لمصلحة الغالبية وليست لمصلحة الأقلية، إذن فالقول بتقنين هذا الحق للمرأة في الجزائر فيه ظلم لمجموع الرجال، فحل مشكلة الحاضنة وأولادها، لا يتأتي عن طريق خلق مشكلة أكبر منه[1153]، متمثلة في إرهاق كاهل الرجل بأعباء مالية هذا من جهة، وصعوبة إعادته الزواج من جهة أخرى.

فالمطالبة بهذا الحق تتم على غيض أصحاب المقترحات البديلة على حق الزوج في الطلاق، وتفعيل هذا الحق على إطلاقه فيه نوع من الظلم للرجل، خاصة أن الطلاق قد يصدر من الزوج دون أن تسبب فيه الزوجة، وفي هذه الحالة يكون أمر إسكان المطلقة وأولادها مقبولا، كما قد يصدر منه الطلاق والمتسبب فيه الزوجة، أو يكون خلعا بمحض إرادة الزوجة ولا دخل للزوج فيه، وفي الحالتين الأخيرتين يكون المتضرر الكبير من الطلاق هو الزوج بالدرجة الأولى.

بالرجوع لموقف قانون الأسرة الجزائري من هذا الحق يلاحظ أنه انحاز إلى دعاة المقترحات البديلة حيث جاء المادة 72 من ق أ ج تنص على ما يلي: "في حالة الطلاق، يجب على

1152– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 256.

1153– الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 148.

الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.".

تجدر الإشارة إلى أن هذا الحق معترف به بموجب القانون 84/11 وما تدخل الأمر 05/02 إلا لتعديله وفق ما يتناسب والمعاهدات الدولية، حيث كانت تنص المادة 52 قبل تعديلها على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزواج في الطلاق... وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها و ثبوت انحرافها."

فما يمكن ملاحظته على هذا التعديل من الناحية الشكلية أن حق الحاضنة في السكن قبل التعديل، لا يكون إلا في حالة الطلاق التعسفي، الذي لا يكون صادرا إلا من الزوج، أما حق الحاضنة في السكن بعد التعديل هو أثر من آثار الطلاق ينطبق على أي صورة من صوره، سواء كان طلاق بالإرادة المنفردة مبررا غير تعسفيا أو تعسفيا، تطليقا أو خلعا، أو طلاق بسبب النشوز، فأي ظلم ألحق بالزوج الذي تخالعه زوجته دون رضاه وقبوله، وفوق ذلك يلتزم بإخلاء مسكنه لها؟؟

كما أن التعديل الجديد عزز حق المطلقة في المسكن فلقد اشترط المادة 52 قبل التعديل تعدد المحضونين، لكن المادة 72 أكتفت بحاضن واحد لكي يكلف الأب بهذا الالتزام –توفير مسكن–، ودائما في إطار محاولة المشرع الجزائري تمكين المرأة أكثر، أغفل النص على مسقطات الحق في السكن، على عكس المادة 52 قبل التعديل التي كانت تعتبر انحراف المطلقة سببا من أسباب سقوط حقها في مسكن ممارسة الحضانة[1154].

بالرجوع للمادة 72 بعد التعديل، وعند محاولة تحليها، يتضح أنها وضعت أصلا عاما واستثناء وارد عليه، فالأصل هو توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، والاستثناء هو توفير بدل الإيجار، فلم يجعل المشرع الأمر اختياريا بالنسبة للزوج، فالأولى أن يوفر مسكن وإن تعذر

1154– بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 682.

عليه ذلك، فيقع عليه توفير بدل الإيجار، ويكون للمطلقة طبقا للمادة 2/72 البقاء في مسكن الزوجية وهذا ما يخول لها منع الأب من دخوله لمسكنه لامتلاكها حق البقاء في السكن، إلى غاية تنفيذ الأب التزامه بتوفير مسكن ممارسة الحضانة[1155]. ولقد ذهب بعض رجال الفقه الجزائري لاستحالة تحقق ما تضمنه المادة 2/72 نظرا لكون الطلاق يمر بإجراءات قانونية وواقعية غالبا ما تغادر فيها المرأة مسكن الزوجية، وعلى كل لكي تستفيد المطلقة من حق السكن يجب توفر ثلاثة شروط متمثلة في ما يلي:

- ✓أن تكون الحاضنة أما دون غيرها من الحاضنين،
- ✓أن يصدر حكما قضائيا نهائيا يقضي بطلاقها ويتضمن إسناد الحضانة إليها سواء كان المحضون واحدا أو كأثر سواء أنثى أم ذكر،
- ✓أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه للحاضنة وأن لم يكن يملك يجب عليه توفير بدل الإيجار[1156].

الفرع الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في نتائج الطلاق.

اتفقت أقلام شراح اتفاقية سيداو بالحرف الواحد عند تفسيرهم للمادة 16 منها، على أنها ترفض فكرة العدة الشرعية بوصفها. مدة من الزمن تتربص في المطلقة عن الزواج بعد الطلاق أو الوفاة[1157]، ولقد أعترف القانون 84-11 بالعدة باعتبارها نظام شرعي أصيل لم يجرأ الأمر 05-02 على تحريف أحكامه، مما يجعل أحكام الفقه الإسلامي تنتصر على عولمة القانون في هذا الشأن في التشريع الجزائري، ودراسة أحكام العدة تكون في البحث في نقاط أساسية، الأولى سببها، الثاني أنواعها، الثالث أحكامها.

1155- نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 113.

1156- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 159-160.

1157- سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 331.

أولا: أسباب العدة.

العدة واجبة على المطلقة باتفاق الفقهاء[1158]، دون الرجل، هذا ما يجعل منها مظهرا مهما من مظاهر عدم تأثر المشرع الجزائري بعولمة القانون لما تقرر أنفا أن المعاهدات الدولية لا تعترف بإحكام العدة باعتبارها تمييزا ضد المرأة وباعتبارها مسألة دينية لا يمكن أن تشكل عائق أمام المرأة في ممارسة حياتها الزوجية اللاحقة وحياتها الجنسية بوجه عام.

وسبب وجوب العدة هو الفرقة بين الزوجين، التي تلحق من كان يجمعهما زواج صحيح، كما قد تلحق من لم يجمعا زواج صحيح[1159] كالفرقة بعد زواج فاسد[1160]، ولا يهم هنا إلا العدة المترتبة عن الزواج الصحيح.

طبقا للمادة 47 من ق أ ج تكون الفرقة بين الزوجين في الزواج الصحيح إما بالطلاق أو بالوفاة، ومن ثم تكون الوفاة بوصفها واقعة مادية ليس لإرادة الزوجين دخل فيها، سببا من أسباب العدة وموجبا من موجباتها، كما يعد الطلاق بوصفه تصرف قانوني لإرادة الزوجين دخل فيه سببا من أسباب العدة وموجبا من موجباتها.

إذن فأمكن تقسيم العدة حسب مصدرها وسببها، إلى عدة الوفاة وعدة الطلاق، ويشترط في العدة بسبب الطلاق الدخول، وهذا ما نصت عليه المادة 58 من ق ا ج، وهو ما يعد موافقا للفقه الإسلامي. الذي لم يوجب العدة على المطلقة في حال الطلاق قبل الدخول ومن ثم يعد الطلاق قبل البناء بائن ببينونة صغرى، فيحرم المطلق من استعمال حق الرجعة، على عكس الطلاق بعد الدخول الذي تعتد فيه الزوجة، ويكون طبقا للأصل العام رجعيا يمكن للزوج أن

1158– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ص 625.

1159– الموسوعة الكويتية، ج 29، ص 306.

1160– لقد نص المشرع الجزائري على العدة في حالة الزواج غير الصحيح، وأطلق عليها تسمية الاستبراء، ويكون في حالة الزواج مع عدم انتفاء موانع الزواج المادة 35 من ق أ ج، راجع ص

يراجع فيه زوجته دون رضاها وقبولها، ومن هنا يتجلى مقصد العدة الأول المتمثل في إمكانية مراجعة المطلق لطليقته ما دامت في مرحلة العدة[1161].

لقد ألحق القضاء الجزائري الخلوة الصحيحة بالدخول من حيث اعتبراها تقوم مقام الدخول بوصفه شرط قبلي وسابق لعدة المطلقة[1162]، كما يتجلى أيضا من إقرار شرط الدخول مقصد ثان للعدة متمثل في التأكد من براءة رحم المطلقة منعا لاختلاط الأنساب[1163].

ولا يشترط الدخول في العدة بسبب الموت، وهذا ما يظهر من صريح المادة 59 من ق أ ج، التي لم تشترطه على عكس المادة 58، وهذا الموقف موافق لما هو متفق عليه في الفقه الإسلامي أيضا. إذ تجب العدة على المتوفى عنها زوجها بمجر وجود الزواج الصحيح وتحقق وفاة الزوج دون الحاجة لتحقق الدخول، ولا مجال لتفعيل مقصد الرجعة ولا التأكد من براءة رحم المتوفى عنها زوجها غير المدخول بها، ومن هنا يظهر المقصد الثالث من مقاصد العدة المتمثل تشريعها للإحداد على الزواج السابق وكمظهر من مظاهر حزن وأسى الزوجة على زوجها[1164].

إلى جانب هذا التقسيم، عرف فقهاء الشريعة الإسلامية تقسيما أخرا متفق في شأنه، وهذا ما سيتم تناوله في النقطة التالية.

ثانيا: أنواع العدة.

تختلف أنوع العدة باختلاف حال المطلقة[1165]، فالنساء في مجموعهن ليسوا في حالة واحدة من حيث العمر ومن حيث الصحة الجسدية والنفسية، ومن حيث ما يحملن في بطونهن، لذلك تختلف العدة تبعا لاختلاف حالهن على ثلاثة أنواع ذكرها الفقهاء وتبناها ق أ ج، النوع الأول

1161– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 372.

1162– المحكمة العليا، غ أ ش، 1996/06/18، ملف رقم 137571، م ق 1997، ع 02، ص 93–94.

1163– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 650.

1164– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 372.

1165– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

العدة بالإقراء، الثاني، العدة بالأشهر، والثالث العدة بوضع الحمل، وفي ما يلي شرح موجز لهذه الأنواع.

الفقرة الأولى: العدة بالإقراء.

تنص المادة 58 من ق أ ج على ما يلي: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..." فهذه المادة قيدت العدة بالدخول، كما تقرر سابقا أن العدة بسبب الطلاق متوقفة على تحقق الدخول أو الخلوة الصحيحة، كما استبعدت حال كون المطلقة حاملا، حيث جعلت عدة المرأة التي تحيض ثلاثة قروء، ولقد ورد هذا اللفظ بهذا البناء في النظم القرآني، في قوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ)[1166] وعند علماء أصول الفقه لفظ القرء مشترك، يحمل معنيين لغويين: الحيض والطهر، ولقد رجح المالكية والشافعية معنى القرء بالطهر ومستندهم في ذلك لفظ "ثلاثة"، فطبقا للقاعدة اللغوية التي تقضي بأن يكون العدد عكس المعدود، فاستعمال الشارع لفظ "ثلاثة" بصيغة لمؤنث، يقضي حتما بأن المقصود هو الطهر الذي هو في صيغة المذكر، لا الحيضة التي تأتي في صيغة المؤنث، أما الحنفية والحنابلة فلقد رجحوا الحيض[1167]، لكون هذا الأخير هو الأنسب والأليق لبراءة رحم المرأة، كما أن الحيض أمر حسي ومادي يمكن جعله علامة على مضي الأجل أو بعضه دون الطهر[1168].

يبقى السؤال مطروحا في التشريع الجزائري حول المقصود بالقرء، هل يقصد به الطهر أو الحيض، هكذا يكون المشرع الجزائري قد أخطا عند استعمله لهذا المصطلح المشترك، الذي ينجر عنه الخطأ في احتساب بميعاد من شأنه الإيقاع في المحظور[1169].

1166– البقرة الآية 226.

1167– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 01، ص 286.

1168– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 375.

1169– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 224.

الفقرة الثانية: العدة بالأشهر.

تنص المادة 58 من ق أ ج على ما يلي: تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل... واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق."

كما تنص المادة 59 من ق أ ج على أنه: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام...".

والعدة بالأشهر في الفقه الإسلامي تكون في حالتين، الأولى لمن طلقها زوجها بطلاق وكانت لا تحيض لصغر في السن أو بلوغ السن إلى الحد الذي لن تحيض بعده، ولم تكن حاملا، بينما الحالة الثانية تكون لمن مات عنها زوجها ولو قبل الدخول[1170]، وتطبيقا لهذا جاء نص المادة 58 بذكر نوع العدة بالأشهر في حالة الطلاق، حيث اشترط الدخول واستبعد الحامل، أما المادة 59 فجاءت على ذكر العدة بالأشهر لمن مات عنها زوجها دون اشتراطها الدخول.

فالمادة 58 تضمنت العدة بالنسبة لليائس من المحيض، ولم تذكر عدة التي لم تحيض لصغر سنها كما ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية، لأن الصغيرة التي لم تحيض لا ينعقد زواجها من الناحية القانونية، لذلك اقتصرت على ذكر اليائس من المحيض ولقد حددت عدتها بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق[1171]، وفي استعمال مصطلح تصريح اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الواقع خارج دائرة المحكمة في حال وقوعه بالإرادة المنفردة، أما في حال كونه تطليقا أو خلعا، فالعدة تحتسب من تاريخ صدور الحكم لما تقرر سابقا أن التطليق والخلع لا ينتجان أثرهما إلا بعد صدور حكم قضائي ينشئهما.

1170– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 655.

1171– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 225.

أما المادة 59 فلقد حددت عدة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام كاملة من تاريخ الوفاة، وما يعاب على قانون الأسرة أنه لم يبين التقييم المعتمد في احتساب هاته الأشهر فهل يحتسب بالتقييم الميلادي أو الهجري لعدم توافق الأشهر الميلادية مع القمرية[1172].

بخصوص احتساب الآجال بصفة عامة في قانون الأسرة الجزائري وإن كان الأجدر العمل بالتقييم القمري لأن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتمدوه في تقرير الأحكام –وما قانون الأسرة الجزائري إلا تقنين لأحكام الفقه الإسلامي–غير أن العمل القضائي سار على اعتماد التقييم الميلادي، وهذا ما يظهر من الكثير من قرارات المحكمة العليا[1173]، وهذا إعمالا للمادة 03 من ق م ج.

الفقرة الثالثة: العدة بوضع الحمل.

تنص المادة 60 من ق أ ج على أنه: "عدة الحامل وضع حملها..."، وهذا هو النوع الأخير من أنواع العدة التي تكون فيه المرأة حاملا حال الطلاق أو الوفاة، وتبين حملها عند تحقق الفرقة فتكون عدتها بوضع حملها، وما يلاحظ على النوع أن العدة فيه ليست لها مقدار معين من الوقت، فقد تطول وقد تقصر تبعا لعمر الجنين في بطنه أمه، من يوم تعلقه، إلا يوم استهلاله.

هكذا يكون ق أ ج قد نص على أنواع العدة موضحا معالم كل نوع من الأنواع وفي المقابل أغفل مسألة في غاية من الأهمية، متمثلة في تحول العدة، فقد يتحول حال المطلقة التي تحيض إلى يائس من المحيض، كما قد تتحول اليائس من المحيض في حالة صغر السن إلى الحائض، كما قد يتبين حمل الحائض خلال مرحلة العدة بالقرء، كما قد تتحول من عدة طلاق إلى عدة وفاة، فكل هذا تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية ووضعوا له حلولا مقبولة شرعا وعقلا، على

1172– نفس المرجع، ص 226.

1173– من بين القرارات الكثيرة التي اعتمدت التقييم الميلادي في احتساب المواعيد في قانون الأسرة الجزائري، القرار التالي الذي صدر بمناسبة البت في قضية متعلقة بالنسب.– المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 2013/01/10، تحت رقم 148، غير منشور، نقلا عن: أ. لحسن بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة...، ص 96.

عكس المشرع الجزائري، ومن ثم يرجع في شأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من ق أ ج.

ثالثا: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال أحكام العدة.

سواء كانت العدة من طلاق أو وفاة تترتب عنها جملة من الأحكام ذكرها ق أ ج، وأول حكم إجمالي مرتبط بها، يظهر في حقيقتها المتمثل في كونها مانع من موانع الزواج المؤقتة طبقا للمادة 2/30 من ق أ ج، فلا يمكن للمعتدة أن تتزوج في هذه المدة وإن تزوجت عد زواجها باطل جزاءه الفسخ قبل الدخول وبعده طبقا للمادة 34 من ق أ ج.

أما عن أحكام العدة الخاصة التي جاء على ذكرها المشرع الجزائري بموجب المادة 61 من ق أ ج التي تنص على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

فمن مقتضيات العدة أيضا طبقا للنص أعلاه، سكن المعتدة في المسكن العائلي في فترة العدة، فيطرح السؤال هنا حول مقصد المشرع من هذا، فهل يعتبر بقاء المعتدة في السكن العائلي حقا للمطلقة، أم هو التزام يقع على عاتقها بأن لا تربحه، خاصة أنه بعد وقوع الطلاق يزداد التنافر بين الزوجين

من خلال سياق المادة 61 يلاحظ أن المشرع يعترف للمرأة بالسكن على أساس أنه حق لها ومن مصلحتها استعماله، لكونه نص على سقوطه في حالة الفاحشة المبينة، وإن كان لم يبين المقصود منها، فهل المقصود منها فعل الزنا، أم يكفي أي فعل يخدش بالحياء يظهر لعامة الناس وخاصتهم، لاسيما في هذا الزمن الذي أساء الكثيرون فيه استعمال التكنولوجيا الرقمية، التي ساهمت في انحراف الكثير من الشباب والشابات كما أسهمت في الكشف والإشهار عما كان يتم في سرية تامة وكتمان في الأزمنة السابقة.

وثالث حكم من أحكام العدة دائما طبقا للمادة 61 حق المطلقة في نفقة العدة بجميع مشتملاتها، من غذاء وكسوة وعلاج وسكن وما يعتبر من العرف والعادة.

وتجدر الإشارة أن حق المطلقة في السكنى وحقها في النفقة تستحقهما لذاتها ولشخصها بغض النظر عن وجود محضونين معها أم لا[1174]، وتضاف إلى أحكام العدة بوجه عام ثبوت نسب الحمل الذي يظهر خلال فترة العدة[1175].

إذا كانت الأحكام السابقة تسري على جميع أنواع العدة، فإن للعدة من طلاق رجعي أحكاما خاصة تنفرد بها عن غيرها من الصور، وتتمثل أساسا في إمكانية مراجعة المطلق طليقته دون رضاها[1176]، وإمكانية متابعة الزوجة بجريمة الزنا في فترة العدة[1177].

بعد انقضاء العدة تتحل المرأة من هذه الأحكام وتعامل نفس معاملة المرأة الحرة من الناحية القانونية والشرعية، فيمكن لها أن تتزوج مرة أخرى، ويسقط حقها في السكنى والإنفاق لذاتها، كما لا يثبت النسب الظاهر بعد العدة، ولا يمكن لمطلقها مراجعتها إلا بعقد جديد، ما لم يكن طلاقه مكملا للثلاث، المادة 51 من ق أ ج، كما لا يمكن له متابعتها بجريمة الزنا.

1174– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 152.

1175– نسرين شريفي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، 99.

1176– سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 347.

1177– عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ص 96.

خاتمة:

جاءت هذه الدراسة الموسومة ب: "**أثر عولمة القانون على أحكام الأسرة**" للإجابة على أحد الإشكاليات في المجال القانوني والاجتماعي، المتمثلة في السؤال التالي: "كيف أثرت عولمة القانون على المبادئ الشرعية التي تحكم أحكام الأسرة في التشريع الجزائري؟ حيث تم التوصل إلى أن عولمة القانون أقامت أحكام الأسرة على وجه معارض في جميع جوانبه لأحكامها في الفقه الإسلامي، ولم تكتف بتنظيم أحكام الأسرة إنما حاولت فرضها بشتى الطرق على أغلب الدول، ولم تسلم الجزائر من تأثيرها بسبب انضمامها لأهم صك دولي يعنى بحقوق المرأة داخل الأسرة، المتمثل في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادر عن الأمم المتحدة، وإن كانت تحفظت على المواد التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أنه بسبب الضغوطات الخارجية والداخلية، رفعت الجزائر بعض هذه التحفظات ما أدى إلى تعديل قانون الأسرة على وجه يتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية في نظام الزواج وانحلاله.

النتائج:

- ✓ عرفت المجتمعات منذ القدم أنواعا كثيرة للعولمة، تتفق في حقيقتها –المتمثلة في محاولة فرض نموذج القوي على الضعيف– تختلف من حيث وسائلها المستعملة في كل زمن وعصر.
- ✓ تتنوع العولمة من حيث غرضها إلى أنواع كثيرة لا يمكن عدها، فأول مجال برزت فيه كان الميدان الاقتصادي، ثم تسربت لمجالات أخرى كالحياة الثقافية، والاجتماعية والإعلامية، والصحية والتعليمية...الخ
- ✓ توجد عولمة قانونية مستقلة بذاتها لها ما يميزها عن غيرها من أنواع العولمة الأخرى، غير مقصودة لذاتها، يمكن وصفها بالعولمة الخادمة للأنواع الأخرى، لما للقانون من دور مهم في تنظيم الحياة الاقتصادية، والاجتماعية والثقافية والإعلامية والصحية والتعليمية...الخ.
- ✓ الأسرة هي العمود الأساسي لكل نظام اجتماعي وثقافي واقتصادي، فحمايتها وصونها وفق عقيدة وعادات وتقاليد كل مجتمع كفيل بصيانة المجتمع برمته، فهي تتطلب تنوع صور

حمايتها، ومن أوجه صور الحماية الضرورية للأسرة في العصر الحالي إحاطتها بترسانة قانونية رصينة، وهذا ما يجعل من أحكام الأسرة أحد جوانب عولمة القانون.

✓ لتحقيق فكرة العولمة تستعمل الدول العظمى أساليب غير رسمية كثيرة منها التحكم في شركات الإعلان وشبكات التواصل الاجتماعي، والسينما والدراما التليفزيونية، دور النشر، المجلات والدوريات.

✓ تستعمل الدول الكبرى في الزمن الحالي الأمم المتحدة باعتبارها هيئة رسمية لتحقيق أغراضها في جميع مجالات الحياة، وطريقة عمل الأمم المتحدة تكون عن طريق تنظيم مؤتمرات دولية عبارة عن اجتماع للنقاش والتحاور في موضوع معين، فيتمخض عن المؤتمر توصيات ونتائج قد تكون ملزمة في ذاتها، وقد تكون ممهدة لمعاهدات دولية ملزمة.

✓ تعمل العولمة على مستويين: مستوى تخاطب فيه الشعوب بطريق مباشر، ويتجلى من خلال ثمرة الأساليب غير الرسمية، ومستوى تخاطب فيه الحكومات من خلال اقتراحات المعاهدات للمصادقة عليها وتنظيم المؤتمرات الدولية في موضوعات شتى.

✓ حظي موضوع الأسرة والمرأة والطفل بنصيب كاف من مؤتمرات ومعاهدات الأمم المتحدة، سواء في مؤتمرات ومعاهدات ذات طابع عام التي تتناول موضوعات عامة كالتنمية، الصحة، التعليم، السكن، أو تلك التي تناولت موضوعات حقوق الإنسان بوجه خاص.

✓ أهم الاتفاقيات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي هي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باختصار "سيداو"، التي تدور حول موضوع جوهري في نظرها متمثل في المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع مجالات الحياة، تعرض للمصادقة عليها وتسمح للدول بالتحفظ عليها على ما تشاء من موادها.

✓ تعتمد العولمة أسلوب اللف والدوران حتى في الجانب الرسمي من عملها، فمثلا اتفاقية **سيداو** تعرض للتصديق عليها وفي المقابل تعطي للدول حرية التحفظ على ما تشاء من موادها، وهذا التصرف القانوني مقيد بأن لا يكون متعارضا روح الاتفاقية وموضوعها الرئيسي، وأغلب

مواد الاتفاقية إن لم تكن كلها لا يجوز التحفظ عليها من زاوية القانون الدولي، إذن فبمجرد تصديق الدولة عليها، تقيم لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدنيا وتقعدها على الدولة لكي ترفع تحفظاتها.

✓ حاولت الجزائر منذ الاستقلال جاهدة الاندماج مع غيرها من أفراد المجتمع الدولي من خلال مصادقتها على أغلب اتفاقيات حقوق الإنسان التي تعرضت للأسرة، المرأة والطفل، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

✓ نظمت المعاهدات والمؤتمرات الدولية باعتبارهما السلاح الرسمي القوي لعولمة أحكام الأسرة على وجه خالفت فيه جميع الشرائع الدينية وأغلب القوانين الوضعية، فلا يمكن التوفيق بين العولمة والفقه الإسلامي في تنظيم الأسرة لصراحة التعارض الحاصل بين مرجعية وفلسفة كل من النظامين.

✓ الزواج من وجهة نظر عولمة القانون علاقة أوسع نطاقا مما هو عليه في الفقه الإسلامي، فإذا كان هذا الأخير يشترط أن يكون طرفا الزواج رجل وامرأة، فإن الأول يرى فيه العقد الذي قد يكون بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة، وهذا ما تم تقنينه في الكثير من تشريعات الدول الغربية.

✓ لا تقيم عولمة القانون وزنا للزواج بوصفه وسيلة تحصين الشخص، من خلال السماح بجميع صور الاقتران بين الرجل والمرأة وإضفاء صفة المشروعية عليها.

✓ لا يمكن أن تنكر العولمة الزواج بوصفه عقد بين رجل وامرأة فهي تعترف به وتقره من حيث هذا المبدأ، لكن تخالف الفقه الإسلامي من حيث طريقه انعقاده ومن حيث الآثار المترتبة عليه، فيكفي لانعقاده تراضي رجل ومرأة وما تسجيله إلا للإثبات، أما في الفقه الإسلامي فالزواج عقد مقدس لكي ينعقد وجب احترام جملة من القيود متمثلة في التراضي، الشاهدين، الولي في جانب المرأة والقاصر، أن تكون المرأة محلا للعقد، مهر عند المالكية. أما من حيث الحقوق المترتبة عليه فالعولمة ترى أن الزواج يعطي حقوق والتزامات متساوية بين الرجل والمرأة، في

حين أن الفقه الإسلامي يعترف بجملة من الحقوق والالتزامات المشتركة بين الزوجين، لكن في المقابل يعطي حقوقا تبادلية لأطراف الزواج.

- ✓ اهتمت العولمة القانونية بموضوع الطفل حيث خصصت له المعاهدة الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، ولقد جاءت هذه المعاهدة تحمل النظرة الغربية متنزهة عن التفصيلات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.
- ✓ لم تهتم العولمة القانونية بالأسرة ككيان واحد، إنما اهتمت بحقوق الإنسان بمعزل عن الأسرة، خاصة حقوق الطفل والمرأة، حيث أعطت للمرأة نفس حقوق الرجل داخل الأسرة وخارجها، لدرجة طمس معالم التفرقة بين الرجل والمرأة.
- ✓ بسبب مصادقة الجزائر على غالبية اتفاقيات حقوق الإنسان خاصة اتفاقية سيداو كان لازما على المشرع الجزائري تعديل قانون الأسرة بما يتماشى ونظرة المعاهدات الدولية في تنظيمها لأحكام الأسرة.
- ✓ وقع المشرع الجزائر بين أمرين أحلاهما مر، الأول متمثل في ضرورة إبقاء الرباط القوي بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي، والثاني ضرورة الوفاء بالوجبات الدولية المترتبة على المصادقة على الاتفاقيات الدولية.
- ✓ حاول الأمر 05-02 تعديل أغلب مواد الزواج والطلاق بما يتوافق ونظرة المعاهدات الدولية، فالمرجعية التي اعتمد عليها الأمر ترد إلى عولمة القانون، وهذا ما يفيد عدم تأثر المواد التي لم يمسها التعديل – وهي الغالبة في قانون الأسرة الجزائري- بعولمة القانون.
- ✓ وافق قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله عولمة القانون فيما يخص الزواج من حيث انعقاده في: جعل التراضي الركن الوحيد لعقد الزواج، تحديد سن الزواج بـ: 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة مع إمكانية الإعفاء منه بالنسبة للجنسين، وتسجيل عقد الزواج وإثباته. وإن كان اعترف بنظم من صميم الفقه الإسلامي، والمتمثلة في الولاية على المرأة، وشرط الشاهدين، شرط الشهادة الطبية قبل الزواج، إلا أنه لم يعطها الحماية القانونية الكاملة في حال تخلفها،

فيصح الزواج بعدم تحققها بموجب إرادة الزوجين أو بالإسراع في إتمام إجراءات الدخول، وهذا ما يعكس تأثر مشرعنا بعولمة القانون خاصة موضوع الولاية حيث أقرت المادة 9 مكرر شرط الولي، في حين أن المادة 11 قيدت إطلاق المادة 09 مكرر وأعطت الراشدة حق تولي زواجها بحضور وليها الذي لا يعدو أن يكون حضورا رمزيا.

- ✓ عارض قانون الأسرة الجزائري عولمة القانون فيما يخص الزواج من حيث انعقاده في: الاعتراف بضرورة تباين جنس أطراف الزواج المادة 04 الذي يفيد عدم الاعتراف بالزواج المثلي داخل المجتمع الجزائري، وإقرار الموانع الزوجية بوصفها شرط بموجب المادة 09 مكرر ومنحها الحماية القانونية الكاملة بوصفها ركن لا شرط للزواج، إقرار الصداق بوصفه شرط من شروط الزواج وحمايته في حالته تخلفه بعد الدخول، وحصر دور الولي في زواج القاصر بشرط أن يكون الولي ذكر وهو الأب بالدرجة الأولى.
- ✓ وافق المشرع الجزائري إلى حد ما عولمة القانون في محاولة تقييد تعدد الزوجات في قانون الأسرة من خلال تعمد تشديد شروط ممارسته، ومع هذا يمكن اعتباره غير موافق لها في جميع الجوانب لإبقائه على مبدأ جوازه.
- ✓ وافق قانون الأسرة الجزائري عولمة القانون في آثار الزواج من خلال الفصل الرابع من الكتاب الأول الذي حاول إقامة حقوق وواجبات الزوجين الشخصية والمالية على مبدأ المساواة ين الزوجين، في حين خالفها من زاوية أخرى عندما نص على بعض الحقوق التبادلية بين الزوجين في نصوص متفرقة من قانون الأسرة.
- ✓ على غرار منهج قانون الأسرة المزدوج في موافقة عولمة القانون من جهة ومخالفتها من جهة أخرى في نظام الزواج، تبني المشرع ذات الأسلوب في نظام الطلاق، حيث وزع حق الطلاق بالتساوي بين الزوجين من خلال جعل الصورة الأصلية فيه تتم بالتراضي، وفي المقابل أعطى للزوج الطلاق بالإرادة المنفردة، وأعطى للزوجة حق الخلع تستعمله هي الأخرى بإرادتها المنفردة كيفما تشاء، كما أعطى للمرأة حق التطليق للضرر وأعطى للزوجين حق الطلاق

للنشوز، ولا فائدة من منح هذا الحق للزوجة لكون التطليق يغني عنه، لذلك تأتي هذه الصورة لمصلحة الرجل لوحده. وفي المقابل خالف عولمة القانون من خلال طريقة استعمال هذا الحق وممارسته، فجميع صور فك الرابطة الزوجية التي تملكها المرأة يجب أن يصدر بشأنها حكم قضائي لينشئها، في حين أن حق الزوج في الطلاق لا يحتاج حكم لينشئه إنما يحتاجه للإثبات والتقرير فقط.

- ✓ وافق قانون الأسرة الجزائري عولمة القانون من خلال إعادة صياغة النصوص المنظمة للحضانة حيث أعاد النظر في مراتب الحاضنين وارتقى بالأب ليتساوى مع الأم في حقه في الحضانة، كما منح المطلقة حق السكنى لممارسة الحضانة، في حين خالفها في أحكام العدة المقتبسة من الفقه الإسلامي.
- ✓ أثرت عولمة القانون على صياغة نصوص قانون الأسرة أكثر ما أثرت على روحها وفحواها، فلم يتجلى المظهر التوافقي بين نصوص قانون الأسرة بعد التعديل، فلاهي متوافقة أو متجانسة، بل على النقيض من ذلك تماما فالكثير منها متعارض مع بعضه، ومن المواد المتعارضة مع بعضها في قانون الأسرة ما يلي: المادة 04 التي أقرت صفة الرضائية لعقد الزواج المعارضة لنص المادة 09 مكرر والمادة 07 مكرر و08، المواد التي أقرت شروط شكلية من شأنها إخراج الزواج من الرضائية إلى الشكلية، المادة 3/9 مكرر التي أتت على ذكر شرط الولي والمادة 11 التي أعطت للراشدة سلطة تزويج نفسها، المادة 5/9 والمادة 32 و34، فالمادة 9 اعتبرت الموانع الشرعية شرطا، في حين أن المادة 32 و 34 في حالة عدم احترامه رتبا الأثر المترتب على تخلف الركن لا الأثر المترتب على تخلف الشرط، المادة 32 والمادة 35، حكمت الأولى ببطلان الزواج في حالة اقترانها بشرط ينافيه، في حين أن المادة 35 حكمت بصحته وبطلان الشرط، تعارض الفصل الرابع برمته المادة 36 و 37 مع المواد 8، 14، 41، 48، 58، 74، 75، 87، 145، 146، حيث حاول الفصل الذي جاء بعنوان

حقوق وواجبات الزوجين إقامة آثار الزواج على مبدأ المساواة بين الزوجين، إلا أن المواد المذكورة أعطت حقوق تبادلية للزوجين وخرجت عن المبدأ الذي أراد المشرع تحقيقه.

- ✓ بعد الأمر 05-02 أصبح الفقه الإسلامي مجرد مصدر لفظي لبعض نصوص قانون الأسرة في موضوعي الزواج وانحلاله، لبقائه محافظا على الكثير من المصطلحات الشرعية دون الأخذ بمعناها، ومن بين هذه المصطلحات، "إحصان" المادة 04، "مجلس العقد" المادة 06، "يفسخ" المادة 8 و 33 و34، صداق المادة 09 مكرر و 14، نكاح المادة 10 و40...
- ✓ نتج عن تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون ومعارضته للفقه الإسلامي صعوبة إعمال نص المادة 222 منه، التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص، حيث يفترض تطبيقها أن يكون قانون الأسرة موافقا للفقه الإسلامي في جميع جوانبه.

أهم التوصيات:

توصيات موجه للمجتمع الجزائري وكافة الأمة الإسلامية.

- ✓ تتمثل التوصية الأولى في مطلب موجه لكافة الأمة العربية والإسلامية وفي طليعتهم المجتمع الجزائري، حيث يجب على قادة الأسر من أب وأم، حسن تربية الأولاد تربية دينية تتوافق وعادات وأصالة المجتمع، من خلال إتباع المنهج النبوي في تربية الأولاد، ومن خلال توجيه الاستعمال الأنفع للتكنولوجيا الحديثة التي دخلت البيت الجزائري دون استئذان، والتي لها في العصر الحالي الأثر البالغ في حياة الشخص منذ نعومة أظافره إلى غاية شيخوخته.

توصيات موجهة للحكومة الجزائرية:

- ✓ على الحكومة الجزائرية أن لا تستمر في رفع التحفظات على اتفاقية سيداو وتكتفي بهذا القدر من تعديلات قانون الأسرة.
- ✓ يستحسن أيضا في سبيل التخلص من الالتزامات الدولية التي أوجبتها الدولة على نفسها بسبب المصادقة على الاتفاقيات الدولية، إعادة صياغة نصوص قانون الأسرة وفق مذهب

الإمام مالك، لما ترجح لدينا أن اهتمم اهتماما بالغا بالأحوال الشخصية، ولأن المجتمع الجزائري ألف على تحكيمه في شؤونه الشخصية والمالية منذ القدم.

✓ يجب على الدولة الجزائرية أن تعزز مركزها الاقتصادي بين الدول لما لها من ثروات طبيعية وبشرية تؤهلها لأن تكون أمة رائدة بين الأمم، فلا يغفل عن نبيه أن القوة الاقتصادية للدولة تؤثر في مكانتها بين الدول، وتعلي من شأنها وتجعل لها موقفا.

توصيات موجهة للمشرع الجزائري بشان صياغة نصوص قانون الأسرة:

✓ يجب على المشرع الجزائري إزالة بعض اللبس والغموض والتعارض الذي يكتنف نصوص قانون الأسرة، الذي أسهم في تعقيد عملية تفسير وتطبيق نصوصه، بأن يكون جريئا بالإفصاح عن موقفه في مسائل عديدة، كمسألة الولاية بأن يقرر إلغائها ألبتة أو تقريها إقرار كاملا؛ التعدد بأن يكون جريئا عن طريق إلغائه أو أن يضع شروطا مستساغة وممكنة التحقق لممارسته؛ ورضائية الزواج بأن يزيل هذا الوصف أو يلغي ما من شأنه تقييد رضا الرجل والمرأة في عقد الزواج؛ وحقوق الزوجين بأن يلغي جميع الحقوق التبادلية والمنافية لمبدأ المساواة بين الزوجين، أو يبقي عليها ويجملها في فصل واحد؛ وصف الزواج المقترن بشرط ينافيه بان يحكم ببطلان الشرط وصحة الزواج، أو ببطلان الزواج لاقترانه بهذا الشرط.

✓ يجب على المشرع الجزائري أن يبين بوضوح آثار تخلف شروط الزواج كالأهلية والشهادة الطبية، بأن يقرر صراحة طبيعتها الأدبية أو أن يحميها بجزاء متمثل في بطلان الزواج أو فساده.

✓ يجب على المشرع الجزائري أن يتدخل ويفصل في قضية دور حكم القاضي بخصوص الطلاق بالإرادة المنفردة، التي خلقت جدلا كبيرا بين أحكام القضاء وأقلام شراح قانون الأسرة الجزائري.

✓ كما يجب عليه أن يقيد حق استعمال الخلع بالنسبة للزوجة فلا يعقل أن ينظمه في مادة وحيدة من مجمل 224، وهو على القدر كبير من الخطورة من حيث حقيقته وآثاره.

- ✓ تعديل المادة 55 التي أقرت الطلاق للنشوز، من خلال إقرار هذا الحق للزوج دون الزوجة، لكون هذه الأخيرة تتمتع بهذه السلطة طبقا المادة 10/53، ولكي يتضح لمتصفح قانون الأسرة نصيب كل من الزوجين من طرق فك الرابطة الزوجية المنصوص عليها قانونا.
- ✓ يجب على المشرع الجزائري إعادة مراجعة موقفه بشان أحكام الحضانة بأن يلغي زواج المرأة من قريب غير محرم كمسقط للحضانة، أو يعيد ترتيب الحاضنين كما كان عليه الحال قبل التعديل بأن يضع أم الأم بعد بنتها، لكون فئة كبيرة من المطلقات اخترن البقاء دون زواج خوفا من انتقال الحضانة للأب فتصعب عملية اتصالها بولدها، والرأي الثاني أرجح لكون سقوط الحضانة ثابت في الفقه الإسلامي وحتما ليس من مصلحة المحضون ذكرا أو أنثى العيش مع رجل أجنبي عنه، ولكون الحضانة عند أم الأم يقلل من فرص تلاقي وتواصل الرجل بطليقته التي أصبح أجنبيا عنها بعد الطلاق، على عكس اتصاله بأم الأم التي أصبحت من محارمه بمجرد العقد على بنتها.
- ✓ يستحسن بالمشرع الجزائري التدخل لحل مشكلة سكن المحضون، فمن جهة يلزم القانون المطلق توفير مسكن مستقل لأولاده في حالة ما إذا آلت الحضانة للأم، ومن جهة أخرى تفرض عليه صيانة نفسه وحمايتها، توفير مسكن لشخصه، وهذا ما يرهق كاهل الرجل الجزائري العادي من الناحية المادية، فقد يؤدي هذا الحكم إلى الحجر على الكثير من الأزواج في استعمال حقهم في الطلاق رغم تحقق أسباب ومبرراته، ويختارون استمرارية الحياة الزوجية رغم مرارتها خوفا من الأعباء المالية الناتجة عن الطلاق.
- ✓ يجب أن يفصل المشرع الجزائري بشأن آثار الطلاق أكثر فيضع لكل صورة آثارا تتناسب وطبيعتها وحقيقتها، وهذا لا يمنع الإبقاء على بعض الآثار المشتركة بين جميع صور فك الرابطة الزوجية.

تم بحمد الله.

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم برواية ورش:

المصادر:

القوانين:

المصادر الخارجية:

المعاهدات الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.
2. اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة لسنة 1956.
3. اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لسنة 1962.
4. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.
5. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.
6. البروتوكول الاختياري الأول الملحق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بشأن تقديم الشكاوي من قبل الأطراف.
7. اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969
8. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.
9. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

تقارير المؤتمرات الدولية:

1. الأمم المتحدة، A/CONF.116/28/Rev.1 تقرير المؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة والتنمية والسلم، نيروبي 15-26 تموز/يوليو 1985.
2. الأمم المتحدة، A/CONF.171/13/Rev.1تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، 5-13 أيلول/ سبتمبر 1994.

3. الأمم المتحدة، A/CONF.177/20/Rev.1 تقرير المؤتمر العالمي المعني بالمرأة، بيجين، 4-15 أيلول/سبتمبر 1995.

المصادر الداخلية:

الدساتير:

1. دستور 1963
2. دستور 1996

القوانين والأوامر:

1. القانون رقم 63-224 مؤرخ في 29 يونيو 1663 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، ج ر، رقم 47، 1963.
2. الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات، ج ر، ع 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966، ص 702. معدل ومتمم بالقرار المتعلق بالتسجيل في القائمة الوطنية للأشخاص والكيانات الإرهابية، الممضي في 06 فبراير 2022، ج ر، ع 11، مؤرخة في 27 فبراير 2022.
3. الأمر رقم 20-70 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج، ع 21 بتاريخ 27 فبراير 1970، ص 247، معدل ومتمم بالقانون 14-08، ج ر، ع 49 مؤرخة في 20 غشت 2014.
4. الأمر رقم 70-86، المتضمن قانون الجنسية، ج ر ع 105، مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، ص 1570. معدل ومتمم بالأمر الأمر 05-01، ج ر، ع 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 15.
5. الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990. المعدل والمتمم القانون 07-05، ج ر، ع 31، مؤرخة في 13 مايو 2007.

6. القانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984.
7. الأمر رقم 05-02 يعدل ويتمم القانون 84-11، ج ر، ع 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005.
8. القانون رقم 09-02 يتضمن الموافقة على الأمر 05-02، ج ر ع 43، مؤرخة في 22 مايو 2005.
9.القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة ج ر، ع 21 مؤرخة في 24 أبريل 2008، ص 03، معدل ومتمم بالقانون 22-13، ج ر، ع 48، مؤرخة في 17 يوليو 2022.
10. قانون رقم 18-11 يتعلق بالصحة، ج ر، ع 46، مؤرخة في 29 يوليو 2018، ص03. معدل ومتمم بالأمر 20-02، ج ر، ع 50،مؤرخة في 30 غشت 2020، ص 04، الموافق عليه بالقانون 20-12، ج ر، ع 80، مؤرخة في 29 ديسمبر 2020.
11. التعديل الدستوري 2020، جريدة رسمية عدد 84، بتاريخ 30-12-2020.

المراسيم:

1. المرسوم الرئاسي رقم 67-89 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليهما من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، ج ر، ع 20، مؤرخة في 17 مايو 1989.
2. المرسوم الرئاسي رقم 92-461 يتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، المؤرخ في 9 ديسمبر 1992، ج ر، ع 91، الصادرة في 23 ديسمبر 1992.

3. المرسوم الرئاسي رقم 51-96 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر، ع 06، مؤرخة في 24 يناير 1996.
4. المرسوم التنفيذي رقم 154-06، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج ر، ع 31، مؤرخة في 2006/05/14.

المراجع:

الكتب:

كتب الحديث:

1. أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج08، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط03، بيروت، 2003.
2. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، د س ن.
3. أبي عبد الله البخاري، الجامع المستند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنة وأياته الشهير بصحيح البخاري، دار البشرى، كراشي باكستان، 2016.
4. أبي الحسن مسلم، صحيح مسلم، خادم الكتاب محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1991.

الكتب العامة:

1. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة، ط 03، الجزائر، 2015-2016.
2. لحسين بن شيخ آث ملويا، مدخل إلى دراسة القانون، الكتاب الأول: النظرية العامة للقانون، دار هومة 2017.
3. أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتعديل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، ط 02، الجزائر، 2017.
4. بركات محمد مراد، ظاهرة العولمة رؤية نقدية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2001.
5. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، 2012.
6. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
7. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
8. بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، ك 05، الجزائر، 2019.
9. جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، ج 01 المدخل والمصادر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004.

10. حسن الهنداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، ط 02، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
11. حسن كيره، المدخل إلى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، الجزء الأول، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، دون تاريخ نشر.
12. حسين عبد الحميد أحمد رشوان، الأسرة والمجتمع دراسة في علم اجتماع الأسرة. مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2012.
13. خليل إبراهيم علي الزكروط الحلبوسي، الجرائم الجنسية والشذوذ الجنسي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
14. خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، صححه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، ط 02، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004.
15. رحيل غرايبة، الجنسية في الشريعة الإسلامية، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2011.
16. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف حزى وشركاه، الإسكندرية، 1973.
17. صابر حارص، الإعلام العربي والعولمة الإعلامية والثقافية والسياسية، دار العربي، القاهرة، 2007.
18. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 02، مؤسسة الريان، د س ن، د م ن.

19. عبد الجبار رشيد الجميلي، عولمة القانون الجنائي الدولي وأثرها في حفظ الأمن والسلم الدوليين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
20. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 02، 1968.
21. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط03، دار هومة، الجزائر، 2018.
22. عبد الفتاح تقية، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ثالثة للنشر، ط 02، الجزائر، 2011.
23. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 02، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن.
24. عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
25. عثمانية لخميسي، عولمة التجريم والعقاب، دار هومة، ط 02، الجزائر، 2008.
26. عجة الجيلالي، مدخل إلى العلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام L M D، دار برتي، الجزائر، 2009.
27. عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط 05، الجزائر، 2019.
28. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 02، دار الكتب العلمية، ط 02، بيروت، 1986.

29. علال ساجي، العولمة وحقوق الإنسان في الجزائر، كتاب جماعي عولمة القانون، الإشراف والتنسيق، أوشن حنان، المركز الديموقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين ألمانيا، 2020.

30. على عبد الله الطنطاوي، نحو جيل مسلم، الأسرة بين الشرع والقانون، دار الطباعة والنشر الإسلامية، ط 02، القاهرة، 1980.

31. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

32. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومة، الجزائر، 2021.

33. كريمة محروق، عقود الزواج بين المستجدات الفقهية نصوص القانون، دار هومة، الجزائر، 2019.

34. محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج02، دار المعرفة، ط06، بيروت، 1982.

35. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 02، د ب ن، 1949.

36. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.

37. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، د د ن، د ت ن.

38. محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.

39. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ط 02، 1971.

40. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون نظرية الحق، دار العلوم، عنابة، 2006.

41. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تقديم حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 2011.
42. محمد اللجمي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008.
43. محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوي، الرياض، 1427.
44. محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، 1998.
45. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 01، دار الهدى، ط 2، 2004.
46. محمد ضويفي، شرح قانون الحالة المدنية الجزائري حسب أخر تعديل لعام2017، مدعما بقرارات المحكمة العليا وأحدثها، دار بلقيس، الجزائر، 2019.
47. محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة المسلمة، المكتبة العصرية، بيروت، 2005.
48. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط02، شهاب 2000، 1994.
49. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
50. مصطفى بودرامة، العولمة الاقتصادية، حقوق وأوهام، دار الوطن اليوم، سطيف، 2016.
51. الموسوعة الفقهية، ط 02، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1985.

52. موفق الدين إبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 12، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 03، 1997.
53. وحيد الدين خان، المرأة بين شريعة الإسلام والحضارة الغربية، ترجمة سيد رئيس أحمد الندوي، مراجعة، ظفر الإسلام خان، دار الصحوة، دار الوفاء، القاهرة، 1994.
54. وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ط 04، دار الفكر، دمشق، 2008.
55. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 02، دمشق، 1985.
56. وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر العربي، دمشق، 2006.
57. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج13، دار الفكر، ط03، دمشق، 2012.
58. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

الكتب الخاصة:

1. إبراهيم بن تيجان جكيتي، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016.
2. أحمد أبو الوفاء، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، ط 03، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
3. إسماعيل على محمد، العولمة الثقافية وموقف الإسلام منها، دار تنوير، ط 02، د ب ن، 2007.

4. أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، 2010.
5. إكرام بنت كمال بن معوض المصري، عولمة المرأة المسلمة الآليات وطرق المواجهة، سلسلة الرسائل الجامعية، مركز باحثات المرأة 4، الرياض 2010.
6. أمل بنت عائض الرحيلي، مفهوم الجندر وآثاره على المجتمعات الإسلامية، دراسة نقدية تحليلية في ضوء الثقافة الإسلامية، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016.
7. أمل بنت عثمان السنيدي، قضايا المساواة بين المرأة والرجل، دراسة نقدية، رسائل جامعية، مركز باحثات المرأة، الرياض، 1436 هـ.
8. أنور بن قاسم الخضري، عولمة قوانين الأحوال الشخصية في اليمن، مركز باحثات المرأة، الرياض، 1432 هـ.
9. حمدي بدران، الآليات الدولية لحماية حقوق المرأة، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
10. رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، د ت ن.
11. زكى على السيد أبو غضة، الزواج والطلاق والتعدد بين الأديان والقوانين ودعاة التحرر، د د ن، د م ن، 2004.
12. الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شركة دار الأمة، الجزائر، 2003.
13. عبد العظيم المطعني، حقوق المرأة والطفل بين الإسلام والوثائق الدولية نقد لوثيقة بكين، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
14. فتنت مسيكة بر، حقوق المرأة بين الشرع الإسلامي والشرعة العالمية لحقوق الإنسان، مؤسسة المعارف، بيروت، 1992.

15. فهد بن محمد الغفيلي، نظرات في المساواة بين الجنسين، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016.
16. اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، عولمة قوانين الأحوال الشخصية في مصر، سلسلة عولمة قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي (1)، مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 1432.
17. محمد عبد الرحمان مصطفى البنا، العولمة وحقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
18. محمد محمود الطرايرة، المرأة واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدها (سيداو) دراسة نقدية شرعية، باحثات لدراسة المرأة، الرياض، 2015.
19. مرام منصور زاهد، الصحة الإنجابية في المواثيق الدولية، دراسة نقدية في ضوء الإسلام، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 2016.
20. معاذ بن عبد الله الربعي، الآثار الثقافية للاتفاقيات الدولية في مجال الأحوال الشخصية، رسائل جامعية (4)، باحثات لدراسات المرأة، الرياض، 1436هـ.
21. منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
22. نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، بيروت، 2006.

أطروحات الدكتوراه:

1. بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008.
2. بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة والمواثيق الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.
3. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، 2019/2018.
4. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دارسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان، كلية الحقوق، 2005/2004.
5. زوهير بن حشاني، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي– كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021/2020.
6. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائر–دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر –1–، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2015.

7. عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.
8. علال برزوق امال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015/2014.
9. فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، قضايا المرأة في المؤتمرات الدولية دراسة نقدية في ضوء الإسلام، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الثقافة الإسلامية، جامعة الإمام محمد بنن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، قسم الثقافة الإسلامية، 1423/1422 هـ.
10. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون الخاص فرع القانون الخاص، جامعة الأخوة منتوري–قسنطينة–، كلية الحقوق، 2015/2014.
11. مزياني نور الدين، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، 2020– 2021.
12. هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص: قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020/2019.

رسائل الماجستير:

1. أسماء محمد البلوشي، اتفاقية الأمم المتحدة الصادرة عام 1979م اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) دراسة نقدية مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في تخصص الثقافة الإسلامية من قسم الدعوة والثقافة الإسلامية، جامعة أم القرى، كلية الدعوى وأصول الدين، قسم الدعوة والثقافة الإسلامية، 2012.
2. أشرف غالب أبو صالحة، تأثير العولمة السياسية على الوطن العربي (1991-2011)، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، قسم العلوم السياسية.
3. إكرام بنت كمال بن معوض المصري، دور التربية الإسلامية في مواجهة بعض أساليب عولمة المرأة المسلمة المعاصرة، بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في التربية الإسلامية والمقارنة، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، كلية التربية، قسم التربية الإسلامية والمقارنة، 1426 هـ.
4. سمر خليل محمود عبد الله، حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2003.
5. عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013.
6. عبد الكريم الغوط، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الآسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في العلوم

الإسلامية تخصص: الشريعة والقانون، جامعة وهران – السانيا–، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 1428 هجري.

7. علال ياسين، أثر الطلاق على حق التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012/2011.

المقالات:

1. أحمد زكي، حكم جراحة تغيير الجنس في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، م 08، ع 02، ص ص 238–250، 2020.
2. أحمد عبادة، التحفظات الجزائرية على اتفاقية "سيداو" من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية أم البواقي، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي– الجزائر، م 7، ع 2، ص ص 88–102، 2020
3. أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا، العولمة الاقتصادية وتأثيرها على الدول العربية، مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد السادس والثمانون، 2011.
4. بلعرج محمد أمين، نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2 محمد بن احمد كلية الحقوق والعلوم السياسية، م 10، ع 01، ص ص 20–24، 2020، ص 06.
5. بلهادي حميد وأخرون، الحماية الدولية للمرأة بين شعار الحماية وواقع الإباحة، دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله– تيبازة (الجزائر)، م 09، ع 01، ص ص213–226، 2021،
6. بن مقرة جنات، آليات العولمة الاقتصادية وأثرها على السيادة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، م 28 ع 01، ص.ص 395–405، 2017.

7. بوزيد سراغني، العولمة القانونية وآلياتها، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة 1، م 05، ع 02، ص ص 171-184، 2016.
8. بوزيد وردة، دور منظمة الأمم المتحدة في تجسيد الأسرة اللانمطية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، م 09، ع 01، ص ص 441-450، 2022.
9. بوساحية السايح، التوجه العالمي نحو قانون أسرة دولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق مسيلة، م 2، ع 04، ص ص 125-159، 2017.
10. بوضراع حمزة ورباحي أحمد، الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، م 06، ع 02، ص 555- 577، 2020.
11. شوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقياد تلمسان، م 2011، ع12، ص ص 01-38، 2011.
12. تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، م 32، ع 04، ص ص 788-828، 1995.
13. تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، م 11، ع 12، ص ص 1-38، 2011.
14. تشوار جيلالي، مدى تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، م 45، ع 03، ص ص 89- 131، 2008.

15. حاشي حمزة وأحمد بورزق، حكم عمل الزوجة بين الفقه والتشريع، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور، م 03 ع07، 2017.
16. حفيظة نهايلي، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، م 03، ع 01، ص 195-213، 2010
17. حميد محديد، حقوق الطفل وحمايتها في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، م 06، ع 04، ص ص 71- 83، 2013.
18. خالدي أحمد، حقوق الطفل وتطوريها في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية -مقاربة تأصيلية مفاهيمية- مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، م 03، ع 02، ص ص 416- 429، 2020.
19. خلود بنت عبد الرحمن المهيزع، القرار في البيت أحكامه وآثاره، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، السعودية، م 2015، ع 21، ص ص 512-563، 2015.
20. دنش رياض، منع التمييز في ضوء اتفاقية سيداو (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)، مجلة العلوم الإنسانية-جامعة محمد خيضر بسكرة، م 15، ع 01، ص ص 223-236، 2015 .
21.رمضان زبيري، العولمة والحكامة -مقاربة نحو فهم تشبيك الحكم في العالم-، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، ع 02، م 18، ص ص 236- 252.
22. زازون أكلي وحبار أمال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري 05-02، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، م 55، ع 01، 2018، الصفحة 353-406، 2018.
23. سعاد راحلي، أثر الطلاق اللفظي على إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، م 01، ع 01، ص ص 43-57، 2021.

24. سلامي خديجة ومسعودي طاهر و بن الأخضر محمد، العولمة القانونية: الضبط الاقتصادي نموذجا، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، م 12، ع 01، ص ص 297-308، 2020.

25. شامي أحمد وبن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، م 57، ع 04، ص 289-309، 2020.

26. صديق خوجة خالد، تنظيم النسل في الديانات السماوية، مجلة الحوار الثقافي، كلية العلوم الاجتماعية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر، م 04، ع 11، ص ص 117-129، 2015.

27. عبد الإله محمد النوايسة، المثلية الجنسية بين التجريم والإباحة، مجلة الشريعة والقانون، ع 37، 2009.

28. عبد الباقي غفور، الأمن الأسري في ظل وثائق المؤتمرات الدولية، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قالمة، م 15، ع 02، ص ص 207- 221، 2012.

29. عبد الفتاح تقية، الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، م 40، ع 02، ص ص 83-110، 2003.

30. عطاء الله غريبي، الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1، م 32، ع 1، ص ص 541-555، 2018.

31. عماد أموري جليل الزاهدي، الوسائل القرآنية في علاج نشوز الزوجين وأقوال الفقهاء فيها، مجلة كلية العلوم الإسلامية، م 08، ع 15، 2014.

32. عياشي جمال، الحقوق الزوجين غير المالية من نصوص قانون الأسرة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، ع 16، م 02، ص ص 141- 156، 2021.

33. غربي عزوز، العولمة وحركة حقوق الإنسان: التجليات والتحديات، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة الجلفة، الجزائر، م 02 ع 03، ص ص 136-149، 2014.

34. فاطمة الزهراء القشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق دراسة في المطلب والمبررات، دراسات وأبحاث، م 04، ع 09، ص ص 157- 169، 2012.

35. فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، م 09، ع 17، ص ص 105-188، 2017.

36. فؤاد بن احمد عطاء الله، خطر المؤتمرات والمعاهدات والمواثيق الدولية على الأسرة المسلمة –دراسة تحليلة نقدية- مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، م 05، ع 03، 2020.

37. فيصل بدري و خالد عطوي، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، م 07، ع 03، ص ص 320-33.

38. قحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من اتفاقية سيداو على قيام الرباطة الزوجة وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسيلة، م 06، ع 01، ص ص 592-609، 2021.

39. قديري محمد توفيق، أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، م 12، ع 01 ص 263-278، 2020.

40.

41. قريمس نسيمة، جرائم الجرح أو الضرب العمدي بين الزوجين وفقا للمادة 266 مكرر ق.ع، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر1، م 33، ع 02، ص ص 234 -251، 2019.

42. كيفاجي الضيف، الحماية الدولية للأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، م 04، ع 01، ص ص 366-387، 2017.

43. كيفاجي الضيف، حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، م 03، ع 05، ص ص 231-253، 2014.

44. لشهب بوبكر، اتفاقية حقوق الطفل في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة نقدية تقويمية، مجلة المعيار، كلية أصول الدين بجامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، م 03، ع 05، ص ص 219-243، 2003.

45. لنقر بركاهم، مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو وتأثيرها على قانون الأسرة الجزائري، مجلة السياسية العامة، جامعة امحد بوقرة بومرداس، م 05، ع 03، ص ص 444- 455، 2021.

46. عزيزة بن جميل، آليات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة (SDAW) لحماية حقوق المرأة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة يحيى فارس المدية، م 01، ع 01، ص ص 117-129، 2017.

47. مبروك جنيدي، آليات التطبيق الدولي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، م 19، ع 01، ص ص 117-131، 2019.

48. مبروك غضبان، التصادم بين العولمة والسيادة (حقوق الإنسان نموذجا)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، م 01، ع 06، ص ص 53-94، 2009.

49. محمود كركوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله –تيبازة–(الجزائر)، معهد الحقوق والعلوم السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، م 05، ع 03، ص ص 57- 75، 2021.

50. مصطفى الفاضلي، العولمة القانونية، *ISSN 2605-6496. Journal of the Geopolitics and Geostrategic Intelligence, Vol. 2, No. 3, pp. 16-38, Oct 2019.*

51. مفيدة ميدون، أثر الزواج المثلي على الاستقرار الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية زيان عاشور الجلفة- الجزائر، م 04، ع 04، ص ص 18-31، 2019.

52. نشادي فوزية، تأثير إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري على نظام القوامة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس–بريكة، م 05، ع 01، ص ص 883-905، 2022.

53. نعار زهرة، حماية حقوق المرأة وفقا لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة –الجزائر، م 04، ع 01، ص ص289-208، 2017.

54. هاني بوجعدار، زواج المثليين في الشرائع السماوية والمواثيق الدولية، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، م 03، ع 01، 2017.

المطبوعات والمحاضرات:

1. ربيع بين زكرياء، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة – السداسي الثاني، جامعة أكلي محند أولحاج –البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية، 2020/ 2021.
2. هنان مليكة، محاضرات في قانون الأسرة مخصصة لطلبة السنة حقوق وطلبة الماستر، المركز الجامعي نور البشير، البيض، معهد الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، 2014/2013.
3. سميحة حنان خوادجية، محاضرات النيابة الشرعية لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، د ت ن.
4. كريمة محروق، محاضرات في فقه النوازل في الأحوال الشخصية، مقررة لطلبة السنة الأولى الماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013–2014.
5. محمد حميداني، مطبوعة في مصادر الالتزام (نظرية تكوين العقد) لطلبة السنة ثانية ليسانس جذع مشترك، جامعة قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الموسم الجامعي 2020/2019.
6. الطاهر ياكر، مطبوعة محاضرات بعنوان حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020.

أعمال الملتقيات:

1. محمد الأمين سيد مختار، الأسرة المسلمة بين مخاطر العولمة وضغوطات التشريعات العربية التحديات وسبل المواجهة، الأعمال الكاملة للملتقى الدولي التاسع، قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، المنعقد يومي: الثلاثاء والأربعاء 18 – 19 ربيع الأول 1440 هـ الموافقين: 27 – 28 نوفمبر 2018 م، الجزء الأول.
2. محمد الأمين سيد المختار شعيب، عالمية الثقافة الإسلامية في عصر العولمة، مقدم إلى مؤتمر مكة المكرمة الخامس عشر، الثقافة الإسلامية.. الأصالة والمعاصرة، الذي نظمته رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 27–30/ سبتمبر/ 2014، رابطة العالم الإسلامي، الأمانة العامة، الإدارة العامة للمؤتمرات والمنظمات.
3. عمرو عبد الكريم سعداوي، العولمة وقضايا المرأة، بحث مقدم لمؤتمر قضايا المرأة المعاصرة من منظور إسلامي، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإنسانية بالقاهرة، 31 مارس – 2 أبريل 2001.
4. على الصاوى، الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي نظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي –**برنامج الحكم في الدول العربية** (program on governance in the Arab Region–PRGAR)، بالتعاون مع **مجلس النواب اللباني**، ورشة عمل حول تطوير نموذج الصياغة التشريعية للبرلمانات العربية بيروت 3–6 شباط/ فبراير 2003.

القواميس والمعاجم:

5. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، مرتب ترتيبا ألفبائيا وفق أوائل الحروف، نسخة منقحة وعليها تعليقات الشيخ أبو الوفا نصر الهوريتي المصري الشافعي، راجعه واعتنى به أنيس محمد الشامي و زكريا جابر أحمد، دار الحديث القاهرة، 2008.
6. إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، معجم مصطلحات عصر العولمة، (مصطلحات سياسية واقتصادية واجتماعية ونفسية وإعلامية، د د ن، د ت ن.

تقارير مختلفة:

1. الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، التقرير الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 07 أكتوبر 2009.
2. قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة التابع لرابطة العالم الإسلامي رقم السادس في الفترة من يوم 13 رجب 1409 هـ الموافق ل 19 فبراير 1989 م إلى يوم 20 رجب 1409 هـ الموافق ل 1989 م بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس.
3. قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 176 بتاريخ 1413/03/17 هـ، بشأن جراحة تغيير الجنس.

المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية لسنة 1991، ع 01.
2. المجلة القضائية لسنة 2009، ع 01.
3. المجلة القضائية لسنة 1992، ع 02.
4. المجلة القضائية لسنة 2007، ع 02.
5. المجلة القضائية لسنة 1991، ع 01.
6. المجلة القضائية لسنة 2004، ع 02.

7. المجلة القضائية لسنة 1998، ع 01.
8. المجلة القضائية لسنة 1989، ع 04.
9. المجلة القضائية لسنة 1994، ع 04.
10. المجلة القضائية لسنة 2006، ع01.
11. المجلة القضائية لسنة 1990، ع 03.
12. المجلة القضائية لسنة 1998، ع 01.
13. المجلة القضائية لسنة 1997، ع 02.

الفهرس:

الواجهة

الإهداء

الشكر

قائمة المختصرات

الباب الأول: أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون.

الفصل الأول: أحكام الأسرة: المفهوم والآليات. 12

المبحث الأول: ماهية عولمة أحكام الأسرة..... 13

المطلب الأول: مفهوم العولمة. 13

الفرع الأول: نشأة العولمة. 13

أولا: العولمة ظاهرة قديمة..... 14

ثانيا: العولمة ظاهرة جديدة..... 14

الفرع الثاني: تعريف العولمة. 16

أولا: تعريف العولمة باعتبار موقف الناس منها. 17

ثانيا: تعريف العولمة باعتبار الاتجاهات العملية الملحوظة لها. 18

الفرع الرابع: تمييز مصطلح العولمة عن غيره من المصطلحات المشابهة..... 19

أولا: تمييز العولمة عن العالمية..... 19

ثانيا: تمييز العولمة عن الأمركة..... 24

ثالثا: تمييز العولمة عن التدويل..... 24

الفرع الثاني: أنواع العولمة. 25

أولا: العولمة الاقتصادية. 25

ثانيا: العولمة السياسية..... 28

ثالثا: العولمة الاجتماعية..... 29

رابعا: العولمة الثقافية..... 30

المطلب الثاني: مفهوم عولمة أحكام الأسرة. 31

الفرع الأول: تعريف عولمة القانون..... 32

الفرع الثاني: تعريف أحكام الأسرة..... 35

أولا: تعرف أحكام الأسرة باعتبار مفرديها. 35
ثانيا: تعريف أحكام الأسرة باعتبار العلمية. 40
الفرع الثالث: مسببات عولمة أحكام الأسرة. 46
أولا: الأسباب التاريخية. 46
ثانيا: الأسباب السياسية..... 47
ثانيا: الأسباب الاقتصادية..... 48
ثالثا: الأسباب العلمية والتكنولوجية. 49
المبحث الثاني: آليات عولمة أحكام الأسرة (الأساليب الرسمية لعولمة أحكام الأسرة)..... 52
المطلب الأول: الاتفاقات والمؤتمرات الدوليين. 53
الفرع الأول: الاتفاقات الدولية..... 53
أولا: تعريف الاتفاقات الدولية..... 53
ثانيا: الاتفاقات الدولية الطابع العام (الميثاق العالمي لحقوق الإنسان). 54
ثالثا: الاتفاقات الدولية الخاصة بالمرأة. 61
الفرع الثاني: المؤتمرات الدولية. 62
المطلب الثاني: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)..... 71
الفرع الأول: تعريف التمييز ضد المرأة والمصطلحات المتصلة به..... 71
أولا: تعريف التمييز ضد المرأة..... 72
ثانيا: الجندر..... 73
ثالثا: الأدوار النمطية. 75
رابعا: الاستحقاقات العائلية. 76
خامسا: الصحة الإنجابية..... 76
سادسا: التمكين. 77
سابعا: الحرية. 78
الفرع الثاني: مفهوم اتفاقية سيداو. 79
أولا: مضمون اتفاقية سيداو..... 80
ثانيا: خصائص اتفاقية سيداو..... 82
ثالثا: التصديق والتحفظ على اتفاقية سيداو..... 84

الفصل الثاني: أحكام الأسرة بين متطلبات عولمة القانون والثابت في الفقه الإسلامي.....88
المبحث الأول: أحكام الأسرة الاجتماعية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 89
المطلب الأول: نظام الزواج بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.....89
الفرع الأول: تكوين عقد الزواج بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 90
أولا: تكوين عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....91
ثانيا: تكوين عقد الزواج طبقا لمتطلبات عولمة القانون.....96
الفرع الثاني: آثار الزواج الشخصية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 103
أولا: آثار الزواج الشخصية في الفقه الإسلامي. 103
ثانيا: آثار الزواج الشخصية طبقا لمتطلبات عولمة القانون. 109
المطلب الثاني: أحكام الولادة بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 114
الفرع الأول: حقوق الطفل الأسرية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 114
أولا: تعريف الطفل.....115
ثانيا: حقوق الطفل الأسرية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 119
الفرع الثاني: أحكام النسل بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 128
المبحث الثاني: أحكام الأسرة الأخلاقية والمالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 136
المطلب الأول: أحكام الأسرة الأخلاقية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها.....136
الفرع الأول: أشكال الأسرة طبقا لمتطلبات عولمة القانون.....137
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من أشكال الأسرة طبقا لمتطلبات عولمة القانون. 149
المطلب الثاني: أحكام الأسرة المالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 155
الفرع الأول: آثار الزواج المالية بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 155
الفرع الثاني: عمل المرأة بين متطلبات عولمة القانون والثابت فقها. 164
الباب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من أحكام الأسرة في ظل عولمة القانون.
الفصل الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في انعقاد الزواج.....176
المبحث الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في انعقاد الزواج.....177
المطلب الأول: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال تنظيم الرضا في الزواج. 178
الفرع الأول: الاكتفاء بالرضا كركن وحيد للزواج في قانون الأسرة الجزائري.....178
أولا: الرضا هو الركن الوحيد للزواج في قانون الأسرة الجزائري.....179.

ثانيا: وصف الزواج بالعقد "الرضائي" في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري. 183
الفرع الثاني: المساواة في سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري. 185
أولا: التطور التشريعي لسن الزواج في التشريع الجزائري. 186
ثانيا: الإعفاء من سن الأهلية في الزواج. 188
ثالثا: جزاء مخالفة النظام القانوني لزواج القصر. 192
الفرع الثالث: إجراءات توثيق عقد الزواج. 195
أولا: تسجيل عقد الزواج. 197
ثانيا: إثبات عقود الزواج. 198
المطلب الثاني: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال سلب بعض شروط الزواج آثارها القانونية في حال تخلفها. 200
الفرع الأول: إلغاء الولاية على المرأة البالغة. 201
أولا: موقف قانون الأسرة من انفراد المرأة الراشدة بزوجها قبل التعديل. 202
ثانيا: موقف قانون الأسرة من انفراد الراشدة بزواجها بعد التعديل. 204
الفرع الثاني: تصحيح الزواج في حال تخلف الولي في زواج القصر أو الشاهدين. 207
أولا: شرط الولي في حالة وجوبه والشاهدين في عقد الزواج. 208
ثانيا: حكم تخلف الولي في حالة وجوبه وتخلف الشاهدين. 210
الفرع الثالث: إهدار المقصد الشرعي والقانوني لشرط الشهادة الطبية في عقد الزواج. 216
أولا: جزاء تخلف الفحص الطب قبل الزواج. 218
ثانيا: دور الإرادة في قبول نتائج الفحص الطبي. 220
المبحث الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في انعقاد الزواج. 222
المطلب الأول: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال أحكام الخطبة. 223
الفرع الأول: مفهوم الخطبة في الزواج. 223
أولا: تعريف الخطبة. 223
ثانيا: أنواع الخطبة. 225
ثالثا: شروط الخطبة. 226
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة. 228
الفرع الثالث: آثار العدول عن الخطبة. 230
أولا: رد الهدايا. 230

ثانيا: التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة. 233
ثالثا: مصير المهر في حال العدول عن الخطبة..... 234
المطلب الثاني: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال ركن الزواج البيولوجي. 235
الفرع الأول: حالات تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري..... 235
الفرع الثاني: حالات عدم تحقق شرط اختلاف الجنس في التشريع الجزائري. 240
المطلب الثالث: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض شروط الزواج. 250
الفرع الأول: شرطي الصداق وانتفاء الموانع الشرعية في عقد الزواج..... 250
أولا: الصداق كشرط من شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 250
ثانيا: شرط الموانع الشرعية في قانون الأسرة الجزائري..... 253
الفرع الثاني: الحماية القانونية لشرط الصداق والموانع الشرعية في حال تخلفهما..... 257
أولا: مظاهر حماية الصداق في حال تخلفه. 258
ثانيا: مظاهر حماية الموانع الشرعية في حال تخلفها. 259
الفصل الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من عولمة القانون في آثار الزواج ..... 261.
المبحث الأول: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه..... 263
المطلب الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه..... 264
الفرع الأول: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال إلغاء المادة 83 و83. 264
أولا: الإطار المفاهيمي لإلغاء القاعدة القانونية..... 265
ثانيا: سبب إلغاء المادة 83 و83 ونتيجة ذلك..... 267
الفرع الثاني: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال تعديل المادة 83 و83. ... 271
أولا: حقوق الزوجين الشخصية على ضوء المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري. 271
ثانيا: الحقوق المتعلقة بالذمة المالية على ضوء المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري. 279
ثانيا: إمكانية الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين..... 282
المطلب الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في آثار الزواج حال قيامه. 285
الفرع الأول: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض الحقوق المالية. 285
أولا: النفقة الزوجية. 286
ثانيا: الحق في الميراث بين الزوجين..... 291
الفرع الثاني: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال بعض الحقوق المعنوية. 298

أولا: واجب الولاية على الأولاد. 298
ثانيا: القرار في البيت. 302
المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في أحكام الطلاق. 309
المطلب الأول: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في حق الطلاق. 310
الفرع الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في حق الطلاق. 312
أولا: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال حق الطلاق بالإرادة المنفردة. 313
أولا: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال حق الطلاق للضرر. 317
الفرع الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في حق الطلاق. 322
المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة من عولمة القانون في نتائج الطلاق. 331
الفرع الأول: توافق قانون الأسرة مع عولمة القانون في نتائج الطلاق. 332
أولا: موضوعات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري. 333
أولا: تأثر قانون الأسرة الجزائري بعولمة القانون من خلال ترتيب الحاضنين. 337
ثالثا: تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون في خلال أحكام سكن المحضون. 342
الفرع الثاني: تعارض قانون الأسرة مع عولمة القانون في نتائج الطلاق. 346
أولا: أسباب العدة. 347
ثانيا: أنواع العدة. 348
ثالثا: عدم تأثر قانون الأسرة بعولمة القانون من خلال أحكام العدة. 352
خاتمة 354
قائمة المصادر والمراجع 363
الملخص ..... 389.

ملخص:

جاءت هذه الدراسة للبحث في أثر عولمة القانون على أحكام الأسرة في التشريع الجزائري، تم تقسيمها إلى بابين: الأول منهما عبارة عن الإطار النظري لها، تم التطرق فيه إلى تعريف مصطلحات الدراسة المتمثلة في العولمة، عولمة القانون، وأحكام الأسرة، كما فرض أيضا البحث في الوسائل المستخدمة لتحقيق فكرة عولمة أحكام الأسرة القانونية التي لا تختلف عن الوسائل المستعملة لتحقيق فكرة عولمة القانون بوجه عام. والمتمثلة في المعاهدات الدولية والمؤتمرات الصادرة عن الأمم المتحدة، كما غطى هذا الباب أيضا الحديث عن منهج المعاهدات والمؤتمرات الدولية في تنظيمها لأحكام الأسرة بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث تم التوصل إلى أن عولمة القانون عولمة معارضة لأحكام الفقه الإسلامي سواء على صعيد القواعد والمبادئ الكلية، أو على مستوى المسائل التفصيلية.

أما الباب الثاني من الدراسة يمثل الجانب التطبيقي منها، خصص للبحث عن أثار عولمة القانون في قانون الأسرة الجزائر، التي تحققت في التشريع الجزائري بفعل الأمر 05-02، حيث تم التوصل إلى أن قانون الأسرة الجزائري وافق عولمة القانون في بعض أحكام الزواج والطلاق، وفي المقابل بقي محافظا على بعض الأحكام الأصلية لها المستمدة من الفقه الإسلامي كمصدر مادي في التشريع الجزائري، وهذه الموازنة بين نظامين متعارضين التي حاول المشرع الجزائري تحقيقها في قانون الأسرة انعكست بالسلب على فهم نصوص قانون الأسرة من جهة، وتطبيقها وتفسيرها من جهة ثانية، وصعوبة تتمة ما نقص منها من أحكام من جهة ثالثة.

Summary:

This study came to research the impact of the globalization of law on family provisions in Algerian legislation, was divided into two sections: the first of them is the theoretical framework for it, in which the definition of the terms of the study represented in globalization, globalization of law, and family provisions was addressed, and also imposed research on the means used to achieve the idea of globalization of legal family provisions, which is no different from the means used to achieve the idea of globalization of law in general. International treaties and conferences issued by the United Nations, and this section also covered talking about the curriculum of institutes.

The second section of the study represents the applied aspect of it, devoted to the research on the effects of the globalization of law in the Algerian family law, which was achieved in Algerian legislation by virtue of Order 05-02, where it was concluded that the Algerian family law approved the globalization of law in some provisions of marriage and divorce, and in return remained to maintain some of the original provisions derived from Islamic jurisprudence as a material source in Algerian legislation, and this balance between two opposing systems that the Algerian legislator tried to achieve in family law was reflected negatively on the understanding of the provisions of the family law on the one hand, and the application of