الاتفاقيات الدولية مصدر لقانون الأسرة: بين المحافظة على خصوصيات المجتمع والوفاء بالالتزامات الدولية

International conventions as a source of family law: Between preserving the privacy of society and fulfilling international obligations

عثمان دشيشة جامعة الجزائر 1، dchaicha.athmane@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2023/05/16 تاريخ القبول: 2023/06/09 تاريخ النشر: 2023/06/18

ملخص: تعتبر الاتفاقيات الدولية، خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان مصدرا ماديا لقانون الأسرة، لان هذا الأخير بعض أحكامه مستمدة منها، خاصة اتفاقية CEDAW بعد تعديله بالامر05-02، كما تعتبر مصدرا رسميا عندما تتعارض أحكام قانون الأسرة مع أحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، فتستبعد الأحكام الأولى وتطبق الأحكام الأخيرة (أحكام الاتفاقيات الدولية) طبقا للمادة 154من الدستور، وبذلك تصبح جزءا من القانون الداخلي ، ومن ثم فللأشخاص والمؤسسات حق التمسك بتطبيقها، وعلى القضاة الالتزام بها وعدم مخالفتها طبقا لأحكام المادة 171 من الدستور والمادة 7/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإلا أصبحت أحكامه عرضة للطعن بالنقض.

الكلمات المفتاحية: الاتفاقيات الدولية، سيداو، قانون الأسرة، الالتزامات الدولية

Abstract:

International conventions, especially those relating to human rights, are a material source of family law, because the latter has some of its provisions derived from it, especially the CEDAW agreement after it has been amended by order 05-02, and is an official source when the provisions of the family law conflict with the provisions of international conventions ratified, excluding the first provisions and applying the last provisions (provisions of international conventions) in accordance with article 1. 154 Of the Constitution, thus it becomes part of the internal law, so people and institutions have the right to uphold their application, and judges must abide by them and not violate them in accordance with the provisions of article 171 of the Constitution and article 358/7 of the Civil and Administrative Procedure Act, otherwise its provisions are subject to appeal.

Keywords: International Conventions, CEDAW, Family Law, International Obligations

1.مقدمة

لم تحظ الأسرة باهتمام كبير كما حظيت به في عصرنا الحالي، فقد كانت قديما يهتم بها على مستوى الأفراد، ثم تطور وانتقل الاهتمام إلى الدولة وأصبح الاهتمام أكبر، على المستوى الدولي خاصة

في النصف الثاني من القرن العشرين وأصبحت الأمم المتحدة منذ إنشائها تعقد المؤتمرات الدولية الخاصة بها وتصدر اتفاقيات تدعو الدول الأعضاء للتوقيع والمصادقة عليها وأنشأت لجانا لمتابعة تنفيذ هذه الاتفاقيات.

والدول العربية والإسلامية باعتبارها أعضاء في هذه المنظمة الدولية، فهي معنية بالمصادقة على هذه المعاهدات والاتفاقيات وملزمة بتطبيقها كلها أو على ما وافقت عليه إذا تحفظت على بعض بنودها، لكنها أيضا معنية أكثر ومطالبة بالمحافظة على خصوصية مجتمعها خاصة الدينية منها، أي فيما يتعلق بشؤون الأسرة أو شؤون الأحوال الشخصية كما يطلق عليها في بعض الدول العربية وهذا ما جعل هذه الدول تواجه إشكالا في الملاءمة بين قوانين شؤون الأسرة وبين ما جاءت به الاتفاقيات الدولية المتعلقة منها بحقوق الإنسان بوجه عام وبالخصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو CEDAW)[1] وكذا اتفاقية حقوق الطفل[2].

والجزائر كغيرها من الدول العربية والإسلامية بعد مصادقتها على هذه الاتفاقيات، عليها أن تلتزم بتنفيذها خاصة البنود التي لم تتحفظ عليها، وعليها أيضا أن تسعى إلى تكييف قوانينها، ليس اللاحقة فقط بل حتى السابقة تطبيقا لأحد بنود اتفاقية سيداو الذي ينص على ما يلي :"اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين أو الأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة"[3]، لذلك لجأت الجزائر في سنة 2005 إلى تعديل قانون الأسرة الصادر في 09 يونيو 1984، وكما جاء في كلمة وزير العدل أثناء عرضه لأسباب التعديل أن هذه الأخيرة ترجع إلى التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية بتحولها من أسرة يرأسها الرجل إلى أسرة قوامها التعاون والتآزر بين الزوجين[4].

كما يرى وزير العدل أن هذه التعديلات تدخل أيضا في مسعى تكييف النصوص القانونية الوطنية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وتجسيد إرادة الجزائر السياسية إلى تبني أحكام الاتفاقيات الدولية ضمن نصوص القوانين الوطنية خاصة في مجال حقوق الإنسان ورفع تحفظات بلادنا على بنود بعض الاتفاقيات خاصة المتعلقة منها بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والطفل[5].

---

[1] يعني مختصر سيداو Convention on the Elimination Of All Forms Of Discrimination Against : CEDAW Women.، وهي الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي أصدرتها الأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979 وصادقت عليها الجزائر عام 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51-96 في1996/02/22.

[2] أصدرتها الأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 وصادقت عليها الجزائر في 1990/01/26 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 401/92 في 19/ 1992/12 ونشر في الجريدة الرسمية رقم 91 الصادرة في 1992/12/23.

[3] المادة 2 البند(و) من اتفاقية سيداو.

[4] الجريدة الرسمية مداولات المجلس الشعبي الوطني السنة الثالثة رقم 14 الصادرة في 28 مارس 2005 صفحة 6.

[5] الجريدة الرسمية مداولات المجلس الشعبي الوطني السنة الثالثة رقم 14 الصادرة في 28 مارس 2005 صفحة 6.

والسؤال الذي يفرض نفسه وعلينا طرحه إلى أي حد استطاع المشرع أن يلائم بين التعديلات التي جاء بها الأمر 05-02 وأحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية خاصة أن هذه التعديلات جاءت تنفيذا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في بعدها الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة أو عدم التمييز بينهما في الحقوق؟

هل يمكننا اعتبار جميع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر بما فيها اتفاقية CEDAW مصدرا لقانون الأسرة ؟

لذلك قسمت موضوع دراستي هذا إلى مبحثين:

تناولت في الأول، الاتفاقيات الدولية كمصدر مادي لقانون الأسرة، والثاني تعرضت فيه إلى الاتفاقيات الدولية كمصدر رسمي لقانون الأسرة.

2. الاتفاقيات الدولية مصدر مادي لقانون الأسرة

يساهم في تكوين القاعدة القانونية مصدران، المصدر المادي والمصدر الرسمي أو الشكلي، فنقصد بالأول (المصدر المادي) هو المصدر الذي تستمد منه القاعدة القانونية مادتها أو مضمونها أو موضوعها، وقد يتعدد المصدر المادي للقاعدة القانونية فقد يكون سياسيا أو اقتصاديا أو تاريخيا أو دينيا، وقد يكون قوانين أخرى، على سبيل المثال قواعد القانون المدني الجزائري مصدرها المادي القانون الفرنسي، أو نقول أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا ماديا لقانون الأسرة، فكذلك تعتبر الاتفاقيات الدولية التي استمد منها قانون الأسرة بعض أحكامه تعتبر مصدرا ماديا لقانون الأسرة خاصة اتفاقية سيداو CEDAW، لأن المشرع الجزائري عند تعديله لقانون الأسرة بالأمر 05-02 استمد بعض الأحكام من الاتفاقية وضمنها قانون الأسرة فأصبحت الاتفاقية مصدرا ماديا لقانون الأسرة وهذا ما دفعني إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول تعديلات في بعض أحكام الزواج، والثاني تعديلات في بعض أحكام الطلاق.

1.2.اتفاقية سيداو مصدر مادي لبعض أحكام الزواج

كما أشرنا سابقا، فإن وزير العدل أثناء عرضه للأسباب أن هذه التعديلات جاءت لملائمة أحكام قانون الأسرة مع أحكام الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وتجسيد إرادتها السياسية إلى تبني أحكام الاتفاقية ضمن نصوص القوانين الوطنية لهذا ضمنت المطلب عدة فروع تناولت بعض التعديلات في أحكام الزواج التي حاول المشرع فيها ملاءمة أحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية مع أحكام الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

1.1.2. توحيد سن الزواج.

نص قانون الأسرة قبل التعديل في المادة 7 منه "تكتمل أهلية الرجل في الزوج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، وأصبح نص المادة 7 بعد التعديل "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي ...".

وهذه محاولة من المشرع الجزائري لإحداث ملاءمة بين قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية وبين الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر التي تمنع التمييز بين الرجل المرأة، وفي رأي لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التابعة للأمم

المتحدة فإن الحد الأدنى لسن الزواج ينبغي أن يكون 18 سنة للرجال والنساء على السواء[1]،كما ينبغي على الدول المصادقة على اتفاقية سيداو إلغاء القوانين التي نصت على سن مختلفة للزواج بالنسبة للرجل والمرأة و بهذا التعديل – توحيد سن الزواج – يكون المشرع قد كيف حكما من أحكام قانون الأسرة مع الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الجزائر في مجال حقوق الإنسان.

2.1.2. اعتبار الرضا ركن وحيد في عقد الزواج

نصت المادة 9 من قانون الأسرة لسنة 1984 قبل التعديل وتحت عنوان أركان الزواج على: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي وشاهدين وصداق"، فالمادة هنا تنص على أربعة أركان[2] "الرضا، والولي، والشاهدين، والصداق" وبعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02، نصت المادة على ركن واحد ووحيد "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وقد حاول المشرع الجزائري أن يكون منسجما مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المتعلقة بحقوق الإنسان التي أكدت في الكثير من اتفاقيات الأمم المتحدة على ضرورة حصول التراضي بين طرفي العلاقة الزوجية عند إبرام عقد الزواج، فنجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنه 1948 ينص في المادة 16 الفقرة 2 منه[3] "لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زوجهما رضا كاملا لا إكراه فيه" وعلى هذا المعنى أسست اتفاقية الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لتؤكد في مادتها الأولى النص ذاته حرفيا. (لا ينعقد الزواج قانونا إلاّ برضا كامل حر ودون إكراه)[4]

كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 23 فقرة 3 منه على نفس النص الذي جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونفس المادة أكدت العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[5]. ونصت أخيرا اتفاقية CEDAW في مادتها 16 فقرة 2 على "عدم زواج المرأة إلا برضاها الحر الكامل"[6].

وإذا كان المشرع الجزائري قد استطاع أن يلائم في هذا الركن بين قانون الأسرة والاتفاقيات الدولية لأن كليهما يجعل من رضا الزوجين ركنا فإنه ألغى باقي الأركان التي كان منصوص عليها قبل التعديل وحولها إلى شروط بنص المادة 9

---

[1] مليكة نايت لشقر، **الاتفاقيات الدولية حول الأسرة مركز الدراسات الأسرية والبحث في القيم والقانون**، الدار البيضاء، ط1، المملكة المغربية، 2017، ص 212.

[2] الركن: يكون به قوام الشيء ويكون جزءا أصلا في ماهيته.

[3] تنص المادة 11 من دستور 1963 على أن: "توافق الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ... وإلى كل منظمة تستجيب لمصالح الشعب الجزائري وذلك اقتناعا منها لضرورة التعاون الدولي " المرسوم الرئاسي رقم 63/ 336

[4] تم عرض الاتفاقية للتوقيع والتصديق من طرف الأمم المتحدة خلال قرارها رقم 763 في 7 نوفمبر 1962 ودخلت حيز التنفيذ 9 ديسمبر 1964 وتؤكد الاتفاقية على الطبيعة الرضائية لعقد الزواج

[5] صادقت عليه الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 89/ 67 الصادر في 16 ديسمبر 1989 وتم نشره في **الجريدة الرسمية** رقم 20 الصادرة في 17 ماي 1989. دغبوش نعمان، **المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان**، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 212.

[6] المرجع نفسه ، الصفحة نفسها

مكرر "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية [1] : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية" ونص المشرع في المادة 33 فقرة 1 "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" ونص في فقرتها الثانية "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"!! وهنا مراوغة من المشرع –إن صح التعبير– نعطي للمرأة صداق المثل إذا لم يعطها الزوج صداقا، لكن إذا أعطاها صداقا وتخلف شرط الشهود مثلا أو تخلف شرط الولي في حالة وجوبه، ما مصير الزواج وما طبيعته؟

بمفهوم المخالفة أن الزواج يثبت، لكن ما هو وصفه؟ هل هو زواج صحيح أم فاسد؟

3.1.2. السماح للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها.

لم يكن المشرع الجزائري قبل التعديل يفرق بين المرأة الراشدة وغير الراشدة أو البالغة وغير البالغة فقد كانت تنص المادة 11 من قانون الأسرة قبل التعديل "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" والولي قبل التعديل كان ركنا كما رأينا وتخلف الركن يؤدي إلى بطلان عقد الزواج عند من يعتبر من الفقهاء ركنا وقد بيّنا معنى الركن في هامش الصفحة السابقة، وبعد التعديل أصبح نص المادة 11 من قانون الأسرة كالآتي "تعقد المرأة زواجها بنفسها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"[2].

وتؤكد اتفاقيه سيداو على المساواة بين الرجل والمرأة فترى أنه إذا كان الرجل لا يحتاج إلى ولي عند بلوغه سن الرشد فللمرأة أن تحظى بهذا الامتياز –إن صح التعبير– وفي مفهوم الاتفاقية فإن فرض الولي على المرأة فيه نوع من الحجر عليها لأن الثابت قانونا أن الولاية على النفس أو على المال تكون حيث القصور والنقصان في الأهلية وهذه كلمه حق أريد بها باطل لأن الولاية على المرأة في الزواج في شريعتنا لها دلالة خاصة تختلف عنها عند الغرب لأن المرأة بالزواج ستنتقل إلى وسط آخر لا تعرفه وللولي الذي هو كأصل يكون الأب فهو الأكثر حرصا والأكثر شفقة والأكثر دراية بمصلحة ابنته من غيره، عليه مشاركتها سواء أكانت بكرا أو ثيبا في عقد الزواج لأنه أدرى بهذا العالم الجديد.

والمشرع الجزائري ووفاء لالتزاماته الدولية عدل نص المادة 11 من قانون الأسرة وأصبحت "المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" وأصبح الأب كالغير وحلت أداة التخيير"أو" محل أداة الترتيب"ف".

وحل أي شخص آخر محل القاضي عندما لا يكون للمرأة وليا ما دامت المرأة لا تحتاج إلى ولي بمفهومه الشرعي فقد سوى المشرع بعد التعديل بين الأب الذي هو أكثر حرصا وشفقة على ابنته من غيره، وبين الشخص الغريب الذي تختاره ابنته لحضور عقد الزواج، فقد أبعد القريب وقرب الغريب ! ولم يفرق بين أقرب القربى وبين الغريب (الشخص الآخر

[1] الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء أو الحكم ويكون خارجا عن ماهيته.

[2] نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أسقط عبارة (أحد أقاربها الأولين) لأنه لم يعد لها أي معنى بعد المصادقة على اتفاقيه سيداو CEDAW ولم يصبح أي معنى لمصطلح ولي، الذي أصبح بعد التعديل،ترى ما هي الأسس التي أسس عليها المشرع هذا النص لما جعل المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها دون أبيها فأحد أقاربها الأولين عند عدم وجود الأب وهل هذا ينسجم مع تحميل الأب تبعات الزواج عند وقوع الطلاق؟

الذي تختاره)، وجعل حق الخيار بين الأولياء، كما سماهم المشرع وهم أبعد ما يكون، فالولاية في شريعتنا هي (سلطة شرعية تُجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد سواء له أو لغيره)[1].

أما عبارة (وليها هو أبوها ...) [2]الواردة في المادة 11 بعد التعديل فهي بمعنى التفويض أو التوكيل رغم أن الوكالة في الزواج قد ألغيت بعد التعديل عندما ألغى المادة 20 من قانون الأسرة وقد قارب المشرع المغربي الصواب عند استعمال مصطلح التفويض في عقد زواج ابنته الراشدة فهو أقرب إلى المفوض منه إلى الولي المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية.[3]

2. 4.1. إلزام الزوج بإخبار الزوجة أو الزوجات السابقة والمرأة اللاحقة التي يريد الزواج منها إذا رغب في التعدد

كانت المادة 8 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص، على الزوج إعلام الزوجة والزوجات السابقة والزوجة اللاحقة أو المرأة التي يريد الزواج منها، فالأمر في المادة 8 قبل التعديل متعلق بمجرد الإعلام فقط أما بعد التعديل نصت المادة 8 الفقرة 2 (يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها)، والاتفاقية الدولية لا تقبل التعدد بل تريد المنع الكلي أو تجريم التعدد إلا أن المشرع قيد التعدد رغم أن الإحصائيات الرسمية للدولة تؤكد أن التعدد لا يتجاوز نسبة 1 %[4] وأضافت المادة 8 مكرر بعد التعديل (في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق) وأضافت المادة 8 مكرر 1 بعد التعديل (يفسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا لشروط المادة 8 من قانون الأسرة، فالمادة 8 بعد التعديل قاعدة آمرة وفقا للمعيار الشكلي (يجب على الزوج ...) فالقاعدة الآمرة هي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

1.2. 5.العلاقة الزوجية هي علاقة قوامها التعاون والتآزر بين الزوجين

أرجع وزير العدل أثناء عرضه لأسباب التعديل أن هذا الأخير جاء نتيجة التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية بتحولها من أسرة يرأسها الزوج إلى أسرة قوامها التعاون والتآزر بين الزوجين وهذا هو السبب الذي أدى إلى إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة فقد كانت المادة 39 تنص قبل التعديل "يجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة".

وحاول المشرع إحداث ملاءمة بين قانون الأسرة والاتفاقية بنص المادة 36 من قانون الأسرة التي تنص على الحقوق المشتركة بين الزوجين تطبيقا لمقررات وتوصيات الاتفاقيات الدولية ومؤتمراتها الخاصة بالمساواة بين الرجل والمرأة وإلحاحها على ضرورة إعادة النظر في العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة في الأسرة المبنية على أساس التراتبية أي إخضاع

---

[1] محمد عبد السلام مذكور، **الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام**، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 1978، ص 80.

[2] في رد الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقرير الثالث والرابع في فيفري ومارس 2012 سيداو CEDAW/C/DZA3-4 عندما انتقدت لجنة هيئة الأمم المتحدة المكلفة بتنفيذ الاتفاقيات؟ردت الجزائر أن قانون الأسرة الجديد رغم أنه غير الجديد معدل قد اخذ بمبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين وباتت مسألة رضا الزوجين عنصرا أساسيا في إبرام عقد الزواج، وأصبح دور الولي بالنسبة للمرأة الراشدة التي تعقد زواجها بنفسها يقتصر على الحضور فقط. اي هوان هذا أي انقياد هذا ؟

[3] المادة 25 من **مدونة الأسرة المغربية** (للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها؛ ونص قبلها في المادة 24 من المدونة "الولاية حق للمرأة تمارسها الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها).

[4] ردت الجزائر على لجنة الأمم المتحدة بالنسبة لإلغاء التعدد بما يلي (أما إلغاء التعدد فهي مسألة غير مطروحة في الوقت الحاضر على أن هذه الممارسة شبه منعدمة في واقع المجتمع الجزائري فنسبة حدوثه لا يكاد يصل إلى 1 % حسب الإحصائيات الرسمية.

انظر الوثيقة CEDAW/C/DZA3-4

الأسرة لرئاسة الرجل بحكم الأعراف المحلية والأحكام الدينية طبقا للآية (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ...)[1] وتبنى مفهوم الشراكة الأسرية بدل القوامة الذكورية[2].

2.2. اتفاقية سيداو مصدر مادي لبعض أحكام الطلاق

إذا كانت العصمة بيد الرجل، أي له الحق في إنشاء الطلاق طبقا للحديث الشريف "الطلاق لمن أخذ بالساق"[3]، وبهذا المعنى فهو يملك الطلاق بينما المرأة تطلبه ما يترتب على أن الرجل يملك الطلاق وأن دور القاضي فيه هو مجرد مسجل لإرادة الزوج، وليس له رفض رغبته في الطلاق، وليس للقاضي الحق أن يطلب من الزوج تبرير طلاقه لزوجته بل كل ما يملكه هو أن يحمل الزوج مسؤولية هذا الطلاق بإلزامه بالتعويض طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة إذا تأكد من تعسفه.

ومعنى أن للزوجة أن تطلب التطليق فبعد تقديم دعوى التطليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة عليها أن تثبت للقاضي ما لحقها من ضرر جراء هذه العلاقة الزوجية وبالتالي فالقاضي هو الذي ينشئ الطلاق على عكس الزوج هو الذي ينشؤه وانطلاقا من هذه الجدلية حاول المشرع تعديل بعض أحكام الطلاق في قانون الأسرة حتى يعطي للمرأة بعض ما للرجل.

1.2.2. التوسع في حالات التطليق

المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر05-02 وسع في حالات التطليق، فبعد أن كان عددها 7 حالات أصبح عددها 10 حالات وفي رد الجزائر عن اللجنة الدولية المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الدورة 51 (دورة 16 فبراير إلى 02 مارس 2012) وانتقاد اللجنة على عدم المساواة بين الرجل والمرأة ردت الجزائر(لقد جرى توسيع الأسباب التي بها يمكن للزوجة أن تستند إليها في هذا الصدد فبعد ما كان عددها سبعة أسباب أو حالات أصبحت عشر حالات في قانون الأسرة بعد التعديل بالأمر05-02 بحيث بات بإمكان الزوجة تقديم شكوى في أي حالة من هذه الحالات العشرة)[4].

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 3/ 6 /1983 التطليق حق للمرأة المتضررة في علاقتها الزوجية ولها الحق أن ترفع أمرها إلى القضاء لتطليقها إذا رأى أنها متضررة، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[5].

2.2.2. إقرار حق الزوجة في مخالعة زوجها دون موافقته

[1] سورة النساء، الآية 64.

[2] مليكة نايت لشقر، المرجع السابق ص 165.

[3] رواه ابن ماجد والدار القطني عن ابن عباس نيل الأوطار 6 – 238.

[4] (4، 3، CEDAW /C / DZ) المرجع السابق ، ص 31.

[5] سامية بن قوية، **ملخص محاضرات في الاتفاقيات الدولية في مجال الأسرة** ،2016/ 2017،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 58.

كانت المادة 54 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق وقت الحكم" وقد كانت هذه المادة محل خلاف بين القضاة أثناء التطبيق فمنهم من يرى أنه لابد من موافقة الزوج حتى تخالع الزوجة نفسها من زوجها، ومنهم من يرى بأنه لا عبرة بإرادة الزوج، وظل الخلاف قائما بين القضاة، وفي منتصف التسعينات وفي قرار صادر عن المحكمة العليا الملف رقم 83603 بتاريخ 1997/07/21 جاء فيه "يجوز للمرأة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا[1].

وبعد التعديل حاول المشرع خلق مساواة بين الرجل والمرأة وإلغاء صريح للتمييز بينهما فإذا كان الرجل يملك الطلاق (أي ينشؤه) فكذلك المرأة تملك مخالعة زوجها دون موافقته وعلى القاضي أن يحكم لها بمخالعة نفسها من زوجها فان لم يتفقا على المقابل المالي حكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم[2]، لأن الأصل عدم استرجاع الصداق من طرف الزوج لقوله تعالى (وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن ياتين بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ)[3].

وقد جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (وفي الفقه أن الفداء للمرأة في مقابله ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت الرجل)[4]، إلا أن المحكمة العليا سبقت التعديل الذي جاء به الأمر 05/02 لأن للمرأة أن تخالع زوجها دون موافقته.

3.2.2. إعادة ترتيب الحاضنين

نصت المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل" الأم أولى بحاضنة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم أم الأب ثم الآخرين مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

وقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها في فقراتها الثلاثة على جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية أن تعطي الاعتبار الأول لمصالح الطفل في جميع الاجراءات المتعلقة به. والترتيب الذي جاءت به المادة 64 قبل التعديل هو الذي أخذت به أغلبية التشريعات العربية مستمدة هذا الترتيب من الفقه الإسلامي لأن النساء جُعلت لهن الأولوية في الحضانة نظرا لطبيعة المرأة، ولما جبلت عليه من صفات الرحمة والحنان والعاطفة والصبر مع المعاناة من أجل تربية أولادها وفي هذا الخصوص يقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

وصرفها إلى النساء أليق ..... لأنهن في الأمور أشفق

وكونهن من ذوات الرحم ..... شرط لهن وذوات محرم

---

[1] المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 83603 بتاريخ 1992/07/21، ص 134.

[2] تنص المادة 54 من قانون الأسرة بعد التعديل (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على مقابل مالي.....)

[3] سورة النساء، الآية 19.

[4] الهاشمي هويدي، **الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية**، عدد خاص، ص 23، سنة 2001.

وبعد التعديل أعاد المشرع ترتيب الحاضنين فجاء نص المادة 64 على النحو التالي :"الأم أولى بحاضنة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك"، وجعل الأب في ترتيب الحاضنين أمر يدعو إلى الغرابة لأن النساء أقدر وأشفق على الحضانة من الرجال كما قال ابن عاصم الغرناطي، وأراه إرضاء للرجل على حساب المحضون ومساواة شكلية ضررها بالمحضون أكثر من نفعها له كما أن التعديل جعل إسناد الولاية لمن تؤول له الحضانة سواء أكان أُمّا أو أبا أو غيرهما وأصبحت الأم هي الولية على ولدها أو محضونها إذا أُسندت إليها الحضانة وترى الأستاذة بن قوية أن هذا إقرارا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة والقضاء على التمييز بينهما وهو ما توصى به الاتفاقيات الدولية.

والتي أرى أنها مساواة شكلية على حساب المحضون، وكل التعديلات التي أجراها المشرع محاولا بها تفادي التعارض بين قانون الأسرة والاتفاقيات الدولية ومحاولا الملاءمة بينهما[1].

3. الاتفاقيات الدولية مصدر رسمي لقانون الأسرة

إذا كان المصدر المادي هو الذي تستمد منه القاعدة القانونية مادتها أو موضوعها أو مضمونها فان المصدر الرئيسي أو الشكلي هو تحويل تلك المادة إلى قواعد قانونية ملزمة، فنقول مثلا أن الشريعة الإسلامية مصدر مادي لقانون الأسرة، والتشريع مصدرها الرسمي، فقد استمدينا المادة القانونية من الشريعة الإسلامية وحوّل المشرع هذه المادة إلى قواعد قانونية ملزمة وقس على ذلك.

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، الأول: سمو الاتفاقيات الدولية المصادَق عليها على القوانين الداخلية، والثاني تطبيقات سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية.

1.3. سمو الاتفاقيات الدولية ومكانتها في بعض القوانين الداخلية

تعرضت في هذا المطلب بالدراسة إلى سمو الاتفاقيات الدولية وشروط اعتبارها جزءا من القوانين الداخلية (اولا) ومكانة الاتفاقيات الدولية في القوانين الداخلية (ثانيا).

1.1.3. سمو الاتفاقيات الدولية وشروط اعتبارها جزءا من القوانين الداخلية

هناك عدة شروط ضرورية لابد من توافرها لاعتبار الاتفاقيات الدولية جزءا من القوانين الداخلية، وقبل دراسة ذلك نعالج المقصود بسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية.

1.1.1.3. سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية (قانون الأسرة).

نقصد بسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية أنه عندما تتعارض أحكام القوانين الداخلية (قانون الأسرة) مع أحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها تستبعد أحكام قانون الأسرة باعتبارها قانونا داخليا وتطبق الاتفاقية الدولية

[1] سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 23.

المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور كما جاء في نص المادة 154[1] منه وهذا النص هو نفسه الذي جاء به دستور 1989 في المادة 123، وهو النص ذاته الذي جاء به دستور 1996 المعدل في 6 مارس 2016 في المادة 150 منه.

وبهذا تكون الدساتير الجزائرية قد أعطت للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية مكانة وسطى بين القوانين الداخلية والدستور وما لجوء المشرع الجزائري إلى تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 إلا محاولة منه لتفادي التعارض الذي قد يقع بين قانون الأسرة لسنة 1984 واتفاقية سيداو التي صادق عليها في 1996 وتطبيقا لأحد بنودها بأنه على الدول اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين أو الأنظمة أو الأعراف والممارسات القائمة والتي تشكل تمييزا ضد المرأة[2].

وكما جاء في كلمة وزير العدل فإن التعديلات تدخل في مسعى تكييف القوانين الوطنية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وتجسيدا لإرادتها السياسية إلى تبني أحكام الاتفاقيات ضمن نصوص القوانين الوطنية خاصة في مجال حقوق الإنسان ورفع تحفظات بلادنا على بنود بعض الاتفاقيات[3].

وبنص المادة 154 من الدستور تكون الجزائر قد أقامت حلا قانونيا في حالة التعارض بين القوانين الوطنية الداخلية -وقانون الأسرة من بينها- والاتفاقيات الدولية خاصة الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان فتطبق الاتفاقيات الدولية وحينئذ تصبح الاتفاقيات الدولية جزءا من القوانين الوطنية ويطبق فيها نظام تدرج القوانين الوطنية وهو نظام هرمي يعني تبعية ومطابقة القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى منها درجة.

2.1.1.3. شروط اعتبار الاتفاقيات الدولية جزءا من القوانين الوطنية

حتى تصبح الاتفاقية الدولية جزءا من القوانين الوطنية لابد من توافر شرطين هما: التصديق والنشر في الجريدة الرسمية.

-التصديق:

لقد ذكرت المادة 154 من الدستور هذا الشرط "المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية ... تسمو على القانون" والمصادقة أو التصديق على المعاهدات الدولية بوجه عام هو تعهد من الدولة المصادِقة على الاتفاقية إلى دول المنظمة الدولية بالانضمام إلى معاهدة دولية ما، قد تكون شاركت في إعدادها بواسطة ممثليها أو بحكم انتمائها للمنظمة الدولية وفي الأغلب فان رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية هو الذي يتولى المصادقة على المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية بموجب مرسوم رئاسي كما هو معمول به في الجزائر، ويجب التمييز بين المصادقة والتوقيع على المعاهدة فالتوقيع يستطيع أن

[1] تنص المادة 154 من دستور 2020 (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون).

[2] المادة 2 الفقرة 'و' من اتفاقية سيداو CEDAW.

[3] مرسوم رئاسي رقم 08 426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008 يتضمن رفع التحفظ الجزائري حول المادة 9 الفقرة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنه 1979، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 21 يناير 2009.

يقوم به أحد كبار موظفي الدولة أو ممثلها في الأمم المتحدة أو وزير الخارجية، ويعتبر التوقيع في هذه الحالة قبولا مبدئيا للاتفاقية أو المعاهدة، أما المصادقة فهو التصرف الذي بموجبه تعتبر دولة موقعة على معاهدة عن إرادتها في الارتباط بتلك المعاهدة أو هو التصرف الذي تعبر فيه السلطة التي تملك الاختصاص لإبرام المعاهدات عن تأكيدها على المعاهدة التي شاركت فيها بأحد ممثليها مع قبولها بأن تصبح نهائية وملزمه لها[1].

وتتعهد بتنفيذها، وبالتالي كأصل لا يجدي التوقيع نفعا دون المصادقة، وحتى تنتج المعاهدة آثارها القانونية على الدولة المصادقة أن تسجل المعاهدة وتخبر الأمم المتحدة بالمصادقة ولها أن تبدي بعض تحفظاتها كما تحفظت الجزائر على بعض بنود اتفاقية سيداو CEDAW[2].

–النشر في الجريدة الرسمية:

النشر هو إعطاء أي قانون مهما كانت مرتبته في تدرج القوانين إشهارا رسميا، والهدف منه هو وصول النصوص القانونية إلى علم الأشخاص تطبيقا لمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون، فالأمر هنا متعلق بشكلية بفضلها يتمسك المواطن بما جاء في القانون أيٍ كانت مرتبته في سلم تدرج القوانين أمام السلطات المختلفة للدولة كالسلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، كما يمنع عليه منذ هذا التاريخ التحجج بعدم علمه بالقانون للتهرب من تطبيقه، وبالتالي فالنشر في الجريدة الرسمية ضروري للاتفاقيات الدولية ما دامت هذه الاتفاقيات قد صادقت عليها الدولة الجزائرية وما دامت ستصبح جزءا من القوانين الوطنية الداخلية بالمكانة التي أعطاها لها الدستور (المادة 154 منه) فهي كما قلنا تسمو على القوانين وبالتالي فبعد المصادقة عليها لابد من نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

والدستور الجزائري لم ينص صراحة على نشر الاتفاقيات الدولية لكن نص في المادة 178 منه الفقرة الثانية (لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية) كما نص قانون الجنسية الجزائرية على نشر الاتفاقيات الدولية في المادة الأولى منه (تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي يصادَق عليها ويتم نشرها[3] و هو نفس النص الموجود في قانون الجنسية لسنة 1963 الملغى ونصت المادة 4 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (يطبق القانون في تراب الجمهورية الجزائرية ... ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ...).

وما دامت الاتفاقيات الدولية ستصبح جزءا من القوانين الوطنية فينطبق عليها ما ينطبق على القوانين الوطنية، وبالتالي لابد من نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية تطبيقا لقاعدة لا يعذر أحد بجهل القانون وبعد المصادقة والنشر في الجريدة الرسمية تترتب الآثار التالية:

أ –وجوب سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية بعد المصادقة والنشر في الجريدة الرسمية.

---

[1] الحسين بن شيخ آث ملوية، تطبيقات **منازعات شؤون الأسرة**، الجزء الأول، دار هومه، 2019، ص ص 171–172.

[2] تحفظت الجزائر على المواد التالية من الاتفاقية سيداو CEDAW 2، 2/9، 4/15، 16، 29، أنظر : سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 38.

[3] الأمر رقم 70/ 86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

ب –على السلطات التنفيذية والقضائية وكذلك الأشخاص تطبيق الاتفاقيات الدولية واستبعاد قانون الأسرة عند تعارض أحكام قانون الأسرة مع الاتفاقيات الدولية، لأن سموها مستمد من الدستور وهو أعلى من الاتفاقيات ومن القانون الداخلي وفقا لتدرج القوانين وبعد المصادقة والنشر في الجريدة الرسمية أصبحت قانونا وطنيا ولا تخضع لمبدأ عدم رجعية القانون سواء أكانت سابقة أو لاحقة على الصدور[1].

2.1.3.مكانة الاتفاقيات الدولية في بعض القوانين الوطنية

في قراءة عابرة لبعض القوانين الوطنية نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى مكانة هامة للاتفاقيات الدولية في القوانين الداخلية بما فيها الدستور، فبالإضافة إلى نص المادة 154 منه، التي تنص على سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية، جاء في ديباجة الدستور الصفحة الخامسة "إن الشعب الجزائري يعبر عن تمسكه بحقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر،كما أعطت ديباجة الدستور الاتفاقيات الدولية مكانة هامة، وكما هو معروف فالديباجة هي مقدمة للدستور وعرض أسباب اتخاذه، تتناول مجموعة من المبادئ الخاصة بقيم المجتمع الجزائري، ماضيه وحاضره ومستقبله، ولهذا لها قيمة دستورية مماثلة كباقي أحكام الدستور وقد أكد المؤسس الدستوري أهميتها في آخر سطر منها، تشكل الديباجة جزءا لا يتجزأ من هذا الدستور، كما نصت المادة 171 من الدستور أيضا (يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادقِ عليها، وقوانين الجمهورية وكذا قرارات المحكمة الدستورية).

ونص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 358 الفقرة 7 منه (لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الوجوه التالية : ...) ونص في الفقرة 7 من المادة (مخالفة الاتفاقيات الدولية) وتعتبر الرقابة على قاضي الموضوع للقواعد الموضوعية جوهر عمل المحكمة العليا إلى جانب تطبيق القواعد الإجرائية، فإذا اكتشفت المحكمة العليا في طعن رفع أمامها أن القاضي لم يطبق اتفاقية ما صادقت عليها الجزائر أو خالف تطبيقها كما جاء نص المادة 358 الفقرة 7 فإن حكمه يصبح عرضة للطعن، وقد أضيفت هذه الفقرة إلى المادة 358 إلى جانب فقرات أخرى بعد إلغاء قانون الإجراءات المدنية القديم وسُن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في سنة 2008 وبدأ سريانه في سنة 2009.

كما نص قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970 المعدل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005 في مادته الأولى (تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات و الاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها).

ونص كذلك الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم في مادته 21 منه ما يلي : (لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة

[1] الحسين بن شيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص 179.

دولية نافذة في الجزائر)، وبهذا الكم من النصوص وفي بعض القوانين الخاصة يكون المشرع الجزائري وكذا المؤسس الدستوري قد أعطيا مكانة هامة للاتفاقيات الدولية ضمن القوانين الجزائرية الداخلية.

2.3. تطبيقات على سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية

كل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أو في أغلبيتها تنص على سمو الاتفاقيات الدولية على قوانينها الداخلية وليست الجزائر استثناء وقد ارتأيت معالجة هذا الموضوع من خلال فرعين، الأول سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية في الجزائر، وفي الفرع الثاني سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية في المملكة المغربية وهي عبارة عن أحكام قضائية.

1.2.3. تطبيقات على سمو الاتفاقيات على القوانين الداخلية في الجزائر

سآتي في هذا الفرع بتطبيقين صادرين في الجزائر يبينان سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية، حيث لا إشكال إذا لم تتعارض أحكام قانون الأسرة مع الاتفاقيات الدولية لكن إذا تعارضت أحكامهما تُستبعد أحكام قانون الأسرة وتطبق أحكام الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وسمو هذه الأخيرة -كما اشرنا سابقا- أعطاها لها الدستور في المادة 154 منه وهو تأكيد صريح منه على أنه في حالة التعارض بين أحكامهما تُستبعد أحكام قانون الأسرة وهو قانون داخلي وتصبح أحكام الاتفاقية الدولية المصادق عليها هي الواجبة التطبيق.

أ- أقر المجلس الدستوري في قراره رقم 1 المؤرخ في 20 غشت 1989 المتعلق بالانتخابات نأخذ منه ما يهم موضوعنا على ما يلي:"ونظرا لكون أية اتفاقية دولية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور المقابلة لنص المادة 132 من الدستور الحالي (دستور 1996) سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية وكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89-08 الموافق لـ25 أفريل 1989 الذي انضمت إليه الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 مايو 1989 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 87-37 في 3 فبراير 1987 فإن هذه الأدوات تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه)[1].

ب- جاء في قرار لمجلس الدولة بتاريخ 2009/10/21 تحت رقم 052342 ما يلي:"حيث أنه فضلا عن ذلك، يتعين التذكير بأن الجزائر وبمقتضى القانون رقم 89-08 المؤرخ في 25-04-1989 المتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 1966/12/16 وبمقتضى المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 1989/05/16 المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي المذكور أعلاه،

[1] الجريدة الرسمية العدد 36 الصادر في 30 غشت 1989 قرار رقم 1 المؤرخ في 20 غشت 1989 متعلق بقانون الانتخابات صفحة 1050 والقرار المنشور أيضا في مجلة المجلس الدستوري العدد 1 لسنه 2013. أنظر لحسين بن شيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص 178.

انضمت إلى هذا العهد الدولي الذي تنص المادة 12 الفقرة 4 منه على أنه : ... لا يجوز حرمان أحد تعسفا من حق الدخول إلى بلده)[1].

2.2.3. تطبيقات على سمو الاتفاقيات الدولية بالمملكة المغربية

في حدود بحثي لم أعثر على تطبيقات قضائية جزائرية في هذا الشأن، لكن تمكنت من العثور على تطبيقات قضائية مغربية أقدمها في هذا المقال كنموذج لسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية للدول التي صادقت عليها، وأصبح القضاء في هذه الدول عند التأسيس لأحكامه يعطي الأولوية للاتفاقيات كما سنرى في التطبيقين التاليين.

2.2.3. 1.حكم صادر عن محكمة طنجة الابتدائية قسم شؤون الأسرة في 2011/01/11

في هذه القضية أسس القاضي لحكمه كالآتي[2]:

فيما يخص الأساس القانوني لأحقية المدعية لنصيبها في الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية

حيث ارتأت المحكمة مناقشة هذا المقتضى من خلال مقتضيات الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وكذا من خلال مدونة الأسرة المغربية:

أ –من حيث الاتفاقية الدولية

حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 13 الخاصة بالتدابير الواجب اتخاذها للقضاء على التمييز ضد المرأة في مجالي الحياة الاقتصادية والاجتماعية من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 1979/12/18 المصادق عليها من طرف المملكة المغربية، والتي صدر ظهير شريف نشرها تحت رقم361 .93. 1 بتاريخ 26 /12 /2000، والتي تم رفع جميع التحفظات المسجلة بشأنها بموجب الرسالة الملكية المؤرخة في 2008/12/10 على أن للمرأة والرجل الحق في الاستحقاقات العائلية على أساس المساواة بينهما وحيث تنص الفقرة 9 من المادة 16 الخاصة بالتدابير الواجب اتخاذها للقضاء على التمييز ضد المرأة في مجال الحقوق المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية على أنه لكلا الزوجين نفس الحقوق فيما يتعلق بملكيه وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها.

ب –من حيث مدونه الأسرة المغربية:

حيث تنص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها".

2.2.3. 2.حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة قسم شؤون الأسرة في 10 فيفري 2014

في هذه القضية أسس القاضي للحكم كالآتي[3]:

---

[1] الحسين بن شيخ آث ملوية، المرجع السابق، ص 178. والقرار منشور أيضا في مجلة مجلس الدولة، عدد 10، سنة 2012، ص 162 وما بعدها.

[2] القانونية، مجلة تعنى بالأبحاث والدراسات في مجال القانون، **مركز الدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية**، المملكة المغربية، العدد 1، 2015، ص ص 168-176.

[3] القانونية، المرجع السابق، ص ص 168-176.

أ – من حيث الاتفاقية الدولية لمناهضة كل أشكال التمييز ضد المرأة : حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 13 الخاصة بالتدابير الواجب اتخاذها للقضاء على التمييز ضد المرأة في مجال الحياة الاقتصادية والاجتماعية من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 1979/12/18 المصادق عليها من طرف المملكة المغربية والتي صدر ظهير شريف بنشرها تحت رقم 361-93-1 بتاريخ 12/26 على أن للمرأة والرجل الحق في الاستحقاقات العالية على أساس المساواة بينهما وحيث تنصب الفقرة 9 من المادة 16 الخاصة بالتدابير الواجب اتخاذها للقضاء على التمييز ضد المرأة في مجال الحقوق المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية على أنه لكلا الزوجين نفس الحقوق فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدراجها والتمتع بها والتصرف فيها.

ب –من حيث دستور المملكة المغربية: حيث نص الفصل 19 في فقرته الأولى من الدستور على انه يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية الواردة في هذا الباب من الدستور وفي مقتضياته الأخرى وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

ج–من حيث مدونة الأسرة المغربية:

حيث تنص المادة 49 من مدونة الأسرة على ما يلي لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها[1].

4. خاتمة:

أخلص في النهاية أن مقولة قانون الأسرة مصدره الشريعة الإسلامية بهذا الإطلاق هو ادعاء يحتاج إلى دليل والمدعي في النهاية لن يجد دليلا لادعائه هذا، لكن قانون الأسرة ليس تشريعا وضعيا صرفا كباقي تشريعاتنا الوطنية بل أن أغلبية أحكامه الغالبة مستمدة من الشريعة الإسلامية، لكن أيضا ليس تشريعا إلهيا صرفا خاصة بعد تعديله بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

فلقانون الأسرة أكثر من مصدر مادي وله ثلاثة مصادر رسمية:

فالمصدر الرسمي الأول هو التشريع طبقا للمادة 221 من قانون الأسرة، والمصدر الثاني الرسمي بعد التشريع أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، كما تعتبر الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية وتم نشرها في الجريدة الرسمية مصدرا رسميا ثالثا إذا تعارضت أحكامها مع أحكام قانون الأسرة، فتستبعد أحكام هذا الأخير وتطبق أحكام الاتفاقية الدولية وهذا ما أكدته المادة 154 من الدستور (المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية ... تسمو على القانون).

[1] المرجع نفسه، ص ص 186 - 196.

وتصبح هذه الأخيرة جزءا من قوانيننا الوطنية ويتعين في هذه الحالة على السلطات التنفيذية والقضائية وكذلك على الأشخاص استبعاد قانون الأسرة وتطبيق أحكام الاتفاقيات كما يجوز للأفراد أو الأشخاص التمسك بأحكامها سواء أمام السلطات الإدارية أو القضائية وعند مخالفة القضاة لأحكام الاتفاقيات يعرضون أحكامهم للنقض طبقا المادة 7/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد أكدت المادة 171 من الدستور على إلتزام القضاة عند ممارسة وظيفتهم تطبق الاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

وما يعاب على المشرع الجزائري أنه ألزم نفسه بالمصادقة على بعض الاتفاقيات خاصة المتعلقة بحقوق الإنسان كاتفاقية (CEDAW) التي تتعارض في بعض أحكامها مع أحكام قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، فيجد نفسه ملزما بملاءمة أحكام قانون الأسرة مع أحكام الاتفاقيات الدولية فمن الصعب ملاءمة أحكام مصدرها إلهي مع أحكام أخرى مصدرها بشري!!!

قد يقول قائل أن للدول الحق في التحفظ على بعض بنود الاتفاقيات، –صحيح– وقد تحفظت الجزائر وغيرها من الدول لكن بالرجوع إلى المادة 28 من اتفاقية (CEDAW) التي تنص (لا يجوز إبداء أي

تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها) وموضوعها و غرضها هو المساواة بين الرجل والمرأة وإلغاء كل تمييز بينهما كما أكدت نفس الشرط اتفاقية فيينا لسنة 1969 في المادة 1/19. والمصادقة على بعض هذه الاتفاقيات خاصة اتفاقية (CEDAW) يؤدي حتما إلى التصادم أو التعارض بينها وبين قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية لأن حقوق الإنسان التي تضمنتها المواثيق الدولية، ولدت ونشأت وترعرعت واشتد عضدها فى العالم الغربي الذي هو عبارة عن خليط من الثقافات، فليس للدين أية اهمية أو أي دور فى قوانينها الداخلية أو القوانين الدولية بينما لاتزال للشريعة الإسلامية مكانة كبيرة وهامة في مسائل الأحوال الشخصية، فعلى سبيل المثال اتفاقيات حقوق الإنسان لا تعترف بالولاية في عقد الزواج، كما لا تعترف بعدم زواج المسلمة بغير المسلم، ولا تعترف أيضا بالتعدد في الزواج، وليس لها في الميراث للذكر مثل حظ الانثيين، ولا تعترف بقوامة الرجل على المرأة، وكل هذه الأحكام عندنا نحن المسلمين نعتقدها بينما تعتبرها الاتفاقيات الدولية شكلا من أشكال التمييز بين الرجل والمرأة فلم المصادقة بوجود هذا الكم من النصوص المتعارضة مع نصوص الاتفاقيات الدولية!!!

ورغم مصادقة معظم الدول العربية على اتفاقية (CEDAW) وغيرها من اتفاقيات حقوق الانسان باستثناء السعودية التي اعلنت رفضها للاتفاقية وعدم الالتزام بها والاكتفاء بأحكام الشريعة الاسلامية، فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ترى أن التحفظات التي أبدتها بعض الدول العربية غير مقبولة وغير جديه، لمخالفتها نص المادة 1/19 من اتفاقية فيينا 1969 وهي مخالفة أيضا للمادة 1/28 من اتفاقية (CEDAW) وهي مخالفة كذلك للمادة 4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والخاصة بالمساواة داخل الأسرة والتي صادقت عليه كل الدول العربية، تنص المادة 4/23(تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند التزوج وخلال قيام الزواج وعند انحلاله....)

ولو يعرف غير المدركين لخطورة المصادقة على الاتفاقيات الدولية والآثار السلبية المترتبة عنها يتأكدون أن مشرعنا له قصر نظر حاد لا يمكن تصحيحه، فالمصادقة على اتفاقيات تجبرك أو تلزمك على المس بخصوصيات مجتمعك هو أمر جلل.

والحق أن وضع المرأة في ظل تشريع إسلامي لا يحتاج إلى تقوية أو دعم من أحد، وإنما الذي يحتاج إليه أن نصحح معاملة الرجال للنساء مستلهمين توجيهات الدين الإسلامي وملتزمين أحكام شريعته، فالقرآن في كثير من آياته يؤكد أن وضع المرأة كوضع الرجل سواء بسواء، وأن هذه التسوية شأنها في أمر الدين هو شأنها في أمر الدنيا مصداقا لقوله تعالى (من عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)[1].

وفي قبول العمل الصالح يقول سبحانه وتعالى (فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ)[2]، فإذا طبقنا شريعتنا الإسلامية كما يجب، فالكل رابح ولا تمييز بينهما.

لم يكتف الإسلام بالمساواة وعدم التمييز بين الرجل والمرأة كما جاء في الآيتين السابقتين — في أمور الدنيا والدين- بل دعا إلى عدم الإضرار بالمرأة في آيات وأحاديث كثيرة، ومن القواعد الفقهية الستة "قاعدة الضرر يزال" وهي قاعدة مستمدة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ويستمد فقهاء الشريعة الإسلامية أدلتها من عدم الإضرار بالمرأة أو عدم إلحاق الأذى بها. الذي يتشدق الغرب بأن الإسلام ظلمها.

ولنا أن نتأمل في الآيات التالية ليدرك الغرب والمتغربين في الدول الإسلامية أن الإسلام كفل رفع الضرر عن المرأة مهما كان ماليا أو غير مالي في الكثير من آياته وفي أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم.

فمن القرآن:

- (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) سورة البقرة الآية 231.
- (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ) سورة البقرة الآية 233.
- (وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ) سورة الطلاق الآية 6.

ومن أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم التي أوصى فيها بالمرأة خيرا:

(خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي، ما أكرم النساء إلا كريم، ولا أهانهن إلا لئيم)[3].

5. قائمة المراجع:

[1] سورة النحل، الآية 97.

[2] سورة آل عمران، الآية 195.

[3] الحديث أورده ابن عساكر في تاريخ دمشق عن علي بن أبي طالب، وذكره الألباني في كتابه حقوق النساء في الإسلام وقال حديث ضعيف، وأخرجه الترمذي في سننه وقال فيه (هذا حديث حسن غريب صحيح من حديث الثوري).

سنن الترمذي، تحقيق صدقي جميل العطار، **دار الفكر للطباعة والنشر**، بيروت، لبنان ص 1101.

– القرآن الكريم

1-الحسين بن شيخ آث ملوية – **تطبيقات منازعات شؤون الأسرة**، الجزء الأول، دار هومه، 2019.

2-دغبوش نعمان، **المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان**، دار الهدى، الجزائر،2008.

3-محمد عبد السلام مذكور، **الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978.

4-مليكة نايت لشقر، **الاتفاقيات الدولية حول الأسرة**، مركز الدراسات الأسرية والبحث في القيم والقانون، الدار البيضاء، ط، 1المملكة المغربية، 2017.

5-**الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة**، التي أصدرتها الأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979 وافقت عليها الأمم المتحدة في 22 مايو سنة 1996.

صادقت عليها الجزائر عام 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-51 المؤرخ في 01/22/ 1996، الجريدة الرسمية رقم06 المؤرخة في 24 جانفي 1996.

6-**العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية** الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966:

صادقت عليهم الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم67/89 الصادر في 16 مايو 1989 وتم نشرهم في الجريدة الرسمية رقم 20 الصادرة في 17 ماي 1989.

الملاحق منشورة في الجريدة الرسمية عدد 11 مؤرخة في 26 فبراير سنة 1997.

7-**اتفاقية حقوق الطفل صادقت عليها الجمعية العامة للمتحدة** بموجب القرار المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 وصادقت عليها الجزائر في 26 جانفي 1990 بموجب المرسوم الرئاسي رقم92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، الجريدة الرسمية عدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

8-تقرير الأمم **المتحدة، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة**، الدورة الحادية والخمسون، 13 ضباط/فبراير – 2 آذار/مارس 2012، قائمة القضايا والمسائل المتعلقة بالنظر في التقارير الدورية : الجزائر إضافة إلى ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع (CEDAW/C/DZA/3-4).

9-دستور سنة 1963، الجريدة الرسمية عدد 64 المؤرخة في 10 سبتمبر سنة 1963، ص 888 (متوفرة باللغة الفرنسية فقط).

10-دستور 30 ديسمبر سنة 2020، مرسوم رئاسي رقم 20-442 ممضي في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

11-الأمر رقم70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن **قانون الجنسية الجزائرية**، المعدل والمتمم بالأمر رقم01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

12-الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني، المعدل والمتمم**

13-القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984.

14-القانون رقم08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

15-مرسوم رئاسي رقم08-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008 المتضمن **رفع التحفظ الجزائري** حول المادة 9 الفقرة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنه 1979، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 21 يناير 2009.

16-قرار رقم 1 – ق ق – مد - مؤرخ في 20 غشت 1989 المتعلق **بقانون الانتخابات**، الجريدة الرسمية العدد 36 الصادر في 30 غشت 1989.

17-النشرة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، السنة الثالثة، رقم 14، الصادرة في 28 مارس سنة 2005.