جامعة مولود معمري–تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

تحفظ الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
التخصص: القانون

إعداد الطالبة | **إشراف**
مومو نادية | أ.د. داودي / ستيتي أونيسة

لجنة المناقشة

أ.د. سعيداني / لوناسي جحيقة، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا
أ.د. داودي / ستيتي أونيسة، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا ومقررا
أ.د. بويزري سعيد، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا
د. صافو نرجس، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة سطيف.....ممتحنا
د. أمحمد بوزينة آمنة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة شلف.....ممتحنا
د. شيتر عبد الوهاب، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 09 جويلية 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾، سورة النساء، الآية 01.

قال رسول الله ﷺ « إنما النساء شقائق الرجال »، مسند أحمد 6/256

وقال أيضا: « استوصوا بالنساء خيرا »، صحيح البخاري 5/1987

الإهداء

إلى معلمي ومعلم البشرية الأول سيدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي جاءنا بكلمة–إقرأ–

إلى من علمني النجاح والصبر

إلى من افتقده في مواجهة الصعاب

ولم تمهله الدنيا لأرتوي من حنانه... أبي (رحمه الله)

وإلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها

من علمتني وعانت الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه

وعندما تكسوني الهموم أسبح في بحر حنانها ليخفف من آلامي... أمي

✍ نادية

كلمة شكر وتقدير

الحمد الله الذي بنعمته تتمّ الصالحات، نحمده ونشكره على جميع نعمه ونسأله المزيد من فضل كرمه، أشكر الله تعالى على إعانته وتوفيقه لي في هذا العمل، والذي أسأله أن يكون في المستوى، كما أسأله المزيد من التوفيق.

أتقدّم بالشكر الجزيل للأستاذة الفاضلة

أ.د. داودي–ستيتي أونيسة

التي تحمّلت معي مشقة هذا العمل، والتي لم تبخل عليّ بالنصح والإرشاد.

كما لا أنسى جميع الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا إثراء هذا البحث بمناقشاتهم وملاحظاتهم

أتوجه بالشكر لكل من استفدت من جهودهم في إنجاز هذا العمل.

✍ مومونادية

قائمة أهمّ المختصرات

باللّغة العربية:

ب.س.ن: بدون سنة النشر

د.م.ن: بدون مكان النشر

ج.ر.ج.ج: جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

باللّغة الأجنبية:

A.F.D.I: Annuaire Français de Droit International
A.C.D.I: Annuaire de la Commission du Droit International
C.D.H: Commission des Droits de L'homme
C.D.I: Commission de Droit International
C.E.D.A.W: Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
C.E.D.E.F : Comité pour l'Elimination de la Discrimination Envers la Femme
C.E.D.H: La Cour Européenne des Droits de L'homme
C.E: Communauté Européenne
C.I.J: Cour Internationale de Justice
C.N.R.S: Centre National de la Recherche Scientifique
C.P.J.I: Cour Permanente de Justice Internationale
E.J.I.L: European journal of International Law
I.A Court H.R : Inter-American Court of Human Rights
I.O.R.T : Imprimerie Officielle de la République Tunisienne
J.O.U.E: Journal Official de L'union Européenne
LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MPRA : Munich Personal RePEc Archive
O.N.D.F: Observatoire National des Discriminations Faites aux Femmes
O.N.U: Organisation des Nations Unies

P.U.F : Presses Universitaires de France
R.A.D.C : Revue Algérienne de Droit Comparé
R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques
R.D.H : Revue des Droits de L'homme
R.D.T : Revue de Droit de Travail
R.F.D.A : Revue Française de Droit Administratif
R.G.D.I.P : Revue Générale de Droit International Publique
R.I.D.C : Revue Internationale de Droit Comparé
R.J.T.U.M : Revue Juridique Thémis de L'université de Montréal
R.S.J.A : Revue des Sciences Juridiques et Administratives
R.T.D.H : Revue Trimestrielle des Droits de L'homme
R.U.D.H : Revue Universelle des Droits de L'homme
SS/Dir: Sous la Direction
SSL : Semaine Sociale Lamy
T.P.I.P.Y : Tribunal Pénal International Pour La Yougoslavie

مقدمة

عانت المرأة عقودًا طويلة من التمييز، والظلم، والاضطهاد والازدراء، فحُرمت من حقوقها الاجتماعية، السياسية والمالية، ونُظِر إليها في كثير من الأحيان نظرة غير عادلة نالت من كرامتها وحطت من قدرها وإنسانيتها، وقد اعتبرت في المجتمعات القديمة أنها أساس الشرور والبلاء، ولا تتساوى مع الرجل في الحقوق والواجبات.

فثمة نظرة تاريخية خاطفة عن حال المرأة في ظل الحضارات المتعاقبة تروي لنا بإسهاب صلف الجانب الذكوري وتجاهل الجانب الأنثوي، فمثلا عند اليونان عُملت معاملة المتاع والعبيد، وسُلبت منها الحرية وكانت الشرائع اليونانية لا تكاد تحميها من أي خطر يهدد كرامتها، على الرغم من أن نظام الحكم في هذه الحضارة كان قائما على الديمقراطية والمساواة ولكنها محصورة في طائفة الأشراف وأصحاب المهن، أما بخصوص المساواة بين الرجل والمرأة فكانت معدومة.

وقضت الحضارة الرومانية أن تكون المرأة رقيقاً تابعاً للرجل، وأُعتبرت متاعًا مملوكًا له وسلعة من السلع الرخيصة يتصرف فيها كيف يشاء، وأنها مخلوقة للمتعة وكانت دائماً خاضعة للرجل أباً أو زوجاً، حيث كان بيد أبيها وزوجها حق حياتها وموتها[1].

أما حالها عند المسيحيين فكانت كما شرح الكاتب الدانمركي "وايث كوردستان" " Wieth Kordsten"، اتجاه الكنيسة الكاثوليكية نحو المرأة بقوله: "خلال العصور الوسطى كانت العناية بالمرأة الأوروبية محدودة جدًا تبعًا لاتجاه المذهب الكاثوليكي الذي كان يعد المرأة مخلوقًا في المرتبة الثانية"[2]، فالمرأة في نظر رجال الدين في أوروبا ملعونة وحسب آراء بعض فلاسفة الكنيسة مثل الفيلسوف "توما الأكويني" الذي يتحدث عن المرأة كما يتحدث الرهبان، فينزلها من بعض النواحي منزلة الرقيق فيقول أن المرأة خاضعة لضعف طبيعتها الجسدية والعقلية معًا والرجل مبدأ المرأة ومنتهاها، كما أن الله مبدأ كل شيء ومنتهاه وقد فرض الخضوع على المرأة عملاً بقانون الطبيعة.

---

1 – نسيمة جلاخ، الحماية الدولية لحقوق المرأة في المواثيق الدولية (الإعلانات والاتفاقيات الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 08.

2 – محمود عثمان، "المرأة في العصور القديمة والإسلام"، جريدة اليوم السابع، مؤرخة في 12 سبتمبر 2009، على الموقع الآتي: https://www.youm7.com/story/2009/9/12/135761 ، تاريخ الاطلاع: 12 جانفي 2015.

لم تكن كذلك وضعية المرأة في بلاد الصين بأحسن حالا منها في سائر الحضارات القديمة. فمولدها نكبة وشؤم على أهلها وعلى جميع من يراها، ولا حق لها في الميراث، لا من مال أبيها ولا من مال زوجها.

كما تفنن الهندوس في ظلم المرأة أكثر، ناظرين إليها كأنها مخلوق نجس تحرق مع جثة زوجها المتوفى، فشريعة مانو في الهند لم تكن تعرف للمرأة أي حق مستقل عن حق أبيها أو زوجها أو ابنها، وقد دامت هذه العادة القديمة حتى القرن السابع عشر.

أما عن المرأة العربية في عصر الجاهلية، فنعرف عن مكانتها، بالرجوع إلى القرآن الكريم وما أنبأنا به عن اسوداد وجه الأب عند تبشيره بالأنثى، قال تعالى "**وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ۞ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِن سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ**"[1]، فإن نجت الوليدة العربية من الوأد، وجدت غالباً في انتظارها حياة ظالمة، وقد تُكره على البِغاء وتبقى بعد وفاة زوجها متاعًا يورث، فضلا عن إيجارها وإعارتها وتكليفها ما لا تطيق من الأعمال الشاقة.

يتضح مما سبق، أن المرأة في هذه الحقبة من الزمن كانت ليس لها أية حقوق حتى حقها في الحياة مسلوب منها، وكانت تُملك ولا تَملك، تُباع وتُشترى كالمتاع، وأيضًا اختلف الفلاسفة في بعض الحضارات في كون المرأة إنسانًا ذا نفس وروح خالدة كالرجال أم لا، وفي كونها تلقن الدين وهل تصح منها العبادة أم لا؟!.

لقد كان مجيء الإسلام بمبادئه المعلنة إيذانا بتحرير المرأة خصوصًا والإنسانية عمومًا، حيث أبطل القرآن الكريم النظرة الخاطئة للمرأة التي سادت في الحضارات القديمة على أنها جنس منحط عن جنس الرجل وجاء بالمساواة بين جميع الناس دون تمييزٍ، وأن النساء والرجال من جنس واحد منذ وجدت البشرية، وعن ذلك قال تعالى: "**يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا**"[2].

1 – سورة النحل، الآيتين 58 و59.

2 – سورة النساء، الآية 01.

وقال أيضًا: "**يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِير**"[1]، ولكن المسلمين انحرفوا عن تعاليم الدين القويم في الممارسة، وحرموا المرأة من حقوقها المشروعة، وباتت المرأة المسلمة تعاني من التمييز والجور والظلم أسوة بنساء العالم، بسبب عدم تطبيق واحترام أحكام الدين الإسلامي الحنيف.

أما في العصر الحديث فقد كان التمييز ضد المرأة سائدًا في جميع أرجاء العالم، جنبًا إلى جنب مع التمييز العرقي والعنصري، وكان حرمان المرأة في العديد من المجتمعات من مكانتها القانونية والاجتماعية راجع إلى الأعراف السائدة التي تضعها تحت وصاية الرجل في المنزل والعائلة والمجتمع، لهذا تعالت الأصوات للمطالبة بحقوق الإنسان عامة وحقوق المرأة على الأخص وتقنينها، وقد ارتبطت هذه المطالب بالثورتين الفرنسية والأمريكية.

فكانت البداية في تقنين مبادئ حقوق الإنسان بصدور الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان في سنة 1776، إذ كانت له الأسبقية في توضيح حقيقة أن الناس جميعًا متساوون، وأن الخالق قد منحهم حقوقًا أساسية لا يمكن سلبهم إياها. وتلاه في هذا التّأكيد، الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن المعتمد عام 1789، ثم تعاقبت القوانين الأساسية الوطنية للدول في النص على المساواة وعدم التمييز، والتأكيد على قدسيتها وضرورة العمل وفقًا لهما.

إضافة إلى ما ذكر عن أهم الدعوات للمطالبة بالمساواة على الصعيد الداخلي للدول، فقد بدأ اهتمام القانون الدولي بمبدأ المساواة وعدم التمييز تاريخيًا بمناسبة البحث في مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تتسبب فيها للأجانب، وقد تقرر المبدأ صراحة على الصعيد الدولي ولأول مرةٍ في المعاهدات المعروفة باسم "معاهدات الأقليات"، إلا أنها مقصورة على أفراد الأقليات التي تعيش في الدول المهزومة في الحرب العالمية الأولى.

ومع كثرة الحروب التي حصلت، كانت النساء الضحايا الأكبر، إلى أن ثارت المرأة في الغرب للمطالبة بحقوقها، إبان الحرب العالمية الثانية، خاصة مع انشغال الرجال وفقدانهم

1 – سورة الحجرات، الآية 13.

في الحروب، فقد كانت تخرج للعمل الشاق مقابل عائد بسيط، وذلك لأنها "امرأة"، مما أدى إلى تعالي الأصوات للمطالبة بالمساواة في الأجور مثلها مثل الرجل. وتزامن الوعي الأنثوي مع حركة الدفاع عن حقوق الإنسان وبروز المنظمات الدولية ووسائل الضغط الدولي في القرن العشرين خصوصًا. مما وفر المناخ المناسب لمطالبة النساء بحقوقهن المسلوبة ومن ثم تقنينها.

هذا وقد برز خلال العقود الماضية اهتمام متزايد من قبل المنظمات الدولية والعالم كله بقضايا المرأة وإعطائها حقوقا مساوية لحقوق الرجل، فعلى سبيل المثال اعتمدت منظمة العمل الدولية التي كانت رائدة في مجال حقوق المرأة عام 1919 اتفاقيتين لحقوق المرأة، هما الاتفاقية رقم (3) بشأن حماية الأمومة، والاتفاقية رقم (4) بشأن العمل الليلي للمرأة، والفكرة في هاتين الاتفاقيتين هي حماية خاصة (مقاربة حمائية) وليست فيها فكرة المساواة وعدم التمييز.

لقد ارتبط الاعتراف بالكرامة الإنسانية للمرأة، وبمساواتها مع الرجل في الحقوق والواجبات، بتبلور وتطور حركة حقوق الإنسان بعد إنشاء هيئة الأمم المتحدة في عام 1945، حيث بات يُنظر للمرأة بموجب ميثاق الهيئة بوصفها إنسان، وبأن حقوقها جزءا لا يتجزأ من حقوق الإنسان.

أبدت منظمة الأمم المتحدة اهتمامًا بوضعية النساء وعملت جاهدةً على حمايتهن وترقيتهن، إذ تشبّثت عبر السنين بالدفاع عن مبدأ المساواة بين الجنسين، الذي يتضمن المساواة في الكرامة والقيمة بين كل البشر، وذلك عن طريق تنظيم الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بوجه عام والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المرأة بوجه خاص، وعقد المؤتمرات والندوات وإنشاء لجان دولية تهتم بوضعية المرأة.

فيشير ميثاق المنظمة صراحة في ديباجته إلى أن شعوب الأمم قد أقرت: "الإعلان من جديد، إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان، في كرامة وقيمة الشخص الإنساني، وفي مساواة حقوق الرجال والنساء، والأمم كبيرة وصغيرة"[1].

1 – انظر، ديباجة ميثاق الأمم المتحدة، الفقرة 02، على موقع الأمم المتحدة: https://www.un.org/fr/.

وبمفهوم المواد 13، 55، 76[1] من الميثاق تلتزم الأمم المتحدة بتسهيل ممارسة الحقوق والحريات الأساسية للجميع، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، حيث اعتبر الميثاق أن مبدأ المساواة هو هدفه الأساسي.

أصدرت على هذا الأساس الأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948[2] الذي أكد على مبدأ المساواة دون تمييز بين الناس جميعًا في المواد 02، 07، 16، 25.

كما أنشأت هذه المنظمة "لجنة مركز المرأة" عام 1946[3] وأعدت هذه الأخيرة فيما بين سنتي 1949 و1963 عددًا من المعاهدات، من بينها اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة في عام 1952[4] واتفاقية جنسية المرأة المتزوجة سنة 1957[5]، واتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج في عام 1962[6]، وهي اتفاقيات حمت وعززت حقوق المرأة في مجالات رأت اللجنة أن تلك الحقوق تعاني من هشاشة شديدة.

زيادة على ذلك أبرمت العديد من المعاهدات التي تهتم بحقوق الإنسان بصفةٍ عامةٍ، التي أشارت إلى ضرورة تمتع النساء بجميع الحقوق والحريات المنصوص عليها بشكلٍ عادلٍ

---

1 – انظر، المواد 13، 55 و76 من ميثاق الأمم المتحدة، المرجع السابق.

2 – وافقت عليه الجزائر بموجب دستور عام 1963، المؤرخ في 08 سبتمبر 1963، ج. ر.ج.ج، العدد 64، الصادر في 10 سبتمبر 1963، إذ جاء في نص المادة 11 منه ما يلي: "توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان...".

3 – تأسست لجنة مركز المرأة في عام 1946 كلجنة متفرعة عن لجنة حقوق الإنسان نتيجة ضغوط الناشطات في مجال حقوق النساء من مختلف دول العالم ولضمان نفاذ هذه الحقوق من منظور النوع الاجتماعي.
يعبر عن هذه اللجنة باللغة الإنجليزية كما يلي: Commission on the Statue of Women (CSW).

4 – اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق السياسية للمرأة في تاريخ 20 ديسمبر 1952، دخلت حيز النفاذ في تاريخ 07 جويلية 1954، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-126، المؤرخ في 19 أفريل 2004، ج.ر.ج.ج، العدد 26، الصادر في 25 أفريل 2004.

5 – اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة في 29 جانفي 1957 ودخلت حيز النفاذ في تاريخ 11 أوت 1958.

6 – اعتمدت اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 07 نوفمبر 1964، دخلت حيز النفاذ في تاريخ 9 ديسمبر 1964، ولم تصادق الجزائر عليها.

ومتساوٍ، إذ كانت تحظر التمييز ضد المرأة والتمييز على أساس الجنس في معرض دفاعها عن حقوق الإنسان، وأهمها العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[1] اللذين يحظران التمييز بسبب الجنس، ويلزمان الدول باتخاذ تدابير لضمان المساواة بين الجنسين.

لكن رغم ما احتوته الاتفاقيات المذكورة أعلاه من تأكيدات واضحة، ونصوص لا لبس فيها، حول المساواة بين الرجل والمرأة وحظر كافة أشكال التمييز، إلا أن التمييز والظلم والاضطهاد، استمر ضدها على المستوى العالمي، هذا ما دفع الجمعية العامة للأمم المتحدة لإصدار قرارها رقم 1921 في عام 1963[2] مطالبة فيه المجلس الاقتصادي والاجتماعي بدعوة "لجنة مركز المرأة" لإعداد آلية دولية واحدة تقر وتبين تساوي الرجل والمرأة في الحقوق. وقد لقيت هذه الدعوة مساندة وتأييد الناشطات من النساء، سواءً داخل أو خارج نظام الأمم المتحدة.

شرعت هذه اللجنة في سنة 1965 في العمل على صياغة إعلان خاص بالقضاء على التمييز ضد المرأة، والذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 07 نوفمبر 1967.

غير أن هذا الإعلان لم يخرج من كونه إعلانا ذا مضمون أخلاقي وسياسي في المقام الأول، وخال من الالتزامات الاتفاقية، فإن صياغته واجهت العديد من الصعوبات والعراقيل، كما أنه لم يحظ بموافقة عدد كبير من الدول وبالخصوص دول العالم الثالث التي حاولت تجاهله للتحلل من التزاماتها. وهو ما دفع بمنظمة الأمم المتحدة إلى اعتماد سنة دولية للمرأة بداية سبتمبر من سنة 1972 تحت شعار مساواة–تنمية–سلام، في محاولة منها للفت نظر المجتمع الدولي لهذه القضية، ومع أهمية القضية أصبحت السنة عقدًا كاملاً للمرأة.

---

1 – اعتمدا العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعرضا للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د–21)، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، دخل العهد الأول حيز النفاذ في تاريخ 03 فيفري 1976، بينما دخل العهد الثاني حيز النفاذ في تاريخ 23 مارس من السنة نفسها، صادقت عليهما الجزائر مع إعلانات تفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89–67، المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج.ج، العدد 20، الصادر في 17 ماي 1989.

2 – انظر وثيقة الأمم المتحدة، رقم: A/RES/1921(XVIII).

ومن هنا كان لابد من التنبه لواجب إعداد اتفاقية تمنح الإعلان قوة ملزمة توجب احترامه وتنفيذه بحسن نية من قبل الدول المنضمة إليه.

لقد بدأت مجموعة العمل في لجنة مركز المرأة بوضع بنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وفقًا لخطة العمل العالمية لتطبيق أهداف اليوم العالمي للمرأة، الذي عقد في المكسيك سنة 1975[1]، فخرج عنه توصية بإبرام اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة وتزويدها بآليات وإجراءات فعالة لتطبيقها. وقد وافقت 130 دولة في عام 1979 على الاتفاقية مع امتناع 10 دول عن التصويت. وتبنتها الجمعية العامة وفقًا لقرارها 180/34 المؤرخ في 28 ديسمبر 1979[2].

أقيم احتفالا خاصا سنة 1980 في كوبنهاجن أثناء انعقاد المؤتمر العالمي لمنتصف عقد الأمم المتحدة للمرأة[3]، وقعت مجموعة أخرى من الدول على اتفاقية سيداو بينما قدمت دولتان وثائق تصديقها عليها. وفي 03 سبتمبر 1981 دخلت حيز النفاذ بعد أن وصلت النصاب القانوني المشترط في نصوصها وهو تصديق 20 دولة.

فانتقل القانون الدولي في مجال حقوق المرأة من النظر إليها على أنها تحتاج حماية خاصة ومعاملة تفضيلية، إلى فكرة المساواة بين الرجل والمرأة مساواة تامة.

تمثل هذه الاتفاقية منعطفًا هامًا، وتغييرًا عميقًا وحقيقيًا في حماية حقوق المرأة ووضعها موضع التنفيذ واقعًا وممارسةً، وتأتي أهميتها في كونها وضعت قضايا المرأة ضمن أهداف الأمم المتحدة وفي قائمة أولوياتها.

---

1 – انعقد المؤتمر العالمي الأول في عاصمة المكسيك (مكسيكو) في الفترة ما بين 19 جوان إلى 02 جويلية 1975 برعاية الأمم المتحدة، الذي جاء في زخم الحركة النسائية الدولية خلال السبعينات، فتكاثفت فيه الجهود الدولية الرامية إلى تحقيق المساواة بين الجنسين، وتعزيز مشاركة النساء في مساعي التنمية، انظر: تقرير المؤتمر العالمي للسنة الدولية للمرأة، مكسيكو، 1975، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم: E.76.IV.1.

2 – انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/RES/34/180.

3 – عقدت الأمم المتحدة المؤتمر العالمي الثاني للمرأة في كوبنهاجن بالدانمرك تحت شعار (المساواة – التنمية – السلام)، ما بين 14 إلى 30 أوت 1980، دعا المؤتمر إلى اتخاذ التدابير الوطنية من قِبل جميع الدول لضمان ملكية وتحكم المرأة في ممتلكاتها وسيطرتها عليها، وإدخال تحسيناتٍ في مجال حقوق المرأة فيما يتعلق بالميراث وحضانة الأطفال، بالإضافة إلى تقييم ما تم تحقيقه من برنامج النصف الأول للعقد الدولي للمرأة، انظر: تقرير المؤتمر العالمي لعقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة والتنمية والسلم، كوبنهاجن، 1980، الوثيقة رقم: A.80.IV.1.

كما توضح هذه الاتفاقية معنى المساواة بين الجنسين وكيفية تحقيقها، وهي إذ تؤدي هذا الدور فإنها لا تقر وثيقةً دوليةً لحقوق المرأة، فحسب، بل أصبحت جزءً من القانون الدولي لحقوق الإنسان، عالجت الأحداث للوصول إلى تغييرٍ حقيقيٍ في أوضاع المرأة ووضعت الحلول والإجراءات الواجب اتخاذها من قبل الدول الأطراف التي صادقت على الاتفاقية.

وترتبط نصوص هذه الاتفاقية بحقوق المرأة وحدها بصفة انفراديةٍ وحصريةٍ، وذلك دون التعرض إلى الرجل أو الطفل وإلى الأسرة في عنوانها، مما يدل على اهتمام المجتمع الدولي بالمرأة وحقوقها في مواجهة الرجل والأسرة والمجتمع الداخلي. وذلك على الرغم من الارتباط الوثيق الذي لا ينفصل بين حقوق المرأة، والطفل، والأسرة مجتمعةً بما فيها الرجل بطبيعة الحال.

يبدو من موضوع الاتفاقية أن هناك مسبباتٍ قانونيةٍ لتلك التسمية الحصريّة، وأن هناك من الدول من تقيم علاقة تمييزية بين المرأة والرجل في بعض الحقوق والواجبات، الأمر الذي يحاول المجتمع الدولي إصلاحه من خلال إقرار مبدأ المساواة بين المرأة والرجل على حد سواء، ومن خلال التزام الدول بأحكام ومبادئ اتفاقية منع التمييز ضد المرأة.

إلا أنه بعد أكثر من 38 سنة من دخول الاتفاقية حيز النفاذ، لا يزال الاعتراف بالحقوق المتساوية مع الرجل والتمتع بها صعب المنال بالنسبة للنساء في أجزاءٍ كثيرةٍ من العالم.

فعلى مستوى المنطقة العربية، ورغم الاختلافات بين الدول على شتى الأصعدة، توحدت هذه الدول في طريقة تعاملها مع اتفاقية سيداو[1] وإن كانت هذه الطريقة تنطوي على مفارقةٍ. فمن ناحيةٍ، تسارعت وتيرة تصديق الدول العربية على الاتفاقية إذ أصبحت معظم الدول العربية طرفًا فيها، وبالمقابل، لم تتوان هذه الأخيرة عن حشد ما أمكن من استراتيجيات لإضعاف تنفيذ هذه الاتفاقية، ومن أهم هذه الاستراتيجيات وضع تحفظات على بعض المواد في الاتفاقية، والملفت للانتباه أن عددًا من الدول، كمصر على سبيل المثال، كانت قد

1 – جاءت تسمية "سيداو" "cedaw" اختصار لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة باللغة الانجليزية، وهو المصطلح الذي سيتم استخدامه في هذه الأطروحة.

اضطلعت بدورٍ هامٍ في صياغة هذه الاتفاقية، ورغم ذلك فقد تحفظت على موادٍ أساسيةٍ فيها.

فتعتبر التحفظات وسيلة تلجأ إليها الدول بغية استبعاد الأثر القانوني أو تعديل عدد من الأحكام الواردة في معاهدةٍ دوليةٍ في مواجهتها، وذلك عند توقيعها وتصديقها وانضمامها أو قبولها لهذه المعاهدة.

تتمتع التحفظات بمزايا عملية خصوصًا بالنسبة إلى الدول التي تؤكد أنها تعاني من صعوباتٍ في ضمان جميع الحقوق المعلنة والواردة في المعاهدة، إذ تسمح لها بقبول معظم الحقوق، وتيسر على الدول جعل تشريعاتها الداخلية منسجمةً مع أحكام هذه المعاهدة.

فذهب فقهاء القانون الدولي إلى اعتبار التحفظ على المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف ضرورة ملحة في وقتنا الحاضر ويعد أكثر إلحاحًا من ذي قبل، كما أن العمل الدولي الحديث أوجد مجموعة من الاتفاقيات الجماعية التي لها، كما نعلم، دورًا فعالاً ومهمًا في تحقيق التوافق والتناسق بين الأمم والشعوب، من خلال الأحكام الموحدة التي تطبق في هذا المجال أو ذاك، ولا يكون هذا الدور فعالًا إلا إذا عبرت المعاهدات تعبيرًا صريحًا واضحًا وصادقًا عن واقع المجتمع الدولي المكون من وحدات سياسية متعددة، تختلف قيمتها ومبادئها وفلسفتها وتتعارض في غالب الأحيان مع مصالحها وأهدافها، مما جعل اللجوء إلى التحفظ على المعاهدة من قبل تلك الدول في الحالات التي تقبل الالتزام ببعض أحكامها أمراً ضروريًا، وبذلك يكون التحفظ طريقة متاحة للتغلب على العقبات التي قد تواجه العمل الدولي المشترك، وفي الوقت نفسه لا ينقص من قيمة المعاهدة الدولية باعتبارها الوسيلة الأهم التي تحكم العلاقات بين الدول كما لا يتناقض مع الغاية المرجوة منها، فيضمن عدم استبعاد الدولة الراغبة بالتحفظ.

غير أنه للتحفظ سلبيات متعددة، إذ أنه ينال من وحدة المعاهدات وتكاملها، فتجد الدول التي تقوم باللجوء إلى التحفظ نفسها في وضعٍ مختلفٍ عن الدول الأطراف في المعاهدة، وذلك من حيث الالتزامات، وهو بذلك يشكل انحرافًا عن المجرى العام أو التنظيم العام الذي جاءت به المعاهدة، بقصد تحديد الآثار والالتزامات التي سوف تتحملها الدولة عند دخول المعاهدة حيز النفاذ في مواجهتها.

كما تثار مشكلة بصفة أساسية عندما نكون أمام معاهدة جماعية قننت بعض القواعد القانونية وتمثل تقدما مطردًا للقانون الدولي – خاصة في مجال حقوق الإنسان –، وإن السماح بالتحفظ عليها يعرقل التقدم المطرد للقانون الدولي ويضعف من هيبة المعاهدة، التي احتوت على هذه القواعد الجديدة. ولكن على الرغم من خطر التحفظ والمشاكل التي يولدها، فهو يبقى ذو فائدة مؤكدة، فإذا كان يضر بوحدة المعاهدة المقننة للقواعد الدولية فهو يساهم في عالميتها.

وإسقاطا على ما سبق، فإن اتفاقية سيداو، على اعتبارها من بين أهم الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، فإنها تقبل تحفظات الدول، وذلك يرجع زيادة على الأسباب العامة السالفة الذكر أسباب خاصة تتعلق بهذه الاتفاقية، نذكر منها كون مؤسسي الاتفاقية على علم قطعي بأن محتواها جد حساس ويمس بطريقة مباشرة بالمعتقدات والمكونات الأساسية للأمم والشعوب، وأن أغلب قوانين الدول المنظمة لحقوق المرأة مليئة بالأحكام المختلفة بخصوص مركز المرأة.

فأجازت اتفاقية سيداو للدول إبداء تحفظات على المواد التي لا تشكل هدف وموضوع الاتفاقية، على إمكانية سحبها مستقبلاً، وهذا طبقًا لنص المادة 28 الفقرتين 02 و03[1] منها.

ونظرا لأهمية موضوع هذه الاتفاقية على المستوى الدولي، باعتبارها الوثيقة الدولية الوحيدة التي نصت وبشكل دقيق على كافة الحقوق الفردية للنساء وحددتها في إطار النظام الدولي لحقوق الإنسان، محاولة تحقيق المساواة المطلقة بين النساء والرجال على أرض الواقع وفي كل المجالات، فهي من أكثر الاتفاقيات عضوية في تاريخ الأمم المتحدة، إذ بلغ عدد الدول التي انضمت إلى هذه الاتفاقية 191 دولة ومنها 18 دولة عربية، في الوقت الذي رفضت بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية التصديق عليها، الأمر الذي أثار استغراب عدد من الجهات الحقوقية، بما أن هذه الدولة تقدم نفسها للعالم على أنها راعية

1 – تنص المادة 28 الفقرتين 02 و03 من اتفاقية سيداو على ما يلي: "... 2 – لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها.

3 – يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة...".

لحقوق الإنسان وداعمة للمساواة ولحقوق المرأة.

اهتمت الجزائر على غرار هذه الدول بموضوع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فقامت بالمصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-03 والمؤرخ في 22 جانفي 1996[1]، وذلك بعد مشاركتها في المؤتمر الدولي الرابع حول المرأة ببكين[2]، ولكن مع إبداء التحفظ على بعض بنودها.

تكمن مشكلة التحفظات التي أبدتها الجزائر تجاه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الموازنة بين مصالحها وحماية حقوق المرأة، إذ انطلاقًا من هذه المصلحة، تسعى لتوسيع حقها إلى أقصى حدٍ ممكن في إبداء التحفظات، إلا أن هذه الحرية ستكون مقّيدةً دون مناصٍ وبحاجةٍ ملحةٍ لتحقيق غرض مشروع ، وهو الحفاظ على موضوع الاتفاقية وهدفها.

أمام هذا الوضع الذي يعطي للدولة حق إبداء التحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال **التمييز ضد المرأة نتساءل عن مدى تحقيق التوازن بين تحفظات الجزائر على بعض بنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمحافظة على موضوع الاتفاقية وغرضها؟**

إنّ تشعب موضوع الدراسة يؤدي إلى البحث في النصوص ذات العلاقة بموضوع التحفظ في الاتفاقيات الدولية، وتلك الواردة في اتفاقية سيداو للوصول إلى تحديد القيود القانونية الواردة على حق التحفظ في الاتفاقيات الدولية، وكذلك دراسة أحكام اتفاقية سيداو واستنباط موضوع وهدف هذه الاتفاقية، ومن ثم ربطه بالأحكام التي تحفظت عليها الجزائر فيسهل هذا توضيح القيمة القانونية لهذه التحفظات، خاصة في مناقشة الانتقادات الموجه

1 – المرسوم الرئاسي رقم 96-03، المؤرخ في 22 جانفي 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 03، الصادر في 14 جانفي 1996.

2 – عُقد المؤتمر العالمي الرابع للمرأة في بكين عاصمة الصين ما بين 04 إلى 15 سبتمبر 1995، تحت شعار "العمل من أجل المساواة والتّنمية والسلام"، وصدرت عنه وثيقة بكين بعنوان "منهاج عمل بكين"، ويعتبر من أكبر المؤتمرات التي عقدتها الأمم المتحدة، وشاركت في هذا المؤتمر 189 حكومة و270 منظمة غير حكومية، ولقد صادقت 179 دولة على منهاج عمل بكين والذي يدعو الدول للتدخل في 12 محور اهتمام يؤثر على وضع النساء من أجل تحقيق المساواة على مستوى اتخاذ القرار الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي ووضعت الوثيقة الاستراتيجيات والآليات لتطبيق وتفعيل اتفاقية سيداو ولمتابعة تطبيق وثيقة بكين، انظر، النص الكامل لمنهاج عمل بكين لسنة 1995، على الموقع التالي:

https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/BeijingDeclPl.html

لها في الإطار الدولي، وتحليل وعرض أسباب تمسك الجزائر ببعض تحفظاتها على الاتفاقية، بينما تخلت عن بعض منها. وعليه، ارتأينا أن نستعين في هذه الدراسة بالمنهج الوصفي والتحليلي، بالإضافة إلى مناهج أخرى كالمنهج المقارن وذلك للمقارنة بين مضمون تحفظات الجزائر وتحفظات بعض الدول الإسلامية، لبيان إن كان موقفها من الاتفاقية موحدا أم لا.

فاستوجبت الإجابة عن الإشكالية المذكورة سابقا الاستعانة بالنصوص القانونية الدولية الأخرى التي سبقت دخول اتفاقية سيداو حيز النفاذ، لتحليلها وإجراء المقارنة بينها في خصوص حق الدول في إبداء التحفظات على اتفاقية ما، أين يتم استعراض القيود القانونية الواردة على حق الدول في التحفظ في ظل تحقيق موضوع الاتفاقية وهدفها (الباب الأول)، بعدها تقييم تحفظات الجزائر على الاتفاقية المدعمة بأسباب بررت هذا الموقف (الباب الثاني).

ثم ننهي هذه الدراسة بخاتمة نحاول من خلالها عرض النتائج المتوصل إليها في هذا البحث، نُرفقها بجملة من الاقتراحات المنبثقة من بعض الملاحظات التي برزت من خلال معالجة الموضوع.

الباب الأول

القيود القانونية الواردة على حق التحفظ في ظل تحقيق هدف وموضوع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

إن القاعدة العامة في القانون الدولي أن التحفظ على المعاهدات الدولية حقًا من الحقوق المشروعة للدول أثناء التوقيع أو التصديق أو الانضمام إلى المعاهدة، باعتبار أن التحفظ هو مظهر من مظاهر سيادة واستقلال الدول، إذ أنها تتمتع بالحرية في تحديد التزاماتها الدولية الخارجية.

تعتبر فكرة السيادة الأساس الذي تستند إليه الدولة في إجراء التصرفات القانونية، ومؤدى هذه النظرية أن لكل دولة استنادًا إلى مبدأ السيادة حقا لا ينازعها عليه منازع أن تبدي تحفظات على أية معاهدة دولية، ويصبح من نتائج ذلك التحفظ سريان أحكام المعاهدة على الدولة صاحبة التحفظ في علاقتها مع أطراف المعاهدة الآخرين باستثناء الشق الذي أبدت تحفظها بصدده.

غير أن الأخذ بالسيادة المطلقة أمر لا يمكن أن يحقق النتائج المتوخاة من المعاهدات الدولية، ويجعل إرادة الدول في الالتزام لا معنى لها، ومن ثم إفراغ المعاهدات من مضمونها.

وعليه لم يجعل القانون الدولي هذا الحق حقًا مطلقًا بل جعل له ضوابط وقيودا وقواعد معينة حتى تتمكن الدول الأطراف في المعاهدة من استغلاله استغلالا أمثل وبشكل لا يؤدي إلى الإضرار بالغير من جهة، ولا بأصل المعاهدة من جهة أخرى، وحماية لمصلحة وسيادة كل طرف، ورغم أن الدول لم تتفق اتفاقًا تامًا على وضع ضوابط وأسس موحدة للتحفظ على المعاهدات، على اعتبار اختلاف مصالح كل دولة عن مصالح الدول الأخرى، إلا أن القانون الدولي وضع قواعد عامة للتحفظ وذلك بغرض تمكين أطراف المعاهدة من استثناء أي بند من بنودها قد يضر بها أو ينتقص من سيادتها أو لا يتماشى مع مصالحها وتوجهاتها وظروفها الداخلية، لأنها بمجرد توقيعها على المعاهدة ومصادقتها تصبح قانونا داخليا يكتسي صفة الإلزام لها ولرعاياها.

لقد عبرت المادة 19 الفقرة فرعية (ج) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام 1969[1] عن هذه الفكرة، إذ أجازت للدول إبداء تحفظات على أحكام المعاهدات الدولية، وفي مراحل

1 – اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 05 ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 06 ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في=

معينة من مراحل إبرامها، مع تقييده بمجموعة من الشروط الشكلية الواجب توافرها عند ممارسة تلك الرخصة، كما أن إعمال تلك الشروط لم يحول دون وجود مجموعة من الشروط الموضوعية، والتي سنركز على أهمها وهي شرط توافق التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها الذي أخذت به مختلف الاتفاقيات الدولية ومن بينها اتفاقية سيداو وذلك للحد من كثرة التحفظات، إذ اعتبرته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المذكورة أعلاه شرطًا احتياطيًا، لأنه لا يتدخل إلا خارج الفرضيات التي تناولتها الفقرتان 02 و03 من المادة 20 الواردة في هذه الاتفاقية[1]، وفي الحالة التي لا تنظم فيها المعاهدة نفسها مآل التحفظات، فتستطيع بذلك كافة الأطراف إعلان ما تريد من التحفظات بشرط عدم تعارضها مع موضوع المعاهدة والهدف منها، والغاية من ذلك هي الحد من اندفاع الأطراف نحو ممارسة هذا الحق مما قد يؤدي إلى إفشال المعاهدة وضياع الغاية المرجوة منها (الفصل الأول).

ثم إن أهمية شرط توافق التحفظ مع هدف الاتفاقية وموضوعها في اتفاقية سيداو التي أجازته في نص مادتها 28 الفقرتين 02 و03 سواء عند التوقيع أو التصديق أو الانضمام، يتطلب دراسة وتحليل مضمون هذه الاتفاقية لاستخلاص وفهم موضوعها وهدفها، خاصة وأنها تحث على تحقيق المساواة بين الجنسين بداية من ديباجتها وصولا إلى المادة 16، ومن خلالها يستوجب الأمر تحديد مواد معينة يمكن اعتبارها نواة هذه الاتفاقية أم أن كل هذه المواد تشكل هدف الاتفاقية وموضوعها، كما أن تحديد هدف وموضوع الاتفاقية يعتبر أساسا لتقدير التحفظات الواردة عليها، خاصة مع تزايد عدد الدول التي صادقت عليها مع إعلان تحفظات على بعض موادها (الفصل الثاني).

=فيينا خلال الفترة من 26 مارس إلى 24 ماي 1968 وخلال الفترة من 09 أبريل إلى 22 ماي 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 ماي 1969 وعرضت للتوقيع في 23 ماي 1969 ودخلت حيز النفاذ في تاريخ 27 جانفي 1980. انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-222، المؤرخ في 13 أكتوبر 1987، ج.ر.ج.ج العدد 42، الصادر في 14 أكتوبر 1987، انظر: مضمون تحفظات الجزائر على هذه الاتفاقية على الموقع التالي: https://treaties.un.org.

1 – انظر: المادة 20 الفقرتان 02 و03 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

الفصل الأول

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الدول في التحفظ على المعاهدات الدولية

التحفظ وسيلة متاحة لكل دولةٍ لاستثناء بندٍ أو أكثر من الاتفاق من التزامها، أو تغيير المفعول القانوني لبعض مقتضيات المعاهدة في تطبيقها على هذه الدولة.

ربما يفهم من عرض مضمون المادة 02 الفقرة 01/د والمادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969[1]، أن التحفظ تعبير حر ومطلق عن الإرادة إما بالنظر إلى وسيلة الارتباط بالمعاهدة أو اتجاه ترتيباتها ومفعولها القانوني. إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة، إذ أن حق التحفظ ليس دائمًا حقًا مطلقًا، بل تقيده مجموعة من الشروط لكي يؤتي ثماره القانونية.

ولقد تم استنتاج هذه الشروط من مجمل أحكام النظام المرن الذي جاءت به اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، حيث أنه لم يتم ذكرها في مادة واحدة.

فلكي تكون التحفظات على الاتفاقيات الدولية صحيحةً لابد من توافر شروطٍ قانونيةٍ محددة واردة في بعض أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المذكورة أعلاه، كما أن بعض الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان نصت على شروط خاصة للتحفظ، والتي تختلف عن تلك الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، وتظهر بصورة جلية في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، والتي تعتبر نموذجا للاتفاقيات الدولية التي أفردت للتحفظات شروطًا خاصة، بشكل أكثر اتساعًا من أيّ اتفاقية أخرى والتي يتوجب مراعاتها عند التحفظ.

وتتمثل هذه الشروط في شروطٍ شكلية وهي شروط خارجة عن جوهر التحفظ ولكن لابد من مراعاتها لكي ينتج التحفظ آثاره (المبحث الأول)، وفي شروطٍ موضوعيةٍ ومن أهمها شرط توافق التحفظ مع موضوع الاتفاقية وهدفها، الذي يعتبر المعيار الأساسي في الاتفاقيات الدولية لتقدير قانونية التحفظات الواردة عليها على الرغم من الانتقادات الموجهة إليه، هذا لأن نصوص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 يلفها كثيرا من الغموض في هذا الخصوص، الأمر الذي جعل أغلب فقهاء القانون الدولي يصفون موضوع التحفظ

---

1 – انظر: المادتين 02 و19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

على المعاهدات الدولية بكونه الأكثر تعقيداً وإثارة للجدل، وهو ما نحاول دراسته وتحليله لعرض ما توصل إليه الفقه والقضاء في هذا الموضوع، وكذلك لجنة القانون الدولي التي كان لها أيضًا دورًا لا ينكر في تفسير وتوضيح بعض المسائل والأحكام الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والمتعلقة بالتحفظ (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القيود الشكلية لإبداء التحفظات على المعاهدات الدولية

تكاد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 تخلو من شروطٍ شكليةٍ للتحفظ بالمعنى الدقيق، باستثناء ما ورد في نص المادة 23 منها[1]، التي يعتبرها أغلبية الفقهاء إجراءات التحفظ، في حين لم يرد أي إشارة للشروط الشكلية فيما يخص موضوع التحفظ في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان والتي من بينها اتفاقية سيداو، إلا في المادة 57 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، ولعل سبب ذلك يعود إلى الاعتماد على الشروط الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، أو اقتصار هذه الاتفاقيات على ذكر الشروط الموضوعية دون الشكلية، وهذا هو حال اتفاقية سيداو.

وعلى ذلك نستعين بالشروط الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي تعتبر شروطًا عامةً وأساسيةً في كل الاتفاقيات الدولية، إذ تتمثل في شرط إبداء التحفظ كتابيًا عند الارتضاء بأحكام المعاهدة (المطلب الأول)، وشرط إبداء تحفظٍ يتعلق بنصٍ محددٍ في الاتفاقية (المطلب الثاني)، كما سنتعرض إلى الشروط الشكلية الأخرى الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 باعتبارها مُهّمةً في هذا المجال (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إبداء التحفظ كتابيًا عند الارتضاء بأحكام المعاهدة

يستلزم تطبيق مبدأي حسن النية ومبدأ إنماء العلاقات الدولية الودية بين الدول ضرورة أن يكون إبداء الدول لتحفظاتها كتابيًا وصريحًا، إذ نصت المادة 23 فقرة 01 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أنّه: " ***يجب أن يوضع التحفظ... كتابةً،...***". يفهم من

1 – انظر: المادة 23 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

فحوى هذه المادة أن التحفظ يجب أن يكون مكتوبًا في وثيقةٍ خاصةٍ قد يتنوع شكلها تبعًا للوقت الذي يتم فيه إبداء التحفظ، ولقد أثير في هذه المسألة موضوع التحفظات الضمنية الذي يستدعي الأمر توضيحه (الفرع الأول)، كما حصرت المادة 02 الفقرة01/د من الاتفاقية السالفة الذكر إبداء التحفظ بتوقيت زمني معين (الفرع الثاني)، ومن ثم عرض الكيفية التي عالج بها القضاء والفقه مفهوم توقيت التحفظ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إبداء التحفظ كتابيًا ومسألة التحفظ الضمني

يفيد مبدأ "حسن النية" في مجال القانون الدولي، أنه بعد التوقيع على المعاهدة، وقبل تنفيذها، يجب على الدول الأطراف أن تمتنع عن كل تصرفٍ من شأنه إلحاق الضرر بالمعاهدة والتقليل من أثر بنودها، وقد جسد هذا المبدأ في ميثاق الأمم المتحدة، 1945، وذلك في المادة 02 فقرة 02 منه والتي توجب على الدول الأعضاء القيام بحسن نية بالالتزامات التي أخذوها على أنفسهم بهذا الميثاق، وقد دونت هذا المبدأ نص المادة 18 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

إذن من الأساسي إبداء التحفظ كتابةً حتى يتأتى للوديع تسجيلها والإشعار بها[1]، بحيث تصبح كل الدول المهتمة على علمٍ بها، فلا يمكن التصرف بناءً على تحفظٍ لم يبلغ عنه، ولن يكون بإمكان الدول الأخرى أن تعبّر صراحةً عن قبولها لمثل هذا التحفظ أو اعتراضها عليه.

فعلى الرغم من أن الشرط الشكلي المتمثل في الكتابة غير مدرجٍ في تعريف التحفظات نفسها، وأن كلمة "إعلان" الواردة فيه تحيل إلى الشكل الكتابي كما تحيل إلى

1 – نصت المادة 78 الفقرة 01/ز من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أنه: "من وظائف الوديع تسجيل المعاهدة لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة"، كما نصت في المادة 05/79 على أنه: "يتم إخطار الأمانة العامة للهيئة بتصحيح أي معاهدة يتم تسجيلها"، ونصت كذلك في المادة 80 على أنه: "تحال المعاهدات بعد دخولها دور النفاذ إلى الأمانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها أو قيدها وحفظها وفقا لكل حالة على حدة ونشرها".

الشكل الشفوي، فإنه لم يسبق أن كان هذا الشرط موضع شكٍ خلال الأعمال التحضيرية لاتفاقية فيينا[1].

إذا كانت صيغة التحفظ قد عُدلت من حيث الشكل، فإن أيًا من اللجنة أو مؤتمر فيينا المعقود عامي 1968 – 1969 لم يضع موضع التّساؤل، في أية لحظة من اللّحظات، شرط الشّكل الكتابي، فإنّ الأعمال التحضيّرية تبّين وجود إجماعٍ واضحٍ في هذا الشأن[2].

رغم أن شرط تقديمها كتابةً غير مدرج في تعريفها نفسه، فإنه يبدو، استنادًا إلى أحكام الفقرة 01 من المادة 23 من اتفاقية فيينا لعام 1969 أنه شرطًا مطلقًا.

كما يجب أن يكون التحفظ صريحًا وقاطعًا، فلا يتصور أن يكون التحفظ ضمنيًا أو مفترضًا، ولكن البعض يرى أن التحفظ يمكن أن يكون ضمنيًا، وهذا الاتجاه يزعمه بعض قضاة محكمة العدل الدولية في آرائهم المخالفة التي ألحقوها بالحكم الصادر في قضية حضانة الطفلة "ماري إليزابيت بول" "Marie Elisabeth Boll" أمام محكمة العدل الدولية في سنة 1957[3]، مستندين في ذلك إلى أن تصديق الدول على هذه الاتفاقية هو تصديق مقرون بتحفظ ضمني وهو عدم مخالفة النظام العام الداخلي لكل دولة.

---

1 – لجنة القانون الدولي، الدورة 63، نص دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات على المعاهدات، 2011، وثيقة رقم: A/66/10/Add.1، ص 177.

2 – المرجع نفسه، ص 180.

3 – يتعلق الأمر هنا بقضية حضانة الطفلة "ماري إليزابيت بول" "Marie Elisabeth Boll"، بين هولندا والسويد سنة 1956، علما بأن هاتين الدولتين طرفا في اتفاقية لاهاي لعام 1902، التي تنص صراحةً على أن حضانة الأطفال سوف يحكمها القانون الوطني للطفل. تدور هذه القضية حول اكتساب والد الطفلة هولندية حضانتها مع آخرون معينون وفقا للقانون الهولندي. وعلى أية حالٍ فإن الطفلة كانت تعيش مع بعض أقاربها السويديين طبقًا لقانون رفاهيّة الأطفال، ولذلك استبعد والد هذه الطفلة ووليها المعين من قبل محكمة هولندية من حضانتها. وعندما عرضت القضية على محكمة العدل الدولية فإن أربعةً من القضاة أشاروا إلى أن تطبيق القانون السويدي على الطفلة يعتبر خرقًا لقانون الاتفاقية، ولكن اثنتي عشر قاضيًا حكموا خلافًا لذلك، ومن بين 12 قاضيًا كان هناك ثلاثة، ذهبوا في آرائهم الفردية إلى القول بأن تصرف السلطات السويدية كان مطابقًا لاتفاقية لاهاي لعام 1902 الخاصة بحضانة الطفل، وأسسوا رأيهم على فكرة أن الاتفاقية السابقة كانت تهدف إلى تنظيم حالات تنازع القوانين الخاصة بحضانة=

تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادٍ شديدٍ، إذ يرى الفقيه "همفري والدوك" أنه إذا كان المنطق يؤدي إلى التسليم بأن اتفاقيةً دوليةً مثل اتفاقية لاهاي لعام 1902 السابقة يجب أن تفهم على أنها مقترنةً بتحفظٍ ضمنيٍ خاصٍ بالقانون الداخلي لكل دولةٍ، إلا أن فكرة "النظام العام" تختلف من دولةٍ إلى دولةٍ أخرى، وبالتالي يمكن أن تؤدي إلى توسيعٍ لا نهاية له، وعلى إنهاء القوة الملزمة للاتفاقية الدولية، وتكون النّتيجة سيادة القوانين الدّاخلية على الالتزامات التعاهدية[1].

وهذا يخالف قاعدةً أساسيةً في القانون الدولي التي تنص على أنه لا يجوز للدولة الاحتجاج بقانونها الوطني لكي تتخلص من التزاماتها الدولية، بل عليها أن تعدل تلك القوانين بالشكل الذي يسمح بتنفيذ التزاماتها الدولية، بالإضافة إلى أن فكرة "النظام العام الداخلي" هي فكرة نسبية ومرنة تختلف حسب المكان والزمان، ومن ثم يتعذر حصر القواعد المتعلقة بها سلفًا[2]، بناء عليه فإن الأخذ بها في النظام القانوني الدولي سيؤدي إلى فناء القانون الدولي ذاته.

واستبعاد أن يكون التحفظ ضمنيًا له مبرر آخر، وهو الخروج عن المبادئ المهمة التي تبنى عليها العلاقات الدوليّة، وهو مبدأ "حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية".

وعلى ذلك، فكل طرفٍ من أطراف المعاهدة يحتاج إلى نسخةٍ تكون في يده، حتى إذا نازعه الطرف الأخر في شرطٍ رجع إلى ما في يده، واحتج به على الطرف الآخر، ثمّ الهدف منها التوثق والاحتياط والإثبات، فينبغي أن يكتب على أحوط الوجوه، ويتحرّز فيه من طعن كل طاعنٍ بأن يكتب على وجه لا يكون لأحدٍ فيه الطعن[3].

=الأطفال، ولذا يجب أن يكون تصديق الدول على هذه الاتفاقية، مقرونًا بتحفظٍ ضمنيٍ متعلق بالنظام الداخلي لكل دولةٍ، انظر:

C.I.J, " Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas c./ Suède)", Arrêt du 28 Novembre 1958, Recueil de 1958, p 55, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/affaire/33, consulté le 14-01-2016.

1 – نقلا عن: عبد العزيز محمد السرحان، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة لها طبقا للمبادئ العامة للقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص ص 187 – 188.

2 – انظر، سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 42.

3 – راشد بن عمر العارضى، التحفظ على المعاهدات الدولية في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، دراسة تطبيقية لتحفظات المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 191.

كما يمتد شرط الكتابة ليشمل أيضًا القبول الصريح للتحفظ والاعتراض عليه، وكذلك سحب التحفظ حيث يتعين أن تتم تلك الإجراءات كتابةً.

ولم ينص على الشكل الكتابي في الفقرة 01 من المادة 23 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 فحسب، بل إنه يفرض نفسه أيضًا بحكم الأهمية التي يكتسيها القبول في النظام القانوني للتحفظات على المعاهدات، وفي جوازها وآثارها. ورغم أنّ الاقتراحات المختلفة للمقرّرين الخاصّين لقانون المعاهدات لم يسبق لها أن اشترطت صراحةً الشكل الكتابي للقبول الصريح، فإنه يستفاد من أعمالهم أنّهم دأبوا على اعتبار اشتراط قدرٍ معيّنٍ من الشّكليّة أمرًا مقبولاً.

وهكذا تشترط مختلف اقتراحات ومشاريع "والدوك" أن يرد القبول الصريح في الصك أو بأي طريقةٍ شكليةٍ أخرى ملائمةٍ عند تصديق الدولة المعنّية أو موافقتها على المعاهدة، أو في الحالات الأخرى، بإشعارٍ شكليٍ؛ وهذا ما يتطلب الكتابة في جميع الأحوال.

وفي أعقاب تبسيط وتعديل المواد المتعلقة بالإجراءات وشكل التحفظات، والقبول الصريح والاعتراض، قررت لجنة القانون الدولي إدراج مسألة الشكل الكتابي في الفقرة 01 من مشروع المادة 20 التي أصبحت الفقرة 01 من المادة 23 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ولم تثر مواءمة الأحكام الساريّة على الشّكل الكتابي وعلى إجراءات إبداء التحفظات والاعتراضات والقبول الصّريح أي مناقشة سواء داخل لجنة القانون الدولي أو في مؤتمر فيينا[1].

إذن يصدر التحفظ في شكل إعلانٍ مكتوبٍ يظهر في المعاهدة نفسها، أو تشمل عليه الوثيقة الرسمية التي تقبل الدولة المتحفظة رسميًا المعاهدة الخاضعة للتحفظ كوثيقة التّصديق أو الانضمام، أو يسجل في بروتوكول ملحق بالمعاهدة.

نستنتج أن الطريقة التي تصاغ بها التحفظات في البداية ليست ذات أهميةٍ كبيرةٍ إذا تم تأكيد التحفظات رسميًا وقت التعبير النهائي عن الموافقة على الالتزام. ولا شك أنّه يجب

1 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 181.

تفسير الفقرة 01 من المادة 23 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على هذا النحو، في ضوء الأعمال التحضيرية: فالشكل الكتابي لا يكون ضروريًا إلا عندما يصاغ التحفظ بصفةٍ نهائيةٍ.

الفرع الثاني

توقيت إبداء التحفظ بزمن معين

ينصرف هذا الشرط إلى النطاق الزمني للحق في إبداء التحفظ، وقد حدد هذا النطاق في تعريف التحفظ الوارد في الفقرة 01/د من المادة 02، والمادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، وانحصر في ثلاث أوقات، وهي وقت التوقيع على المعاهدة، أو تصديقها، أو الانضمام إليها[1].

إن فكرة وضع قيودٍ زمنيةٍ لإجراء التحفظ، فرض نفسه لأسبابٍ تطبيقية، ولتفادي أضرار نظام يسمح للأطراف بأن يضعوا تحفظات في أيّ وقتٍ كان، والذي يمس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويجعل الأطراف تتحلل من الالتزامات التعاقدية الملقاة عليهم في أيّ وقتٍ شاءوا فيه.

سنبحث في إبداء التحفظات عند كل مرحلة، إبداء التحفظ في مرحلة التوقيع (أولاً) وإبداء التحفظ في مرحلة الموافقة النهائية على المعاهدة بالتصديق أو الانضمام (ثانيًا).

أولاً – إبداء التحفظ وقت التوقيع على المعاهدة:

عند التوقيع على مشروع المعاهدة يمكن لأي دولةٍ أو منظمةٍ أن تبدى تحفظها على نصٍ أو أكثر[2]. ويكتسب التحفظ هنا أهمّيةً خاصّةً إذا كان التّوقيع يجعل المعاهدة نافذةً

1 – من الناحية النظرية البحتة يمكن القول بأن التحفظ جائز على جميع الاتفاقيات الدولية، ثنائيةً أو جماعيةً، ولكن التحفظ على المعاهدات الثنائية لا يمكن أن يتم إلا عند التوقيع أو عند التصديق عليها، وهنا يكون بمثابة عرضٍ جديدٍ موجهٍ للطرف الآخر الذي له أن يقبله أو يرفضه، ولا يتصور أن يأتي التحفظ بعد ذلك، لأن الاتفاقيات الدولية الثنائية تكون مغلقةً أي لا يجوز الانضمام إليها، انظر، عبد العزيز محمد السرحان، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة لها طبقاً للمبادئ العامة للقانون الدولي، مرجع سابق، ص 182.

2 – من الأمثلة ذلك التحفظ الذي أبدته المملكة المتحدة على المادة 02 من البروتوكول الأول لعام 1952 بشأن إضافة =

ابتداء من هذه اللّحظة، ويتميز بأنه يبعد عنصر المفاجأة عن الأطراف الآخرين. فالكّل حاضر ويعلم بمدى تحفّظات الأطراف الأخرى، خاصّةً إذا كان نفاذ المعاهدة متوقّف على مجّرد إنهاء إجراءات التوقيع.

وعليه أن يتصرف في ضوء ذلك، ويصبح هذا الأسلوب سيئًا إذا ما قُرن بالتّوقيع المؤجل أو أجيز في وقتٍ لاحقٍ بدون تحديد الزمن[1].

إذن لا يمكن إبداء التحفظ قبل التوقيع على المعاهدة، لأن إذا أدرجت ضمن نصوص المعاهدة فقدت صفتها كتحفظات، فأول وقتٍ يمكن فيه إجراء التحفظ هو وقت التّوقيع على المعاهدة، وربما كان أنسب الأوقات لإجراء التحفظات، حتّى يكون الأطراف الآخرون على بينة من الأمر قبل التصديق على المعاهدة وتحمل الالتزامات الواردة فيها[2].

يتعقد هذا الأسلوب عندما يندمج مع التوقيع المؤجل[3]، كتوقيع البند الاختياري للاختصاص القضائي الإلزامي لمحكمة العدل الدولية الدائمة، وطريقة التوقيع بتحفظ،

=حقوقٍ وحريات لم تتضمنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، وكذلك تحفظ تونس عام 1990 على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 عند التوقيع عليها، نقلاً عن: عايد سليمان أحمد المشاقبة، التحفظ على المعاهدات الدولية الجماعية، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2003، ص 35.

1 − IMBERT Pierre- Henri, Les réserves aux traités multilatéraux, Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la cour internationale de justice le 28 Mai 1951, Ed. A.Pedone, Paris, 1979, p 165.

2 − Idem.

3 − إن الغرض من التوقيع المؤجل إعطاء الدول التي شاركت في المفاوضات، ولم يقم مفوضها بالتوقيع على المعاهدة وقت اعتمادها، فسحةً من الوقت، وذلك أملاً في أن تعيد النظر خلال هذه الفسحة في موقفها السلبي هذا وتوقّع على المعاهدة، ولا تقتصر الاستفادة من التوقيع المؤّجل على الدول المتفاوضة، بل يشمل الدول التي لم تشارك في المفاوضات، وتحدّد المدة التي يسمح خلالها بالتوقيع المؤّجل عادة ببضعة شهور، وقد تصل إلى سنة كما هو الحال في المادة 81 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969، أو سنتين كالمادة 30 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، وقد تمتّد إمكانية التوقيع المؤجل إلى حين دخول المعاهدة حيّز النّفاذ، لا يسمح بالتوقيع بعد نهاية المدة المحددة، وإذا أرادت الدولة أن تكون طرفًا في المعاهدة، فلا يمكنها ذلك إلّا عن طريق الانضمام وليس التصديق لأنه لم يسبق لها التوقيع، انظر: محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام، المقدمة والمصادر، مطبعة الرزنا، عمان، 1996، ص 175.

تنطوي في المعاهدات الشّارعة على سيئة كبرى تتجلى في إلغاء المساواة بين الأطراف المتعاقدة، وفي إثارة صعوباتٍ جمةٍ في تفسير المعاهدة والحيلولة دون قيام وحدة في القانون الاتفاقي[1].

ويتم التمييز بين حالتين فيما يخص تأكيد التحفظات التي تبدي عند التوقيع، استنادًا إلى أثر التوقيع على نفاذ المعاهدة:

– الحالة الأولى: حالة نفاذ المعاهدة بمجرد التوقيع عليها، لا يستوجب في هذه الحالة أيّ تأكيدٍ لاحقٍ للتحفظ، ولقد أشار نص المادة 12 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 إلى الحالات التي يعّد فيها التوقيع وسيلة للتّعبير عن الالتزام النهائي بالمعاهدة[2].

– الحالة الثانية: الحالة التي لا يكون فيها للتوقيع الأثر نفسه الذي في الحالة الأولى أيّ أنّ التّوقيع ليس هو الصيغة النهائّية للتعبير عن الارتضاء بالمعاهدة، فيجب على الدولة أو المنظمة الدولية تأكيد تحفظها عندما تعبر عن ارتضائها الالتزام بالمعاهدة.

إذا صيغ التحفظ عند التوقيع على معاهدة رهنًا بالتصديق عليها أو بإقرارها رسميًا أو بقبولها أو بالموافقة عليها، وجب على الدولة أو المنظمة الدولية المتحفظة أن تؤكد هذا التحفظ رسميًا عند إعرابها عن موافقتها على الالتزام بالمعاهدة[3]. وفي هذه الحالة، يُعتبر التحفظ مقدمًا في تاريخ تأكيده[4]، وهذا أمر هام لتنفيذ نص المادة 20 من اتفاقية فيينا لقانون

1 – محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 518.

2 – انظر: نص المادة 12 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

3 – يعود أصل هذا الحكم إلى الاقتراح الذي قدمه السير "هامفري والدوك" في تقريره الأول عن قانون المعاهدات والقاضي بإدراج حكم الفقرة 03/ب من مشروع المادة 17 يستند إلى المبدأ القائل إنه: "يُفترض أن التحفظ قد تم التخلي عنه ما لم يرد تأكيده في صك التصديق"، انظر: حولية القانون الدولي، المجلد الثاني، 1964، الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/1962/Add.1، ص 66.

4 – انظر: المادة 23 الفقرة 02 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

المعاهدات لعام 1969[1].

توجد علاوة على الحالتين المنصوص عليهما في نص المادة 12 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، فرضية أخرى يبدو فيها أنه لا حاجة إلى تأكيد التحفظ الذي يُبدى عند التوقيع:

هذه هي الحالة التي تنص فيها المعاهدة نفسها صراحةً على مثل هذه الإمكانية من دون أن تفرض التّأكيد. فعلى سبيل المثال، نصّت المادة 08 الفقرة 01 من الاتفاقية المتعلقة بخفض حالات تعدد الجنسيات والتزامات الخدمة العسكريّة في حالة تعدد الجنسيات[2] على ما يلي:

"***يجوز لكلّ طرفٍ من الأطراف المتعاقدة، عندما يوقع على هذه المعاهدة أو عندما يودع صّك التّصديق أو القبول أو الانضمام، أن يعلن إبداء تحفظٍ أو أكثر من التحفظات المنصوص عليها في مرفق هذه الاتفاقية***". في مثل هذه الحالة، يبدو أنّ الممارسة لا تستوجب من الطرف الذي يُبدي تحفظًا عند التوقيع أن يؤكد هذا التحفظ حين يعبر عن موافقته النهائية على الالتزام. وهكذا أبدت فرنسا تحفظًا عندما وقعت على هذه الاتفاقية ولم تؤكده لاحقًا[3].

كذلك، لم تؤكد هنغاريا وبولندا تحفظهما على المادة 20 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة[4] التي تنص الفقرة 01 من المادة 28 منها على إمكانية إبداء مثل هذا التحفظ عند التوقيع. كما أن لكسمبورغ

1 – انظر: المادة 20 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

2 – أبرمت الاتفاقية المتعلقة بخفض حالات تعدد الجنسيات والتزامات الخدمة العسكرية في حالة تعدد الجنسيات في إطار مجلس أوروبا في تاريخ 03 ماي 1963.

3 – حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 02، 2001، الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)، ص 235.

4 – اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 46/39، المؤرخ في 10 ديسمبر 1984، دخلت حيز النفاذ في 26 جوان 1987، انضمت إليها الجزائر في تاريخ 16 ماي 1989، ج.ر.ج.ج، العدد 20، الصادر في 17 ماي 1989.

لم تؤكد التحفظ الذي أبدته على الاتفاقية الخاصة بوضع اللاّجئين، ولم تؤكّد إكوادور التحفظ الذي أبدته على اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية؛ بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون والمعاقبة عليها[1].

ثانيًا – إبداء التحفظ وقت الموافقة النهائية بالمعاهدة:

يتم إبداء التحفظ عند الإعراب عن الموافقة النهائية على الارتباط بالمعاهدة بوسيلة التصديق (أ) أو الانضمام (ب).

أ – إبداء التحفظ وقت التصديق:

يشكل الإعراب عن الموافقة النهائية على الارتباط بالمعاهدة بالنسبة للأطراف المتعاقدة، الفرصة الأخيرة – وفي الحقيقة، الفرصة الوحيدة في ضوء اشتراط التأكيد الرّسمي للتحفظات الصّادرة عند التفاوض أو التّوقيع – التّي يجوز فيها إصدار تحفظٍ ما، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك، وهو أمر ممكن دائمًا. وهذه القاعدة التي تعترف بها جميع المؤلفات القانونّية، والتي تستند إلى تعريف التحفظات ذاتها، وكذلك المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، وتحظى باحترامٍ كبيرٍ في الممارسة[2].

يعرف الفقه "التصديق" بأنّه: "قبول الالتزام بالمعاهدة رسميًا من السلطة التي تملك عقد المعاهدات عن الدولة، وهو إجراء جوهري بدونه لا تتقّيد الدولة بالمعاهدة التي وقعّها ممثليها..."[3].

والفرق بينه وبين أي من وسائل التعبير عن الارتضاء الالتزام النهائي بالمعاهدة الأخرى، هو أن التصديق عادةً ما يسبقه التوقيع الابتدائي على الاتفاقية لحين قيام الدولة بالمتطلبات الدستورية الداخلية.

---

1 – أبرمت اتفاقية منع وقمع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون في عام 1973، دخلت حيز النفاذ في 20 فيفري 1977.

2 – IMBERT Pierre-Henri, Les réserves aux traités multilatéraux…, op cit, pp 163 - 164.

3 – علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 544.

التحفظ وقت التصديق هو التحفظ الذي تقرنه الدولة مع وثائق التّصديق المرسلة لدى جهات الإيداع التي تمّ تحديدها في المعاهدة. يستعمل هذا الأسلوب بكثرةٍ في الدول التي يؤدي البرلمان دورًا في قبول التّصديق على المعاهدات، فقد يكون للبرلمان رأيًا في مشروع المعاهدة المعروض عليه للمناقشة يختلف عن رأي ممثل الدولة في المفاوضات، وبالتّالي فإنّ أبسط الأمور له هو أن يقرن الموافقة بالتحفظ على النّص أو أكثر من نصوص المعاهدة، ويمتثل رئيس الدولة لرغبة البرلمان فيقوم بالتصديق مع إبداء التحفظ المرغوب فيه برلمانيًا[1].

ولا شك أن هذه الصورة من التحفظ تشكل إحراجًا مفاجئًا للدول المتعاقدة الأخرى التي تكون قد صادقت على الاتفاقية بدون تحفظٍ، فيكون لهذه الدول أمرين، إمّا القبول بالمعاهدة كما هي، وإمّا رفضها كليّةً إذا ما وجدت أسبابًا دفعتها إلى ذلك، كأن تعتبر التحفظ الذي أبداه أحد الأطراف غير مقبولٍ، أو غير جائزٍ بالنسبة لها[2].

ب – إبداء التحفظ وقت الانضمام:

إذا كانت المعاهدة متعدّدة الأطراف مفتوحةً سواء بصورةٍ كاملةٍ أي لجميع الدّول وبدون استثناءٍ، أو بصورةٍ جزئّيةٍ أي لدولٍ معينةٍ بذاتها، فإنّه يجوز للدولة المعنّية أن تنضّم إليها، ويجوز لها عند انضمامها أن تبدي تحفّظاتٍ، والتحفّظ هنا أشّد خطورةً، لأنّه يتم في وقتٍ تكون فيه المعاهدة نهائّية بين المتعاقدين الأوائل، وقد دخلت حيز النفاذ بينهم، فيضع هؤلاء في حرجٍ ويجعلهم مضطرين لإصدار مذكراتٍ أو تصريحاتٍ تحدّد موقفهم تجاه هذا التحفظ[3].

يعرف "الانضمام" بأنه: "إجراء قانوني تقوم به دولة غير عضوٍ في معاهدة وتصبح بموجبه عضواً فيها"، أو هو "العقد القانوني الذي تخضع بموجبه دولة لأحكام معاهدةٍ لم تكن طرفًا فيها ابتداءً"، واعتبرت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 الانضمام

1 – علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 319.

2 – المرجع نفسه.

3 – المرجع نفسه، ص 320.

إحدى وسائل تعبير الدولة عن ارتضائها الالتزام بالمعاهدة الدولية في نص المادة 15 منها[1].

وفي سياق الحديث عن الانضمام، يفرق الفقه دائمًا بين المعاهدات المقفلة والمعاهدات المفتوحة، فالمعاهدات المقفلة هي التّي لا تتضّمن نصًا يسمح بانضمام الدول الأخرى إليها، أو أنّها تتضمن نصًا يسمح بانضمام دولٍ خاصّةٍ أو محدودةٍ، كميثاق جامعة الدول العربية أو منظمة الوحدة الإفريقية، وبالتّالي يتطّلب الانضمام لهذه المعاهدات إجراء مفاوضةٍ مع أطراف المعاهدة الأصليين، وقبولهم لهذا الانضمام.

أما المعاهدات المفتوحة فهي التي تتضمن نصًا يسمح بانضمام الغير إليها أو قبولهم لها، وبالتّالي يكون لجميع الدول الحّق في الانضمام لتلك المعاهدات، على أنّه يشترط للانضمام في هذه الحالة الشروط والإجراءات التي تحدّدها المعاهدة[2].

نشير أن من الناحية التطبيقية لم تمتنع الدول من إجراء تحفظات متأخرة، فأبدت تحفظات في وقت غير الوقت الذي حدده تعريف اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، لهذا سندرس موقف الفقه والقضاء من هذا النوع من التحفظات.

الفرع الثالث

موقف الفقه والقضاء من إبداء تحفظات متأخرة

عن التصديق أو الانضمام

تعتبر التحفظات المتأخرة عن التصديق أو الانضمام ممنوعةٍ، وبالتالي فإذا ما أعربت الدولة عن رضاها الالتزام بالمعاهدة بإحدى الطرق السابقة ولم تبد تحفظا فلا يجوز لها بعد ذلك أن تعلن عن تحفظها على معاهدة سبق وأن ارتضت الالتزام بجميع بنودها إلا إذا نصت المعاهدة على خلاف ذلك.

---

1 – انظر: المادة 15 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

2 – عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، المبادئ العامة، ج 01، دار الثقافة، عمان، 1997، ص 304.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في حكم صادر عنها سنة 1988 قضت فيه على أنه: "ما لم تنص المعاهدة على إجراءات خاصة، فإنه لا يجوز إبداء التحفظات إلا عند التوقيع أو التصديق أو الانضمام إليها وذلك وفقا لقواعد القانون الدولي الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات"[1].

يعتبر هذا الشرط راسخ أيضًا لدى محكمة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان لدرجة أن هذه المحكمة قد ارتأت، في فتواها بشأن التقييدات المتصلة بعقوبة الإعدام أنّه" بمجرد وضع التحفظ، فإنه يفلت من الجهة التي أصدرته ولا يمكن تفسيره بشكل مستقل عن المعاهدة نفسها".

وتضيف المحكمة ما يلي: "قد يؤدي نهج مناقض، في نهاية الأمر، إلى الخروج بنتيجة مفادها أن الدولة هي الحكم الوحيد فيما يتصل بمدى التزاماتها الدولية بشأن كافة المسائل التي يتعلق بها التحفظ، بما في ذلك جميع المسائل التي قد تعلن الدولة لاحقًا أن التحفظ يشملها. وهذه النتيجة الأخيرة يتعذر التوفيق بينها وبين اتفاقية فيينا لعام 1969، التي تنص على أنه لا يجوز إصدار التحفظ إلا لدى توقيع المعاهدة أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها"[2].

وأحيانا تثار مسألة التحفظ المتأخر عن التصديق أو الانضمام إلى المعاهدة الدولية، في معاهدات حقوق الإنسان بخصوص إعلان الدول المتعلق بقبول اختصاص عدد من الأجهزة الرقابة المنشأة بواسطة هذه المعاهدات، ذلك أن الإعلان يأتي في كثير من الأوقات لاحقًا على تصديقها أو انضمامها وترفق بهذا الإعلان تحفظ يقلص من الالتزامات القاعدية المترتبة عليها بمقتضى الاتفاقية الأصلية[3]، وهذا ما جعل البعض يصف هذا النوع من التحفظات بأسوأ

1 – C.I.J, "Affaire relative aux actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)", Arrêt du 20 Décembre 1988, Recueil 1988, p 85, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/affaire/74/arrets.

2 – I.A Court H.R, "Restrictions to the death penalty (arts.4(2) and 4(4) American Convention on humain rights", Advisory opinion, OC.3/83 of September 8. 1983, Series N° 3, § 63-64.

3 – كمثال على ذلك تحفظ بلجيكا على نص المادة 02 من البرتوكول الإضافي الأول للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، حيث قامت بإصدار هذا التحفظ عند قيامها بإعلان أمام البرلمان يوضح تفسيرها لتجديد إقرار الاختصاص=

التحفظات وأنها مخالفة لقاعدة عدم جواز إبداء تحفظات بعد التصديق على المعاهدة أو الانضمام إليها[1].

لقد عالج القضاء الأوروبي هذه المسألة في مناسبات كثيرة نذكر بعضٌ منها على سبيل المثال، أعلنت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمناسبة نظرها في قضية معروفة باسم "لوازيدو" "LOIZIDOU"، بطلان تحفظ تركيا على أساس أنه متأخر عن التصديق أو الانضمام[2].

=الإلزامي للمحكمة في 18 نوفمبر 1965، فإن بلجيكا بتصرفها هذا لم تحترم نص المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي أوردت شروط يتعين مراعاتها عند صياغة التحفظ، والتي من بينها وجوب إبداء التحفظ أثناء التّصديق أو الانضمام إلى المعاهدة، انظر: عزت سعد السيد البرعي، حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 138.

1 – COHEN-JONATHAN Gérard, " Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme : nouveaux aspects européens et internationaux ", R.G.D.I.P, N°04, Ed. A.Pedone, Paris, 1996, p 928.

2 – تتعلق وقائع هذه القضية أن تركيا صادقت على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في سنة 1954 دون أن تتحفظ على أي نص فيها، اعترفت باختصاص اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تلقي الشكاوى الفردية في عام 1987 مع وضع مجموعة من القيود تخصّ الاختصاص الإقليمي، والتي هي في الحقيقة تحفظات على المواد 05، 06، 08، 09، 10، 11، 15، من الاتفاقية.

اعترضت مجموعة من الدول على هذا الإعلان لعيوب شكلية فيه، فعلى سبيل المثال اعتبرت اليونان أن هذا التحفظ لم يتم إبداءه عند التصديق على الاتفاقية فهو يخالف الشرط الزمني لإبداء التحفظ.

قامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بدراسة هذه القيود بمناسبة نظرها في قضية معروفة باسم "لوازيدو" "Loizidou" في تاريخ 23 فيفري 1995، وكان موقفها أنه بالنظر إلى موضوع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، والهدف منها أن فرض قيود على اختصاص المحكمة من شأنه أن يؤثر تأثيرا كبيراً على إعمال الاتفاقية وتحقيق أهدافها، الأمر الذي يستوجب وجود نص صريح لإمكان القيام بمثل هذه القيود، غير أنه لا المادة 25 ولا المادة 64 تتضمنان حكماً من هذا القبيل، وفي الأخير قضت المحكمة ببطلانها على أساس أنه تحفظ متأخر عن التصديق أو الانضمام، انظر:

C.E.D.H, "Affaire Loizidou.c./ la Turquie", Arrêt du 23 Mars 1995, § 75, voir le site : https://hudoc.echr.coe.int . Voir aussi:

SCHABAS William. A, "Article 64", in, La convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article, (ss/dir), PETTITI Louis Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, Ed.Economica, Paris, 1995, p 913. Voir aussi :

DE BRUYN Donatienne, DEPRE Sébastien, …et autres, Les exceptions préliminaires dans la convention européenne des droits de l'hommes, Ed.Bruylant, Bruxelles 1997, p 116.

توصلت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى النتيجة نفسها في القضية المعروفة باسم "كريسوسطموس" "CHRYSOSTOMOS" في تاريخ 04 مارس 1991، إذ اعتبرت اللجنة أنه لا يمكن للطرف المتعاقد عند اعترافه لاحقًا باختصاصات اللجنة أن يغير التزاماته الناتجة عن الاتفاقية، وأضافت أنه لا يمكن إبداء تحفظات بعد التصديق أو الانضمام إلى المعاهدة، حتى وإن كان ذلك بإرفاق إعلان قبول النصوص الاختيارية بقيود تكون آثارها مماثلة لآثار التحفظ. إن أغلب المختصين في علم القانون يؤيدون هذا الموقف، فأي قيد يوضع على نصوص المعاهدة يجب إبداؤه أثناء التعبير النهائي على قبول الالتزام بها، وأن التحفظات المستترة غير جائزة[1].

وعلى أساس المنطق ذاته، قامت الحكومة السويسرية بتعديل "الإعلان التفسيري" في أعقاب قضية "بليلوس" "BELILOS"[2] الذي أصدرته في عام 1974، والذي اعتبرته

1 – SCHABAS William.A, op cit, p 933.

2 – تتلخص وقائع قضية "بيليلوس" في أن السيدة بيليلوس أدانتها لجنة بوليسية تابعة لبلدية لوزان في سويسرا، لأنها اشتركت في مظاهرات غير مصرح بها من السلطات المختصة، وطرق الطعن التي فتحت أمامها لم تمكن المحكمة العليا من النظر في الوقائع وسماع الشهود لأن اللجنة البوليسية التي أدانت المواطنة السويسرية لا تعد هيئة قضائية مستقلة ومحايدة طبقًا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية إنما هي مجرد سلطة إدارية تخرج قراراتها عن رقابة القضاء في شق الوقائع، طعنت المواطنة في قرار الإدانة الصادر ضدّها أمام اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان وأحالت هذه الأخيرة الدعوى إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وقالت المدعية في دعواها أمام المحكمة أن المادة 06 الفقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 لم تحترمها سويسرا في هذا المجال.

كان دفاع المستشار القانوني للحكومة السويسرية بأن سويسرا قد تحفظت على نص المادة 6 الفقرة 01 عند تصديقها على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الحريات الأساسية، حيث نص تحفظها على أنه في نظر المجلس الفيدرالي السويسري فإن ضمانات المحاكمة العادلة المشار إليها في المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية فيما يتعلق بالاحتجاجات المتعلقة بالحقوق والالتزامات المدنية في المسائل الجنائية الموجهة ضد الشخص يهدف فقط إلى توفير إشراف قضائي نهائي على تصرفات وقرارات السلطة العامة التي تمس مثل هذه الحقوق والالتزامات أو فحص أساس مثل هذا الاتهام. وبناء على ذلك فإن سويسرا غير ملزمةً إلا بتوفير إشرافٍ قضائيٍ نهائيٍ فقط من حيث القانون على المسائل الجنائية والمدنية وليس إعادة فحص الوقائع من جديد، فبعد سلسلة من الدفوع والتوضيحات التي تقدمت بها المحكمة حكمت ببطلان التحفظ السويسري باعتباره متعارضًا مع هدف وموضوع المعاهدة وأدانت سويسرا بسبب خرقها للمادة 06 الفقرة 01 من الاتفاقية بسبب عدم توفير المحاكمة العادلة للسيدة بيليلوس، انظر: =

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تحفظًا غير مشروع، وذلك بإضافة بعض الإيضاحات إلى "الإعلان" الجديد، وكان هذا الإعلان الجديد موضع نقد على صعيد الفقه، وقد طعن في مشروعيته أمام المحكمة الاتحادية التي أعلنت بطلانه بقرار في قضية "إليزابيث.ب" ضد "مجلس الدولة بكانتون ترغو" "the council state of Thurgau Canton"، صدر في 17 ديسمبر 1992، حيث اعتبرته تحفظا جديدًا لا يتفق مع الفقرة 01 من المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، وأنه لا يتلاءم مع المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، التي تشترط إبداء التحفظ أثناء التّصديق أو الانضمام إلى الاتفاقية، وبهذا أكد القرار على عدم إمكانية إبداء تحفظٍ جديدٍ تحت ستار أنه مجرد تفسير لتحفظ سابق[1].

وعليه، يُعتبر حكم المحكمة الاتحادية السويسرية بمثابة تأكيدًا لمبدأ منع إصدار التحفظات عقب الإعراب النهائي عن الموافقة على الارتباط، ولكن هذا الحكم يذهب إلى أبعد من ذلك ويؤكد أيضًا استحالة إصدار تحفظ جديد تحت ستار تفسير تحفظ قائم، أي تفسير التحفظ السابق بطريقة أوسع بحيث يمس مضمونه موضوع أو مواضيع لم يسبق لها أن شملها التحفظ الأول.

كما نستخلص من ذلك أنه يمنع تطبيق تحفظ تم إبداؤه في أوانه على قانون تم تبنيه فيما بعد، ويكون مضمونه أكثر اتساعا من القانون الذي استندت عليه الدولة لتبرير ذلك التحفظ.

كما يعتبر تعديل التحفظ أو إعادة النظر فيه مقبولاً عندما يقيد نطاق التحفظ الأصلي، أما التعديل الذي يوسع نطاق التحفظ الأصلي فهو يتعارض مع مبدأ أن التحفظات لا يمكن إجراؤها إلا في لحظة التعبير عن الموافقة على الالتزام بمعاهدة[2].

=C.E.D.H, "Affaire BELILOS c/ la Suisse". N° 10328/83. Arrêt du 29 Avril 1988, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int, consulté le 30-06-2014.

1 − Ibid, § 64.

2 − Conseil de l'Europe, Comité des Conseillés Juridiques sur le Droit International Public, "Eléments essentiels concernant la formulation de réserves aux traités internationaux", § 04-05, voir le site : https://rm.coe.int/16800644d8, consulté le 23-12-2016.

هذا وقد توصلت لجنة حقوق الإنسان إلى النتيجة نفسها في تعليقها رقم 24(52) حول التحفظات، حيث أقرت صراحة عدم جواز استخدام الدول للإعلانات الخاصة بقبول اختصاص جهاز رقابي كأداة للتنصل من التزاماتها بأساس أكثر عمومية، وأعلنت صراحة عدم جواز إبداء تحفظ على أحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، استنادًا إلى البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الخاص بصلاحية اللجنة المعنية للنظر في شكاوى الأفراد، فهذا النمط من التحفظات ينصرف أثره إلى استبعاد دور اللجنة في رقابة مدى احترام الدّولة المتحفّظة لالتزاماتها المترتبة عليها بمقتضى العهد[1].

مع ذلك فإن المبدأ التوجيهي رقم 2-3-2 ينص على حالة استثنائية أين يُعتبر التحفظ المتأخر تحفظٍ مقبولٍ وهي في حالة ما إذا لم يعترض أي من أطراف المعاهدة على إبداء هذا التحفظ بعد انقضّاء مهلة 12 شهرًا التي تلي تلقيه الإشعار بالتحفظ، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك أو ما لم تكن الممارسة المعتادة التي تتبعها الجهة الوديعة مختلفة[2].

ويلاحظ في الآونة الأخيرة، بدأت عدد من الدول استكشاف سبل للتحايل على هذا الحظر من خلال الانسحاب من المعاهدة[3] ثم الانضمام إليها من جديد مع إبداء التحفظات التي ترغب إبداءها[4].

---

1 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24، "المسائل المتعلقة بالتحفظات التي تُبدى لدى التصديق على العهد أو البروتوكولين الاختياريين الملحقين به أو الانضمام إليها أو فيما يتعلق بالإعلانات التي تصدر في إطار المادة 41 من العهد عام 1994"، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9)Vol 1)، الفقرة 13.

2 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)، مرجع سابق، ص 236.

3 – انظر: نص المادة 56 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

انظر في مسألة الانسحاب من المعاهدة مع الانضمام من جديد بتحفظ:

FRUMER Philippe, "Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle, A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'Homme", R.G.D.I.P, Tome CIV, Ed. A.Pedone, Paris, 2000, pp 297-323.

4 – Conseil de l'Europe, Comité des Conseillés Juridiques sur le Droit International Public, Eléments essentiels concernant la formulation de réserves aux traités internationaux, op cit, § 06.

وعليه، لقد وجهت انتقادات للحصر التقييدي للأوقات التي يمكن فيها صوغ تحفظ ما، في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، حيث ذكر الكثير من المؤلفين أن من الصحيح، في حالات معينة، صوغ تحفظات في غير الأوقات المنصوص عليها في تعريف فيينا، بل إنه يجوز النص صراحة، في معاهدة ما، على إمكانية صوغ تحفظ في غير وقت التوقيع أو في غير وقت الإعراب عن الموافقة على الالتزام بالمعاهدة[1]، لأن الواقع أي معاهدة يجوز أن تنص على هذه الإمكانية، غير أن هذا يكون عندئذ قاعدة من قواعد المعاهدة، أو قانونًا خاصًا[2]. ينتقص من المبادئ العامة المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، التي ليس لها سوى طابع تكميلي للإرادة، ولا تعوق أي انتقاص من هذا النوع.

المطلب الثاني

إبداء تحفظًا بيّنًا وبالمعنى الدقيق للتحفظ

يبين تعريف التحفظ الوارد في نص المادة 02 الفقرة 01/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، بوضوح أنه يهدف إلى: " ***استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة***"، وبموجب الفقرة 01 من المادة 21 كذلك، يقتصر التحفظ على تعديل أو استبعاد "***أحكام المعاهدة التي يتعلق بها التحفظ***".

لذا فالهدف من وجود شرط تعلق التحفظ بنص محدد الموضوع والمحل هو توضيحه واستبعاد التحفظات ذات الطابع العام، ولكن يلاحظ أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 نصت في المادة 57 على شروط صحة التحفظات، والتي من بينها شرط تحديد النص المعني بالتحفظ وشرط استبعاد التحفظات ذات الطابع العام[3]. عليه،

1 – IMBERT Pierre-Henri, Les réserves aux traités multilatéraux…, op cit, p 18.

2 – لقد ضمن القانون الدولي للدولة الخلف التحفظ على معاهدة لم تقدم الدولة السلف أي تحفظ فيها، وذلك في إطار اتفاقية أثر التوارث الدولي على المعاهدات لسنة 1978.

3 – تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 الاتفاقية الوحيدة التي وضعت شرط منع التحفظات ذات الطبيعة العامة.

يستدعي الموضوع تحديد مفهوم شرط تحديد النص المعني بالتحفظ وعلاقته بشرط منع التحفظات ذات الطبيعة العامة (الفرع الأول).

كما أفرزت الممارسة العملية نوعًا من التصرفات المنفردة التي تصدر عن الدولة إلى جانب التحفظات، مما يستوجب التمييز بينهما ليسهل تحديد المعنى الدقيق للتحفظ، إذ إن التمييز بينهما له أهمية عملية كبيرة لأنه يتوقف عليه تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على كل منهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التحفظ على نص محدد الموضوع والمحل

بما أن التحفظ موجه إلى الأطراف الأخرى في المعاهدة أو الدول التي يمكن أن تكون أطرافًا فيها، فيجب بالتالي تمكين هذه الأطراف من معرفة وتحديد مضمون التحفظ لكي تتمكن من استخدام حقها المنصوص عليه في اتفاقية فيينا الخاص بقبول التحفظ أو الاعتراض عليه فضلاً عن تحديد مدى اتساقه مع موضوع المعاهدة والغرض منها، وذلك عن طريق صياغة التحفظ صياغة واضحة تعبر عن مكنونه الحقيقي[1].

إن تعلق التحفظ بنص محدد في المعاهدة لا يتيح للدولة – فيما بعد – ادعاء وجود صلة بين التحفظ ونصوص أخرى لم يشر إليها صراحة عند إعمال التحفظ، لكي تقيد التزاماتها بمقتضى تلك النصوص.

لقد نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 في المادة 57 على عدم جواز التحفظات ذات الطبيعة العامة دون أن تضع مفهوم واضح لهذه التحفظات.

وعليه قامت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أثناء نظرها في قضية السيد "تيملتاش"

1 – نعمان عطا الله محمود الهيتي، "الإخلال بشروط التحفظ في ضوء النظام القانوني للتحفظات في المعاهدات الدولية"، مجلة الحقوق، العدد 02، المجلد 12، جامعة البحرين، 2015، ص 58.

"TEMELTASCH" في سنة 1982[1]، بتعريف تحفظ ذو الطبيعة العامة على أنه ذلك التحفظ الذي لم يشر إلى حكم معين من المعاهدة، أو تمت صياغته بطريقة لا يمكن معها تحديد مداه، وتضيف اللجنة أن الإشارة إلى التشريع الوطني المشمول بالتحفظ وتقديم ملخص عنه يجعل التحفظ واضحًا، أي بتعبير آخر يجعله صحيحًا وتتوفر فيه الشروط الأخرى المطلوبة فيه وفقا للاتفاقية[2].

ثم اتخذت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الاتجاه نفسه أثناء نظرها قضية "بليلوس" "BELILOS" عام 1988، فاعتبرت أن التحفظ ذو الطبيعة العامة هو التحفظ الذي تتم صياغته بعباراتٍ غامضةٍ ومبهمة تمامًا أو عباراتٍ واسعةٍ، والتي لا يمكن تحديد معناها ولا مجال تطبيقها الدقيق[3]، وأن الجوهر المادي لتحفظ سويسرا لا يمكن إلا أن يجعل من

---

1 – تتلخص وقائع قضية السيد "تيملتاش" "TEMELTASCH" أن الحكومة السويسرية عند تصديقها في 28 أكتوبر 1974 على الاتفاقية الأوروبية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، قدمت تحفظين وإعلانين تفسيريين على نص المادة 06 الفقرة 03، والتي تعترف لكل شخص يتهم في جريمة بمجموعة من الحقوق، من بينها مساعدته بمترجم مجانا إذا كان لا يفهم ولا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة، وكان فحوى التحفظ أن الحق المنصوص في الفقرة 03 من المادة 06 لا يعفي المستفيد منه من جزاء الغرامة، فحدث أن ألقي القبض على شخص هولندي الجنسية من أصل تركي يدعى تيملتاش من قبل السلطات السويسرية بعد أن تم الكشف عن كمية من المخدرات في سيارته، وقد برأته المحكمة الابتدائية من التهمة، وأمرته بدفع جزء من نفقات المحكمة، بما في ذلك نفقات الترجمة التي طلبها كون اللغة التي استخدمتها المحكمة هي اللغة الفرنسية فقدم السيد "تيملتاش" بذلك استئنافًا إلى محكمة النقض الجنائية، إلا أنها رفضته، ومثل ذلك، فعلت المحكمة الفيدرالية، وانتهت إلى القول بأن التحفظ السويسري له الأثر ذاته، وأمام هذا الواقع وبعد أن استنفذ كل الوسائل الداخلية لجأ السيد "تيملتاش" إلى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان متقدما بطلب قبلته في 12 أكتوبر 1981، وذلك لتقرير ما إذا كان إلزامه بدفع غرامة يشكل انتهاكا من قبل السلطات السويسرية لنص المادة 06 الفقرة 03 أم لا؟، ثم شرعت اللجنة بنظر الطلب، انظر:

IMBERT Pierre-Henri, " Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme devant la commission de Strasbourg, (Affaire Temeltasch) ", R.G.D.I.P, N° 03, Vol 87, Ed. A.Pedone, Paris, 1983, p 595. Voir aussi :

Conseil de l'Europe, Commission Européenne des Droits de l'Homme (Strasbourg, Affaire Temeltasch: Requête n° 9116/80, Alparslan Temeltasch c./la Suisse, Ed.Conseil de l'Europe, 1983.

2 – IMBERT Pierre-Henri, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'Homme…", op cit, p 600.

3 – C.E.D.H, "Affaire BELILOS c./ la Suisse", op cit, § 55.

تصريحها شيئًا غامضًا وغير واضح المدى، وكان قرارها – أي المحكمة – اعتبار التحفظ السويسري ذو طبيعة عامة، وبالتالي لا ينسجم مع المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950[1]. وأضافت المحكمة أن هناك طريقتين للحكم بعمومية تحفظ ما وهي:

1 – إما بالنسبة للمعاهدة إذا خالف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 64 المذكورة أعلاه.

2 – أو بالنسبة للتشريع الوطني للدولة، ويكون ذلك في الحالة التي لا يشير فيها التحفظ إلى نصوص وطنية محددةٍ والتي تتناقض مع مواد الاتفاقية موضوع التحفظ[2].

ففي هذه القضية– قضية بليلوس–، اعتمدت المحكمة معايير شكلية من أجل تعريف التحفظ ذات الطبيعة العامة، فقد أبدت المحكمة أن العبارات المستخدمة في الإعلان السويسري، من قبيل عبارة "رقابة قضائية نهائية للتصرفات أو القرارات الصادرة عن السلطة العامة المتعلقة... بحقوق أو التزامات (طابع مدني)..."[3]، لا تسمح البتة بتحديد دقيق لمدى حجم الالتزامات الواقعة على كاهل سويسرا، فهذه العبارات تسمح بأكثر من تفسير[4]، في حين أن

---

1 – C.E.D.H, " Affaire BELILOS c./ la Suisse", op cit, § 60.

2 – مثال على ذلك تحفظ إيطاليا على المادتين 02 و04 من البروتوكول رقم 07 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، ولم تشر فيه إلى نصوص مواد في القانون الوطني التي يشملها هذا التحفظ. إنما نص تحفظها على أنه تتحفظ على نصي المادتين 02 و04 وأنهما يكيفان بالتشريع الوطني، بذلك فالقانون الوطني كله يغطيه هذا التحفظ، بالخصوص القانون الجنائي.

جاء هذا التحفظ في صياغة عامة، على الرغم أنه أشار إلى نصوص محددة في الاتفاقية، فعدم الإشارة إلى القانون الوطني المشمول بالتحفظ بصورة محددة وواضحة جعل منه تحفظا ذا طابع عام، انظر:

SCHABAS William.A, "Article 64", op cit, p 936.

3 – نقلاً عن: محمد خليل الموسى، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة الحقوق، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الكويت، 2002، ص 345.

4 – هذا ما ذهبت إليه فرنسا في رسالةٍ لها إلى الأمين العام للأمم المتحدة أين اعتبرت: "أن حكومة موريتانيا، بإعلانها عن موافقتها على اتفاقية سيداو بجميع أجزائها التي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، تبدي تحفظًا ذا نطاقٍ عامٍ وغير محدد، إذ لا يعطي الدول الأطراف الأخرى فكرة عن أحكام الاتفاقية التي يشملها التحفظ حاليا أو التي قد يشملها في المستقبل. وترى حكومة الفرنسية أن التحفظ قد يبطل مفعول أحكام الاتفاقية ويعارضها"، انظر: اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الاجتماع 13، 05 أوت=

المادة 64 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية تشترط تحديدًا دقيقًا وواضحًا للتحفظ[1].

وضرورة الصياغة الدقيقة والمحددة للتحفظات أكدت عليها أيضًا لجنة حقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 24(52)، بالقول بأنه يجب أن تكون التحفظات محددة بدقة وأن تشير إلى حكم من أحكام العهد، وتبين بعبارات محددة نطاق تطبيقها، وعليه يجب أن لا تكون التحفظات عامة[2].

لم تكن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بمعزل عن موقف هذه الهيئات، إذ اعتبرت أن التحفظات التي تصاغ بصورة واسعة أو عامة كالتي تقيد تطبيق الاتفاقية بعدم تعارضها مع القوانين الداخلية تعتبر مخالفة لموضوع المعاهدة وهدفها، إذ غالبا ما تلجأ الدول إلى إبداء تحفظات ذات الطابع العام لتقيد بها تطبيق نصوص الاتفاقية على أساس مخالفتها لنصوص تشريعاتها.

وفي مسألة تكييف التحفظ ذات الطبيعة العامة فإن الفقهاء اختلفوا فيها، إذ أكد البعض على أنه لا يمكن اعتبار التحفظ على نص محدد في الاتفاقية تحفظا ذات طبيعة عامة، بينما ذهب آخرون إلى التأكيد على أن شرط منع التحفظات العامة شرط في

=2004، الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضّد المرأة، الوثيقة رقم: CEDAW/SP/2004، ص 26.

1 – SCHABAS William.A, "Article 64", op cit, p 939.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 19.

يلاحظ أن لجنة حقوق الإنسان – إزاء عدم وجود نص مماثل لنص المادة 57 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان – قد نظرت إلى عدم جواز إبداء "تحفظات ذات طابع عام" وفقاً لمعيار موضوعي أساسه الملائمة مع غرض المعاهدة وموضوعها، أي أنها أسبغت على هذا الشرط طابعا موضوعيًا، بينما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد لجأت إلى قراءة نصية للمادة 57 الفقرة 01 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث اقتصرت على المعيار الشكلي في تحليل هذا المفهوم، فالمحكمة الأوروبية لحقوق لم تطبق خلافًا لموقف لجنة حقوق الإنسان معيار التوافق لموضوع المعاهدة للوقوف على مضمون هذا الشرط، بل اكتفت بالطابع الشكلي له دون الموضوعي، انظر:

COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt Belilos du 29 Avril 1988", R.G.D.I.P, Vol 93, 1989, p 309.

الموضوع ويجب تمييزه عن شرط تحديد النص المعني بالتحفظ، كما يمكن اعتبار شرط عدم جواز التحفظ ذات الطبيعة العامة شرطًا مشتركًا في كل الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان[1]، إذ أن هذا الشرط من طبيعته أن يتحول إلى معيارٍ جوهريٍ، يماثل الشرط الوارد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، ألا وهو شرط تلاءم التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها.

بينما اعتبرت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان بمناسبة النظر في قضية "تملتاش" "TEMELTASCH" لسنة 1988 شرط عدم جواز التحفظات ذات الطابع العام مستقلا عن شرط صياغة تحفظات على أحكامٍ محددةٍ من الاتفاقية، على أساس أنه تحفظ معين لا يفقد صفته العامة بمجرد أنه يخص حكمًا معينًا في المعاهدة، لأن التحفظات ذات الطبيعة العامة هي تحفظات تمت صياغتها بصورةٍ لا يمكن تحديد نطاقها[2].

في الواقع أن كل تحفظٍ لا يشير إلى حكمٍ محددٍ في الاتفاقية يعتبر تحفظًا ذات طبيعة عامة، والعكس ليس صحيحًا، بمعنى أنه لا يمكن اعتبار كل تحفظ ذات طبيعة عامة هو تحفظٍ لا يشير إلى نصّ محددٍ في الاتفاقية، فقد يحدد التحفظ النص المشمول بالتحفظ ومع ذلك فإنه يعتبر تحفظًا ذا طابعٍ عامٍ، وذلك في الحالة التي تكون فيها صياغته غير واضحةً وغير محددةٍ.

يلاحظ أنه غالبا ما تلجأ الدول إلى التحفظات ذات الطبيعة العامة حتى تنفك من أي التزامٍ يترتب عليها بموجب الاتفاقية، ومن الأمثلة على هذه التحفظات والأكثر إثارةً للانتباه على الصعيد الدولي، التحفظ الذي أبدته "ترينيتي وتباغو" في سنة 1978 على المادة 04 الفقرة 02 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، بسبب تعارضها مع المادة 07 الفقرة 03 من دستورها.

1 − DE BRUYN Donnatienne, DEPRE Sébastien,…et autres, Les exceptions préliminaires dans la convention européenne des droits de l'homme, op cit, p 120.

2 − IMBERT Pierre-Henri, "Les réserves dans la convention européenne des droits de l'homme devant la commission de Strasbourg…", op cit, p 599.

يقتضي هذا التحفظ تخويل "ترينيتي وتباغو" في حالات الطوارئ التي تهدد حياة الأمة أن تتخذ تدابير استثنائيةٍ – من شأنها وقف أي حقٍ من الحقوق غير القابلة للمساس المنصوص عليها بالعهد –، ومما لا شك فيه أن هذا التحفظ عام ويخالف موضوع العهد وهدفه، لأنه يسمح للدولة المعنية تعطيل حقوقٍ أساسيةٍ، كالحق في الحياة، أو التحرر من التعذيب أو إساءة المعاملة، لهذا اعتبرته لجنة حقوق الإنسان عند مراجعة التقارير الدورية المقدمة من ترينيتي وتباغو مخالف لغرض العهد وطالبت الدولة المعنية بسحبه[1].

كذلك تحفظ ماليزيا على اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 الذي لا تقبل بموجبه من أحكام الاتفاقية سوى تلك المطابقة لدستورها وقانونها الداخلي والسياسات الوطنية للحكومة، فاعتراض مجموعة من الدول عليه بحجة أن الطابع الواسع لهذا التحفظ لا يسمح للأطراف الأخرى التعرف على الطريقة التي ستقوم بموجبها ماليزيا بتطبيق الاتفاقية وكذا نطاق التزاماتها فيها.

غير أن ما ذهبت إليه لجنة القانون الدولي في دليل الممارسة الخاص بالتحفظات كان مغايرًا تمامًا لما توصلت إليه الممارسة الدولية المشار إليها آنفا، بالقول أنه: "من الصعب سلفا تأكيد بطلان التحفظات العامة، وكل ما يمكن أن يقال بشأنها هو أنها منتقدة كونها لا تسمح بتقدير مدى توافر شروط صحتها المادية، أي مدى توافقها مع موضوع المعاهدة والغرض منها"[2].

الفرع الثاني

توفر وصف التحفظ في الإعلان

يكتسي تحديد عناصر التحفظ وبيان مفهومه أهميةً بالغةً، نظرا لأن بعض الدول الأطراف في المعاهدات كثيرا ما تلجأ إلى إعلانات شبيهة إلى درجة كبيرة بالتحفظات، وهي في حقيقة الأمر غير ذلك.

---

1 – نقلاً عن: محمد مصطفى يونس، حقوق الإنسان في حالات الطوارئ دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء مبادئ وقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص ص 175 – 180.

2 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 504.

لقد سبقت الإشارة إلى تعريف المادة 02 الفقرة 01/د من اتفاقية فيينا لعام 1969 للتحفظ على أنه: ***"يقصد بتعبير "التحفظ" إعلان من جانب واحد، أياً كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما حين توقّع أو تصدق على المعاهدة أو تقرها أو تنضم إليها، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في تطبيقها على تلك الدولة***"[1].

يفهم من التعريف المذكور أعلاه أن التحفظ يشمل على عناصر شكليةٍ وعنصرٍ موضوعيٍّ، فأما العناصر الشكلية تتمثل في أنّ يكون الإعلان منفردًا[2]، وأن يقدم في الوقت المسموح به، أيًا كانت صيغته أو التسمية التي تعطى له، وأما العنصر الموضوعي والجوهري فيتمثل في أن يكون الهدف من التحفظ استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في مواجهة الدولة التي أبدته، وإذا كان غير ذلك فلا يعتبر تحفظًا[3].

يوجد على صعيد العلاقات الدولية أشكالاً متنوعةً من الإعلانات وليست الغاية منها تعديل أو استبعاد بعض الأحكام في نصوص المعاهدة الدولية، فقد يوجد إعلان تهدف الدولة من خلاله إلى إبداء موقفها أو وجهة نظرها أو تحديد مواقفها السياسية، وقد يوجد الإعلان الخاص بالاعتراف أو عدم الاعتراف بالأطراف الأخرى في المعاهدة، وهناك – أخيرًا –

1 – لقد أبرز أعضاء لجنة القانون الدولي الثغرات وأوجه الغموض التي يتسم بها تعريف اتفاقية فيينا، وقد قيل في هذا الصدد، أن تعريفها يخلط عناصر تعريفية خالصة مع عناصر أخرى تتبع بصورة أكبر النظام القانوني للتحفظات، ولاسيما فيما يتعلق بالوقت الذي يمكن فيه إصدار التحفظ، انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 50، 1998، الوثيقة رقم: A/53/10، ص 180.

2 – يمكن الإشارة إلى مميزات أساسيةٍ أخرى للتحفظ على أنه إعلان ذو وجودٍ منفصل فلا يكون جزءًا من نص المعاهدة الوارد بشأنها التحفظ، وبالتالي يستقي أحكامه خارج نصوصها، لأنه إذا أدمج في المعاهدة أخذ حكم نصوصها، انظر: محمود محمد متولى أحمد، التحفظ التفسيري على المعاهدات الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1997، ص 521 – 525.

3 – محمد شاكر رومية، التحفظ على المعاهدات الدولية، من خلال اتفاقية السيداو، بحث مقدم لنيل درجة الدبلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2014، ص 23.

الإعلان التفسيري الذي تهدف الدولة من ورائه إزالة الغموض حول نص أو أكثر من نصوص المعاهدة[1].

لقد اعتبرت الدول دائمًا أن بإمكانها أن تُرفق صيغة موافقتها على الالتزام بمعاهدةٍ متعددةٍ الأطراف بإعلانات تشير فيها إلى المعنى الذي تقبل به الالتزام بها؛ دون أن تسعى بذلك إلى تعديل أو استبعاد الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة – أو فيما يتعلق ببعض الجوانب المحددة من المعاهدة ككل – ومن ثم فإن تلك الإعلانات لا تشكل تحفظاتٍ بل إعلانات تفسيرية[2]، لذا فإن التمييز بينهما له أهمية عملية كبيرة لأنه يتوقف عليه تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على كل منهما.

ولم يكن التمييز بين التحفظ والتصريح التفسيري باعتبار أنهما إعلاناتٍ انفراديةٍ مفهومًا لمدة طويلةٍ في ممارسات الدول وحتى في الفقه، حيث أن الفقه كان يجمع بين النوعين، وكانت فكرة التمييز بين النوعين تثير الكثير من الحرج[3].

تُرجع لجنة القانون الدولي في تقريرها حول موضوع التحفظات صعوبة التمييز بين التحفظات والإعلانات التفسيرية إلى عدة عوامل، منها على الخصوص، عدم الاتساق في استخدام المصطلحات، وعدم استقرار ممارسة الدول والمنظمات الدولية، والغموض الذي

---

1 – علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 343.

2 – كانت ممارسة تلك الإعلانات ضاربةً في القدم، وقد واكبت ظهور المعاهدات المتعددة الأطراف ذاتها. وعادةً ما يشار إلى أن تاريخ ظهور هذه الممارسة يرجع إلى الوثيقة الختامية لمؤتمر فيينا لعام 1815 التي تضم" في صكٍ شاملٍ" جميع المعاهدات المبرمة بعد هزيمة "نابليون". وقد صدر الإعلان التّفسيري أول ما صدر عن بريطانيا العظمى التي أعلنت عند تبادل وثائق التصديق أن المادة 08 من معاهدة التحالف المبرمة مع النمسا وبروسيا وروسيا – وهي المادة التي دعت فرنسا إلى الانضمام إلى ذلك التحالف – ينبغي فهمها" على أنها تلزم الأطراف المتعاقدة... ببذل جهدٍ مشتركٍ ضد سلطة نابليون بونابرت... ولكن يجب ألا تفهم على أنها تلزم صاحب الجلالة البريطانية بمواصلة الحرب بهدف فرض حكومةٍ معينةٍ على فرنسا". والإعلانات التفسيرية الآن شائعة للغاية كما يتبين من ردود الدول، وبقدر أقل من ردود المنظمات الدولية، على استبيان اللجنة بشأن التحفظات، انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 82.

3 – RAZARIO Spienza, "Les déclarations interprétatives unilatérales dans la pratique conventionnelle", R.G.D.I.P, N° 3, Tome 103, Ed. A. Pedone, Paris, 1999, pp 601-629.

يكتنف الأهداف التي ترمي إليها أصحاب الإعلانات[1].

فعلى سبيل المثال، أعلنت "بولندا" و"الجمهورية العربية السورية"، بعبارات مماثلة أنهما لا تعتبران نفسهما ملتزمتين بأحكام الفقرة 01 من المادة 01 من اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية لعام 1973، غير أن "بولندا" وصفت صراحةً هذا الإعلان بأنه تحفظًا، بينما وصفته الجمهورية العربية السورية بأنه مجرد إعلان تفسيري[2].

اعتبر بعض فقهاء القانون الدولي الإعلان التفسيري صورة من صور التحفظ ولا يوجد اختلاف بينه وبين التحفظ بحيث يشمل مفهوم التحفظ الإعلان التفسيري باعتباره جزءاً منه، ويظهر هذا من خلال مجموعة من التعريفات التي أوردها هؤلاء، وسنذكر منها بعض التعاريف منها:

عرّف مشروع جامعة "هارفارد الخاص بقانون المعاهدات" التحفظ بأنه: "بيان رسمي تخصص بمقتضاه الدولة أحكامًا معينةً تحد من أثر المعاهدة في علاقة الدولة بالدولة أو بالدول الأخرى الأطراف في المعاهدة، وذلك كشرطٍ كي تقبل أن تصبح طرفًا في المعاهدة"[3].

ووفق هذا المفهوم جاء بحث "هارفارد" الذي علّق فيه على نص المادة 13 من مشروع اتفاقية قانون المعاهدات لعام 1969، إذ ورد فيه ما يلي:

تعترف الدولة بصياغتها الذاتية لهذا الشرط تعترف ضمنيًا أنه توجد تفسيراتٍ ممكنةٍ للمعاهدة، ومن المحتمل أن تختلف عن تفسيرها هي، وترغب عن طريق إبدائها لهذا الشرط أن تعطي للمعاهدة تحديدًا معينًا للمدى الذي يتعلق بها، يحد هذا التحفظ من أثر المعاهدة، لأنه في حالة غيابه يحق للأطراف الأخرى اعتماد تفسيرٍ آخرٍ من التفسيرات الممكنة

1 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 81.

2 – المرجع نفسه، ص 84.

3 – نقلاً عن: محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 326.

والسعي إلى تغليبه على غيره[1].

كما عرّفه الفقيه "شارل روسو" على أنه: "تصريح صادر عن إحدى الدول المشتركة في معاهدة ما، تعرب عن رغبتها في عدم التقيد بأحد أحكامه أو تعديل مرماه أو جلاء ما يكتنفه من غموض"[2]، ويضيف "كابلير" أنّ "الإعلان التفسيري" شكل من أشكال التحفظ[3].

ذهب "عبد العزيز محمد سرحان" في تعريفه إلى أنه: "إعلان الدولة عند التصديق على اتفاق دولي معينٍ، على عدم ارتباطها بأحد أو بعض نصوص هذا الاتفاق، أو تفسير هذا النص أو هذه النصّوص بطريقة معينة تقبلها الدول الأخرى الأطراف في الاتفاق"[4].

بينما يعرفه البعض الآخر على أنه نوع مستقل بذاته ويختلف اختلافًا كليًا عن التحفظ، ولا يشمل مفهوم التحفظ الإعلانات التفسيرية، ويلاحظ ذلك من خلال بعض التعريفات التي جاء بها أصحاب هذا الاتجاه نذكر منهم:

تعريف الفقيه "همفري والدوك" في تقريره الأول الذي قدمه إلى لجنة القانون الدولي حول قانون المعاهدات أن: "الإعلان التفسيري أو إعلان فهم النوايا أو فهم معنى المعاهدة الذي لا يؤدي إلى التغيير في الأثر القانوني للمعاهدة لا يكون تحفظًا"، إلا أن هذه العبارة حذفت من قبل لجنة الصياغة باعتبار أنه يمكن مناقشتها أثناء التعليق على المشروع، ويرى "همفري والدوك" هذا الموضوع في غاية الأهمية، إذ أنه في كثيرٍ من الأحيان يصدر الإعلان التفسيري عن الدول، وفي أحيان أخرى تتضمن هذه الإعلانات تحفظًا بصورةٍ خفيةٍ ومستترة[5].

---

1 – نقلاً عن: محمود عبد الغني، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1986، ص 07.

2 – انظر: شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة، شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987، ص 57.

3 – KAPPELER.D, Les réserves dans les traités internationaux, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bale, 1958, p 13.

4 – عبد العزيز محمد السرحان، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1980، ص 190.

5 – الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي، ج 01، 1962، الوثيقة رقم A/CN.4/144 et Add.1.، الفقرة 70.

لقد علقت لجنة القانون الدولي حول التمييز بين التحفظ والإعلان التفسيري في مشروع المادة 02 فقرة 01/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات مؤكدةً إن: "تصدر عن الدول في كثيرٍ من الأحيان تصريحات تخص تفسيرها لبعض الأمور أو لأحكامٍ معينةٍ في المعاهدة، وهذه التصريحات قد تكون مجرد توضيح لموقف الدولة وقد ترقى إلى التحفظ إذا استبعدت تطبيق أحكام المعاهدة بالطريقة التي تم تبنيها بها"[1].

للإشارة فإن اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار حاولت التمييز بين التحفظات والإعلانات التفسيرية، إذ أنها منعت التحفظ على أحكامها وأجازت للدول أن تصدر إعلانات أيًا كانت صيغتها أو تسميتها عند توقيع الاتفاقية أو التصديق عليها، ويكون الهدف من خلالها التنسيق بين كل من قوانينها وأحكام تلك الاتفاقية، ذلك بشرط أن لا يكون الهدف من هذه الإعلانات أو التصريحات استبعاد وتعديل الآثار القانونية لأحكام الاتفاقية، ولكن لا يمكن الجزم بأن نجحت هذه الاتفاقية في التفرقة بشكلٍ تام بين ما هو تحفظ وما هو إعلان تفسيري، إذ يلاحظ أن هذه الاتفاقية اشترطت في الإعلانات التي يجوز للدول إصدارها شرط واحد وهو التنسيق بين القوانين الوطنية لها وأحكام الاتفاقية، وهو هدف التحفظات ذاته[2].

أما المقرر الخاص للجنة القانون الدولي "ألان بيليه" أشار إلى أن هناك نظريتين في شأن التحفظات على المعاهدات الدولية:

نظرية "شخصية" أساسها التمسك بالنية المعلنة للدولة التي أصدرت الإعلان، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية، ونظرية "موضوعية" أساسها البحث عن أثر الإعلان ومضمونه، وفي حقيقة الأمر فالدولة إذا أبدت تحفظًا حقيقيًا مستترًا بإعلان تفسيري وجب اعتبار ذلك تحفظاً، وقد أشار المقرر إلى أن السند الذي تؤسس عليه النظرية الأخيرة رأيها ليس قاطعًا حتمًا[3].

1 – نقلاً عن: محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي، ج 01، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2002، ص 224.

2 – إبراهيم محمد الدغمة، القانون الدولي للبحار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص ص 467 – 470.

3 – حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 01، ج 02، 1995، الوثيقة رقم: A/50/10، ص 445.

تبنت أجهزة الرقابة المنشأة بمقتضى المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان بصدد التحفظات على معاهدات حقوق الإنسان النظرية الموضوعية، فأشارت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان بمناسبة قضية "تملتاش" ضد سويسرا سنة 1982، أنها ستعتمد في إقامة التفرقة بين التحفظ وبين الإعلان التفسيري على تعريف التحفظ الوارد في المادة 02 الفقرة 01/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، وعلى تعليقات لجنة القانون الدولي، وانتهت اللجنة إلى أنه إلى جانب التحفظات يجب أن نميز بين نوعين من الإعلانات التفسيرية هما:

– الإعلان التفسيري البسيط: وهو الذي لا يرقى إلى درجة تحفظ، إذ لا يعدو أن يكون تفسيرا لنص من نصوص المعاهدة، وإذا توصلت اللجنة أو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى تفسير مخالف للتفسير الوارد في هذا النوع من التصريحات فالدولة صاحبة التصريح عليها أن تحترم تفسير اللجنة أو المحكمة، وأن تترك تفسيرها المدرج في هذا التصريح.

– الإعلان التفسيري الموصوف: والذي تعبر اللجنة عنه بقولها: "أن الدولة عندما تقوم بإصدار إعلان، وتجعل منه شرطًا أساسيًا للالتزام بالمعاهدة، وبموجبه تستبعد أو تعدل الأثر القانوني لبعض الأحكام، فإن مثل هذا الإعلان يجب أن يعتبر تحفظًا وفقًا للمعنى الوارد في المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية"[1].

طبقًا للجنة الأوروبية لحقوق الإنسان فإنه من الضروري في مثل هذه الأمور تفسير نية صاحب التصريح. وهذا يتم الوصول إليه من خلال العبارات التي صيغ بها التصريح ذاته وحسب الظروف المحيطة به، وكذا باللجوء للأعمال التّحضيرية عند الضرورة.

يبدو أن اللجنة قد مزجت بين المعيارين الموضوعي المتمثل في الأثر الذي يحدثه الإعلان، والذاتي المتمثل في معرفة نية الحكومة السويسرية.

1 – تقابلها المادة 57 من النص الجديد، ولا يوجد فرق في المحتوى بين المادتين 64 و57 من الاتفاقية، فالفرق يقتصر على ترقيم المادة التي أصبحت 57 بدلاً من 64 نتيجة التغييرات التي أحدثها دخول البروتوكول رقم 11 الملحق بالاتفاقية حيز النفاذ في 01-11-1996، والذي ألغى عدة نصوصٍ من ضمنها إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، وأصبحت بموجبه ولاية المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلزامية.

لقد تعمق هذا الفهم وترسخ في قضية "بيليلوس"، إذ ميزت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان – استنادًا إلى تعريف التحفظ الوارد في المادة 02 الفقرة 01/د من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 – بين الإعلان التفسيري البسيط والإعلان التفسيري الموصوف الذي يهدف إلى استبعاد أثر حكم من أحكام المعاهدة أو تعديل أثره القانوني في مواجهة الدولة التي أصدرته، يعد تحفظاً بالمعنى الدقيق بغض النظر عن التسمية التي يوصف بها، أي يجب تجاوز التسمية التي تطلقها الدول على الإعلانات الصادرة عنها، وإلى وجوب البحث في مضمون الإعلان ومحتواه المادي وغرضه[1].

تبنت لجنة حقوق الإنسان موقفًا مشابهًا لموقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في بلاغ "T.D.C/France" لتاريخ 08 نوفمبر 1989، إذ استعانت اللجنة بنص المادة 02 الفقرة 01/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، لتكييف الإعلان الفرنسي بشأن المادة 27 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[2].

أكدت اللجنة أن العبرة للمعنى وليس للمبنى، وأن الضابط يكمن في المقصود لا في التسمية المستخدمة. فبحثت اللجنة عن نية الحكومة الفرنسية، وتوصلت إلى نتيجة أن الإعلان الفرنسي يستبعد تطبيق نص المادة 27 من العهد، وثم استبعاد اختصاص اللجنة من النظر في البلاغات المقدمة ضد فرنسا التي يكون موضوعها انتهاك لأحكام المادة المذكورة أعلاه، وعليه يعتبر إعلان فرنسا بخصوص المادة 27 من العهد تحفظًا، ولا يعتد بالتسمية المستخدمة وهذه الأخيرة ليست المعيار الذي يحدد طبيعة الإعلان، لأن العبرة تكون للأثر

1 – COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt Belilos...", op cit, p 277.

2 – انظر: المادة 27 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

لقد جاء الإعلان الفرنسي كالآتي: "... المادة 27 من العهد لا مكان لتطبيقها في مواجهة فرنسا"، أكدت فرنسا في إعلانها على أنها لا تعترف بوجود أقليات في فرنسا، فدستورها يكرس مبدأ المساواة، مما يفقد المادة 27 من العهد مبرر تطبيقها في مواجهة فرنسا، انظر:

COHEN-JONATHAN Gérard, "Note sur les décisions et constatations du comité des droits de l'homme", A.F.D.I, N° 35, 1989, p 430.

الذي يهدف إلى تحقيقه، فإذا كان متجها إلى استبعاد الأثر القانوني لحكم معين من أحكام العهد أو تعديله اعتبر تحفظاً حتى لو سمته الدولة المعنية "إعلان تفسيري"[1].

خلاصة القول في التفرقة بين التحفظ والإعلان التفسيري هي أنه إذا كان الإعلان يرمي إلى تعديل الأثر القانوني لنص أو أكثر من نصوص المعاهدة، أو يرمي إلى استبعاد النص كلية فهو تحفظ حتى ولو أطلقت عليه الدول اسم "إعلان تفسيري".

على عكس ذلك إذا اقتصر أثره على توضيح المعنى الغامض للنص حسب وجهة نظر مصدره، دون استبعاده أو تعديل مداه أو أثره القانوني فهو مجرد تفسيرٍ لا أكثر ولا أقل[2]، ولقد تبنى مقرّر لجنة القانون الدولي هذا الموقف وأخذت به اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، فلا يعتد إلا بالهدف الذي تسعى إليه الدولة الصادرة عنها الإعلان.

فعلى الرغم من صعوبة التفرقة بين إجراء التحفظ وإجراء الإعلان التفسيري في التطبيق العملي، إلا أن ذلك أمر لابد منه بسبب خطورة النتائج القانونية التي تترتب عن ذلك.

المطلب الثالث

قيود شكلية خاصة لإبداء التحفظ في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

لقد كانت الشروط الشكلية السالفة الذكر شروطًا تتعلق بإبداء التحفظ في المعاهدات المتعددة الأطراف بصفة عامة، وتتضمن بعض اتفاقيات حقوق الإنسان شروط خاصة لممارسة الحق في إبداء التحفظ، تختلف عن تلك الواردة في اتفاقية فيينا لعام 1969، وتظهر هذه الشروط بصورة واضحة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات

1 – DHOMMEAUX Jean, "La jurisprudence du comité des droits de l'homme (Novembre 1987-Juillet 1991)", A.F.D.I, N° 37, 1991, p 523.

2 – COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt Belilos…", op cit, p 311.

الأساسية لعام 1950[1]، والتي تعتبر نموذجا للاتفاقيات الدولية التي أفردت للتحفظات شروطًا خاصة، بشكل أكثر اتساعًا من أيّ اتفاقية أخرى[2]، ورد في هذه الأخيرة بالإضافة إلى كل الشروط المذكورة سابقا شرطين يتمثلان في وجوب أن ينصب التحفظ على حكمٍ مخالفٍ لقانون نافذٍ في إقليم الدولة المتحفظة (الفرع الأول)، وأن يتضمن التحفظ عرضًا موجزًا للقانون المخالف لأحكام المعاهدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التحفظ على حكمٍ مخالفٍ لقانونٍ نافذٍ في إقليم الدولة

يشترط نص المادة 57 الفقرة 02 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، أن يكون التحفظ منصبًا على حكمٍ من أحكام المعاهدة مخالفٍ لحكمٍ قانونيٍ نافذٍ فعلاً على إقليم الدولة المتحفظة، فيفرض هذا الشرط التزامًا شكليًا باتًا لم تنص عليه القواعد العامة لتنظيم التحفظات في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

يعني ذلك، أن يكون القانون الذي تدعي الدولة المتحفظة، مخالفة الحكم الذي تحفظت عليه له، نافذًا وساري المفعول، وقت إبداء التحفظ، فلا يجوز للدولة المتحفظة أن تستند إلى لاحقٍ لإجراء التحفظ، وكمثالٍ على ذلك نجد في قضية "فيشر" ضد "النمسا" "c./Autriche FISCHER"، أن النمسا وبعد مصادقتها على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات

---

1 – من خلال استقراء نص المادة 57 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، نجد أنها دعت إلى:

1 – توافر النص القانوني ضمن الاتفاقية الدولية الذي يجيز إمكانية التحفظ على بنودها.

2 – إبداء التحفظ عند التوقيع أو عند إيداع وثيقة التصديق.

3 – وجوب المواءمة بين أحكام المعاهدات الخاصّة بحقوق الإنسان والقوانين الدّاخليّة النّافذة للدولة المتحفظة.

4 – أن يكون التحفظ على المواد التي تخالف قانونًا نافذًا في إقليم الدولة المتحفظة لحظة إبدائها التحفظ.

5 – أن لا يكون التحفظ عاما وإنما ينصب على حكم معيّن من أحكام أو نصوص الاتفاقية.

6 – أن يتضمن التحفظ عرضًا مختصرًا للقانون النافذ المخالف لأحكام الاتفاقية.

2 – تمت دراسة بعض هذه الشروط في المطلب الأول من هذا المبحث.

الأساسية في سنة 1950، رغبت في التحفظ على أحد نصوص هذه المعاهدة وتطبيقه على قانونٍ صادرٍ عام 1982، إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أعلنت عدم قابلية هذا التحفظ للتطبيق لأنه وفقًا للمادة 64 الفقرة 01 من الاتفاقية – نص المادة 57 فقرة 01 من النص الجديد – لا يمكن أن يستهدف التحفظ إلا القوانين النافذة والسارية المفعول على إقليم الدولة المتحفظة[1].

ولا يتصور أن يكون التحفظ لغاية حماية أحكامٍ قانونيةٍ ليست نافذةً عند إبدائه، ومن ثم يجب أن يكون التحفظ بغية المواءمة بين أحكام الاتفاقية والقوانين الداخلية النافذة في إقليم الدولة المتحفظة[2].

خلافًا لموقف هذه المحكمة، فإن اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية أخرى لها علاقة بالتحفظات التي أبدتها النمسا على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، أعطت تفسيرًا واسعًا لهذا القيد، إذ رأت أن التحفظ قد يستخدم لاستبعاد ليس فقط الإجراءات التي يغطيها التحفظ صراحةً، بل الإجراءات الأخرى المتصلة به. وذلك عندما أثير تحفظ النمسا في عام 1959 على المادة 05 المتعلقة بالحرمان من الحرية. فالمشكل أن التحفظ المذكور لا يشير إلا إلى قانون الإجراءات الإدارية الفيدرالية لسنة 1950، هذا في حين أن قانونًا لاحقًا للإجراءات الإدارية قد صدر عام 1958، ولكنه غير مشمول على الأقل من الناحية الشكلية بتحفظ عام 1950.

يعد موقف اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي يقضي بجواز أن يمتد التحفظ ليشمل قانونًا جديدًا إخلالاً بشرط موضوع الدراسة – أن يكون التحفظ على حكم مخالفٍ لقانونٍ نافذٍ في إقليم الدولة المتحفظة –، الأمر الذي يزيد مكنة الدول الأطراف في الاتفاقية في عدم الالتزام بأحكامها، طالما أنها تستطيع أن تسند تحفظها على حكمٍ ما – ليس فقط على قانونٍ

1 – C.E.D.H, "Affaire Fischer c./Autriche", Arrêt du 26 Avril 1994, Série A, Vol.312, pp 3 - 4, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int, consulté le 17-01-2015.

2 – فهد سعران فهد المطيري، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012، ص 64.

نافذٍ وساري المفعول وقت إبداء التحفظ – وإنما إلى قانون جديد، وهذا خلاف الأصل، الذي يقضي بوجوب أن تسعى الدول الإطراف في الاتفاقية إلى تعديل تشريعاتها النافذة بما يتوافق وأحكام الاتفاقية.

لكن نظرا لأهمية هذا الشرط في الوقع العملي يمكن اعتباره شرط ينطبق على أحكام المعاهدات الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان، فلا يتصور أن تكون غاية التحفظ هي حماية أحكام قانونية ليست نافذة لحظة إبدائه، لأن الحكمة من إجازة التحفظات تكمن في تزويد الدولة بأداةٍ تسمح لها بالمواءمة بين أحكام قوانينها الداخلية والتزاماتها الدولية.

الفرع الثاني

تقديم عرضًا موجزًا للقانون الداخلي النافذ والمشمول بالتحفظ

يشترط نص المادة 64 الفقرة 02 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 أنه: " ***يجب أن يتضمن أي تحفظ يتم إبداؤه طبقًا لهذه المادة عرضًا موجزًا للقانون المعني***".

لقد كان إهمال شرط تقديم ملخص عن القانون الذي يشمله التحفظ سببًا للقضاء ببطلان العديد من تحفظات على أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، سنذكر في هذا بعض أراء اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

أكدت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية "تملتاش" "TEMELTASCH" أن هذا الشرط يوفر ضمانةً للدول الأطراف في الاتفاقية ولأجهزة الرقابة في أن لا يتجاوز التحفظ حدود الأحكام المستبعدة صراحةً من جانب الدولة المتحفظة، ويمثل عنصر إثباتٍ وعامل استقرارٍ للأوضاع والمراكز القانونية[1]، هذا من جهةٍ، ومن جهة أخرى يجعل الدول قادرة على تعريف نفسها بالقانون المحلي ذو الصلة والذي لا ينسجم مع أحكام المعاهدة.

1 – IMBERT Pierre-Henri, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme devant la commission européenne des droits de l'homme", op cit, p 596.

وعليه فإن الهدف من وضع شرط تقديم ملخص للقانون الوطني هو تفادي التحفظات ذات الطبيعة العامة، ويعتبر هذا الشرط شرطًا إضافيًا يجب تفسيره مع الفقرة 01 من المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، التي تنص على أنه يمكن لكل دولة عند التصديق أو التوقيع على هذه الاتفاقية أن تبدي تحفظا حول نص خاص من نصوص الاتفاقية، في الحالة التي يكون قانونها الوطني مخالفًا لهذا النص، وعلى أن التحفظات ذات الطابع العام غير جائزة[1].

كما ترى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه لا يجوز للدولة المتحفظة مخالفة هذا الشرط، تحت أي ظرفٍ من الظروف، إذ لم يقنعها مبرر الحكومة السويسرية في عدم تمكنها تقديم بيانٍ موجزٍ للقانون المعني، بحجة وجود صعوباتٍ عمليةٍ تكمن في وضع قائمة موحدة للقوانين الإقليمية والبلدية، باعتبارها دولة اتحادية لا يوجد فيها قانون موحد على مستوى الدولة[2].

فبالتالي قضت اللجنة أن عدم تقديم ملخص عن القانون المشمول بالتحفظ، ومن ثم عدم احترام شرط من الشروط الشكلية الواردة في المادة 64 جعل إعلان سويسرا ليس سليمًا ومن ثم غير مقبول[3].

يضيف القاضي "كيرمان" "Kierman" في هذه القضية أن شرط تقديم ملخص عن القانون المشمول بالتحفظ يجب قراءته بالخصوص مع الأخذ بعين الاعتبار المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، التي تمنح للأمين العام لمجلس أوروبا نوعًا من السلطة في الرقابة على تطبيق الاتفاقية وطلب تقديم إيضاحات وإبداء ملاحظات بشأن التصرفات التي تقوم بها الدول فيما يخص الاتفاقية.

زيادة على ذلك فإن اشتراط تقديم ملخص عن القانون المخالف للحكم محل التحفظ

1 − IMBERT Pierre-Henri, "Les réserves dans la convention européenne des droits de l'homme devant la commission européenne des droits de l'homme", op cit, p 599.

2 − Ibid, p 597.

3 − De BRUYN Donnatienne, DEPRE Sébastien, …et autres, Les exceptions préliminaires dans la convention européenne des droits de l'hommes, op cit, p 120.

أهمية في استبعاد وجهة النظر التي تدافع عن فكرة التحفظات الضمنية المقرونة بالنظام العام الداخلي.

نشير في هذا الصدد إلى آراء منفردةٍ لبعض القضاة بمناسبة قضية "حضانة الطفل"[1]، حيث دافع هؤلاء عن فكرة التحفظات المفترضة أو الضمنية، فوفقًا لرأيهم يعتبر تحفظ السويد يتلاءم مع الاتفاقية – اتفاقية لاهاي لعام 1902 الخاصة بحضانة الطفل – ويجب أن يكون تصديق الدول مقرونًا بتحفظٍ ضمنيٍ خاصٍ بالنظام العام الداخلي لكل دولةٍ.

كان رد البعض الآخر على هذا القول مثل الأستاذ "والدوك" إن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى. ويمكن أن يؤدي إلى توسيعٍ لا نهاية له، وربما يؤدي إلى انهيار القوة الملزمة للاتفاقيات الدولية[2].

كما فسر مجموعة من الفقهاء وجود شرط تقديم ملخصٍ عن القانون المشمول بالتحفظ في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، بأنه كان الهدف منه حسب محرري المعاهدة هو منح فرصة للدول التي لا تزال تشريعاتها الوطنية لا تتلاءم مع المعاهدة لتعديل أحكامها تدريجيا لتتوافق مع الاتفاقية، وليس السماح لها باختيار وانتقاء النصوص التي ترغب الارتباط بها.

هذا وأضافت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في قرار "بيليلوس" "BELILOS" أن واجب احترام شرط تقديم ملخصٍ عن القانون المشمول بالتحفظ لا يعتبر التزامًا شكليًا فقط، وإنما يعتبر أيضًا شرطًا في الموضوع، فإن إهمال هذا الشرط لا يمكن تبريره ولو كان السبب صعوبات التطبيق[3].

ينبغي الإشارة إلى أنه لا يعني هذا الشرط مطلقًا الإلحاق المادي للعرض الموجز

---

1 – انظر وقائع هذه القضية في المطلب الأول الفرع الأول من هذا المبحث.

2 – عبد العزيز محمد السرحان، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة لها طبقا للمبادئ العامة للقانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 187 – 188.

3 – C.E.D.H, "Affaire BELILOS c./ La Suisse", op cit, § 59.

بالتحفظ، هذا ما أكدت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية "كورهر" "Chorher" ضد النمسا، أن "الإحالة في التحفظ إلى الجريدة الرسمية المسبوقة بتوضيح لموضوع النصوص المبررة للتحفظ، تعد كافيةً لتحقق هذا الشرط، لذلك، فإن تحفظ النمسا يتوافق مع نص المادة 64 الفقرة 02 من الاتفاقية"[1].

يلاحظ في هذا المجال أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية قد لجأت مرارًا إلى الشرط الشكلي الخاص بتضمين التحفظ لعرض موجز للقانون المخالف بغية تجنب الخوض في مسألة الطابع العام للتحفظ محل النزاع، وكذلك الأمر بالنسبة إلى جميع التحفظات المتضمنة إحالات إلى الأوصاف الواردة في القانون الداخلي[2].

والجدير بالذكر أنه لم ينحصر الاهتمام بتطبيق هذا الشرط على المستوى الأوروبي فقط، بل أكدت على أهميته لجنة حقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 24(52)، رغم أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لم يشير إلى أي قيد لممارسة التحفظ على أحكامه، إذ ترى أنّه "يجب أن تكون التحفظات محددةً وشفافةً بحيث تكون اللجنة وكذلك الخاضعون لولاية الدولة المتحفظة والدول الأطراف الأخرى على علمٍ بالالتزامات التي تم أو لم يتم عقدها فيما يتعلق بحقوق الإنسان[3]، ومن المرغوب فيه أن تقوم الدولة التي تبدي تحفظًا بالإشارة في عبارات محددة إلى التشريعات أو الممارسات المحلية التي تعتقد أنها غير متوافقة مع التزامات العهد المتحفظ عليها..."[4]، لعل يدل ذلك على أهمية القيد الخاص بتقديم عرضٍ مختصرٍ للقانون الداخلي للدولة الذي يتعلق به التحفظ بأهمية خاصة، لكن عدد كبير من الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لم تراع هذا القيد، واكتفت بالإحالة إلى ذلك القانون بصورةٍ عامةٍ.

1 − C.E.D.H, "Affaire CHORHERR c/Autriche", Arrêt Août 1993, § 20−21, voir le site: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62378, consulté le 12-09-2016.

2 − CHOHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme relatifs aux droits de l'homme : nouveaux aspects européens et internationaux", R.G.D.I.P, N°04, Ed. A.Pedone, Paris, 1996, op cit, p 926.

3 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 19.

4 – المرجع نفسه، الفقرة 20.

المبحث الثاني

القيد الموضوعي: توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها

تتفق أغلب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان على شرط موضوعيٍ وحيدٍ يتمثل في عدم تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها. فقد يطبق هذا القيد من خلال نص صريح كما في الفقرة 02 من المادة 20 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965[1]، إذ يلاحظ أن هذه الاتفاقية أشارت إلى هذا القيد قبل اعتماده من قبل اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969. إلى جانب اتفاقية سنة 1965 أشارت أيضا الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990 في الفقرة 02 من المادة 91، وكذا الفقرة 02 من المادة 28 من اتفاقية سيداو بشكل صريح لهذا القيد، أو من خلال الإحالة إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، كما في المادة 51 من الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل عام 1989[2].

غير أنه رغم اعتبار هذا الشرط أساسيًا، ويجب أن تخضع له جميع التحفظات حتى ولو لم تنص المعاهدة على ذلك، إلا أنه لا نصوص معاهدات حقوق الإنسان ومن بينها اتفاقية سيداو ولا اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 تتضمن توضيحًا لمفهوم شرط توافق التحفظ لموضوع المعاهدة وغرضها، كما أنها لم تحدد الجهة المسئولة عن التدقيق في مدى توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة والغرض منها في حال وقوع خلافٍ بين الأطراف.

---

1 – اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د–20)، مؤرخ في 21 ديسمبر 1965، دخلت حيز النفاذ في تاريخ 04 جانفي 1969، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66–348، المؤرخ في 15 ديسمبر 1966، ج.ر.ج.ج، العدد 110، الصادر في 30 ديسمبر 1966.

2 – اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44، مؤرخ في 20 نوفمبر 1989، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 2 سبتمبر 1990، صادقت عليها الجزائر مع التصريحات التفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92–461، المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج.ر.ج.ج، العدد 91، الصادر في 23 ديسمبر 1992.

وعليه سيتم من خلال هذا المبحث دراسة مفهوم توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها والمحاولة من خلالها توضيح هذا المفهوم الذي يتخلله غموض كبير وصعوبات عدة (المطلب الأول)، والإشارة إلى ما توصل إليه الفقه والقضاء الدوليين من ضوابطٍ ومعاييرٍ لتحديد متى يتنافى التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها خاصة على المستوى الأوروبي إذ تعرضت كل من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في العديد من قراراتها وآرائها الاستشارية إلى شرط توافق التحفظ لهدف وموضوع الاتفاقية ووضع بعض المعايير لتحديده، مع الإشارة لموقف لجنة حقوق الإنسان في هذا الموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها

يستدعي فهم شرط توافق التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها التطرق لدراسة عدة عناصر تساهم في توضيحه، بداية بالبوادر الأولى لظهور هذا الشرط في القانون الدولي (الفرع الأول)، ثم تعريفه من خلال محاولات الفقه والقضاء في حصر معنى العبارتين "موضوع" و"هدف" (الفرع الثاني)، وأخيرًا التمييز بين شرط توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها في كل من الاتفاقيات الدولية العقدية والاتفاقيات الدولية الشارعة، إذ سيساعد ذلك توضيح الموضوع أكثر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

البوادر الأولى لظهور شرط توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها

يعد شرط توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها[1] من ابتداع محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في 28 ماي 1951 الخاص بمدى جواز التحفظ على معاهدة

1 – يبدو أن عبارة – "هدف وموضوع المعاهدة" – قد استُخدمت للمرة الأولى بصيغتها الحالية محكمة العدل الدولية الدائمة الصادرة في 31 جويلية 1930 بشأن مسألة الطوائف اليونانية البلغارية، انظر: =

مكافحة جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها[1]، حيث أحدث هذا الأخير ثورة نحو تطور فكرة التحفظ.

إنّ رأي المحكمة جاء توفيقيًا بين الرافضين لفكرة التحفظ والمؤيدين لها، حيث ذهبت المحكمة في هذا النطاق إلى أنه: "لا يجوز الاستنتاج، بسبب عدم وجود مادة بشأن التحفظات، بأن التحفظات محظورة، وعدم وجود أحكامٍ صريحةٍ بشأن الموضوع، لتقرير إمكانية إبداء التحفظات وتقرير آثارها، يستدعي النظر في طابع تلك التحفظات وغرضها. فإذا صدر تحفظ عن دول أطراف في المعاهدة، بينما لم تعارضه دولٍ أخرى، فإنّه يمكن اعتبار الدولة المتحفظة طرفا في الاتفاقية، شريطة أن يكون التحفظ متفقًا مع موضوعها والهدف الذي ترمي إليه"[2].

=C.P.J.I, " Question des «Communautés Gréco-Bulgares»", Arrêts, Ordonnances et Avis consultatifs, Série B, Avis consultatif N° 17, du 31 Juillet 1930, voir le site, https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-b, consulté le 23-09-2017.

1 – اعتمدت اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 9 ديسمبر 1948 ضمن قرار الجمعية العامة رقم 260، دخلت حيز النفاذ في تاريخ 12 جانفي 1951، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 63–339، المؤرخ في 11 سبتمبر 1963، مع تحفظ على المواد: 06، 09، 12، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادر في 14 سبتمبر 1966.

2 – C.I.J, "Réserves à la Convention sur le Génocide", Avis consultatif du 28 Mai 1951, Recueil 1951, p 22, voir le site :https://www.icj-cij.org.

تتلخص وقائع القضية في أنّه عندما ناقشت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية والعاقبة عليها لعام 1948، أصدرت قرارًا بشأن الموافقة واقتراح التوقيع والتصديق عليها، وعلى هذا وقعت عليها بعض الدول دون إبداء أية تحفظات في حين أقرّت كل من الإتحاد السوفيتي وأوكرانيا وروسيا البيضاء وتشيكوسلوفاكيا السابقة توقيعها بتحفظات تتناول كلا من المادتين 09 المتعلّقة بالاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية بالفصل في المنازعات الناجمة عن تفسير وتطبيق الاتفاقية والمادة 12 منها المتعلّقة بعدم سريان الاتفاقية على الأقاليم التي لا تتمتع بالحكم الذاتي، واختلفت الآراء في جواز وعدم جواز إبداء مثل هذه التحفظات وذلك لأن الاتفاقية لم تكن تتضمن حكمًا في هذا الشأن يجيز التحفظ أو يحظره، وكانت وجهة نظر الدول المتحفظة أن التحفظ حق من حقوق السيادة يجوز إبداؤه بالنسبة لجميع المعاهدات، ويمكن قبوله من بعض أطراف المعاهدة دون البعض الآخر آخذًا بالعرف الذي تجري عليه منظمة الدول الأمريكية. بينما ذهبت الدول المعترضة على هذا التحفظ للقول أنه يلزم قبول هذا التحفظ من قبل جميع الأطراف في المعاهدة تطبيقًا للعرف الذي كان سائدًا في عهد العصبة في شان المعاهدات الجماعية. ولهذا كله قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 17 نوفمبر 1950 أنْ تطلب مشورة محكمة العدل الدولية، نقلاً عن: صلاح جبير البصيصي، دور محكمة العدل=

كما أكدت المحكمة أنه يجب البحث عن مدى إمكانية إبداء التحفظات على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في السمات المميزة لها، فهي معاهدة عالمية ذات غرضٍ وموضوع إنساني محضٍ، ولا تتضمن تحقيق مصالح ذاتية أو شخصية للدول، فالمصلحة المرجوة من تطبيقها هي مصلحة مشتركة للجميع مفادها صيانة قيم وأهداف عليا للمجتمع الدولي[1].

كان القضاة الذين تبنوا آراء مخالفة قد انتقدوا في رأيهم الجماعي الصادر في عام 1956 الحل الذي أقرته الأغلبية في فتوى المحكمة، مؤكدين أن هذا الحل لا يسمح بالتوصّل إلى نتائج نهائية ومتسقة، وكان هذا هو أحد الأسباب الرئيسية للمقاومة التي أبدتها لجنة القانون الدولي للنظام المرن الذي أقرّته محكمة العدل الدولية في عام 1951: "وحتى لو اعتبرنا أنه يمكن من حيث المبدأ التمييز بين الأحكام المتعلقة بموضوع الاتفاقية والغرض منها والأحكام الأبعد صلة بهما، فإن اللجنة لا ترى كيف يمكن أن يكون هذا التمييز غير ذاتي"[2].

أثبت الفقيه "فيتزموريس جيرالد" "FITZMAURICE Gerald" بأسلوب مقنعٍ أن الأحكام القضائية الدولية لا تسمح بحسم المسألة وهذا صحيح، وبخاصة لأن أيًا من موضوع المعاهدة – الذي يُعرَّف بأنه مضمون المعاهدة –، والغرض من المعاهدة – أي النتيجة المنشودة – على وجه التحديد، لا يبقى ثابتًا وساكنًا عبر الزمن، بل هو مفهوم عرضة للتغيير والتطور في مجال نفاذ الاتفاقية وتطبيقها[3].

وعلى رغم من ذلك قوبل شرط التوافق في بادئ الأمر بنقدٍ من جهة لجنة القانون الدولي، على أساس أنه غير ملائم للمعاهدات الجماعية، ويؤدي إلى تقسيم المعاهدة إلى

=الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2017، ص ص 145 – 150.

1 – C.I.J, "Réserves à la Convention sur le Génocide", Avis consultatif du 28 Mai 1951, op cit, p 22.

2 – Idem.

3 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 488.

جزأين حسب ما يشكل موضوع وهدف المعاهدة، وتبنت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، شرط التوافق في المادة 19 الفقرة 03 والمتعلقة بإجازة التحفظات[1].

كما أن الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذا النص لا تفيد كثيرًا في تحديد معنى العبارة – هدف المعاهدة وموضوعها – فإن التعليق على مشروع المادة 16 الذي اعتمدته لجنة القانون الدولي في عام 1966، يقتصر على فقرةٍ وحيدةٍ ولا يتطرق حتى إلى الصعوبات المرتبطة بتعريف موضوع المعاهدة والغرض منها، إلا بأسلوبٍ غير مباشرٍ إلى حدٍّ بعيدٍ، يقتصر على الإحالة إلى مشروع المادة 18 التي أصبحت المادة 20 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969: " ***إن مقبولية أو عدم مقبولية تحفظٍ، يُبدى في إطار الفقرة (ج) ... يتوقف إلى حدٍّ كبيرٍ، في جميع الأحوال، على مدى اعتبار الدول المتعاقدة هذا التحفظ تحفظًا مقبولاً***"[2]، وهي تعني بالضرورة أنه سيكون هناك خلافات حول تفسير مدى اعتبار تحفظٍ معينٍ مخالفًا أو غير مخالفٍ لموضوع المعاهدة وهدفها.

---

1 – مرت مسألة التحفظات على المعاهدات الجماعية أو المتعددة الأطراف بعدة مراحل قبل أن تتخذ محكمة العدل الدولية رأيها الاستشاري في قضية التحفظات على اتفاقية منع ومعاقبة الإبادة الجماعية هي:

1– المرحلة التي سبقت قيام عصبة الأمم: سادت في هذه الفترة قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي مؤداها أن التحفظ لا يمكن إبداؤه على المعاهدات متعددة الأطراف إلّا إذا وافقت عليه جميع الدول الأطراف في المعاهدة، فإذا رفض التحفظ ولو من طرف واحد، سقط ذلك التحفظ، وبذلك يكون الطرف مخيّرًا بالبقاء طرفًا في المعاهدة أو بعدم الدّخول طرفًا فيها.

2– مرحلة بعد قيام عصبة الأمم 1920–1939: سارت عصبة الأمم على قاعدة الإجماع والتي كانت سائدة قبل قيام العصبة، كما اشترطت إجازة التحفظ بنص صريح في بنود الاتفاقية.

3– مرحلة عهد الأمم المتحدة (1945–1950): سارت الأمانة العامة للأمم المتحدة على نهج المرحلتين السابقتين، فأخذت بقاعدة الإجماع كشرطٍ لقبول التحفظ من قبل كافة الأطراف، وأن يترك الخيار للطرف طالب التحفظ بقبول المعاهدة كما هي دون تحفظ أو الانسحاب منها كليًا.

وطالما أنّ الأمانة العامة للأمم المتحدة هي الجهة المسئولة عن إيداع المعاهدات الجماعية لديها، فإن السكرتير العام للأمانة العامة كان يرفض إيداع وثائق التصديق المصحوبة بالتحفظ إلا بعد موافقة جميع الأطراف عليه، انظر: علا شكيب باشي، التحفظ على المعاهدات الدولية متعددة الأطراف، مرجع سابق، ص ص 45 – 57.

2 – حولية القانون الدولي، المجلد 2، 1965، الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/1965/Add.1، الفقرة 18، ص 607.

كما كان مؤتمر فيينا متخوفًا من هذا المعيار الشخصي راغبًا في أن تكون هناك جهة أو هيئة تفصل في مدى توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة، حيث اقترح آنذاك السيد "ايان شان كلير" ممثل بريطانيا ضرورة وجود جهاز أو هيئة مستقلة محايدة تفصل في توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة، وأن تكون هذه المعايير موضوعية وليست شخصية، كما أيدت هذا الاقتراح بعض الوفود. إلا أن هذا المقترح لم يتحقق إذ كان رد السيد "همفري والدوك" المستشار القانوني للمؤتمر ومقرر لجنة القانون الدولي حاسمًا في رأيه: "هذا الاقتراح جذاب وبراق ولكنه يعوق نظام المرن الذي جاءت به الاتفاقية، ومن الناحية العملية فهو عديم الأثر طالما أن المبدأ هو أن الدولة التي لا يروق لها التحفظ فهي ترفضه أو تعترض عليه"[1].

في ضوء ذلك، يمكن القول أن شرط التوافق لتحديد جواز إبداء التحفظ أم لا على أحكام معاهدة تلتزم بالصمت بشأن مسألة التحفظات قد أصبح قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي، بدليل أن غالبية المعاهدات الجماعية تعتمده. بمعنى إذا خلت المعاهدة من أي نص يتعلق بالتحفظ فتستطيع كافة الأطراف إعلان ما تريد من التحفظات بشرط عدم تعارضها مع موضوع المعاهدة والهدف منها، والغاية من ذلك هي الحد من اندفاع الأطراف نحو ممارسة هذا الحق مما قد يؤدي إلى إفشال المعاهدة وضياع الغاية المرجوة منها.

الفرع الثاني

المقصود بـ "موضوع" و"هدف" المعاهدة

لكل معاهدة موضوع محدد يكمن وراء تنظيمه غرض معين يعمل الأطراف على الوصول إليه. فإن عبارة "موضوع وغرض" كثيرة الاستعمال في قانون المعاهدات ولا يقتصر مفهوم موضوع المعاهدة والغرض منها على ميدان التحفظات فهو مستخدم ثمانية مراتٍ في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969[2]، فبيان معنى العبارة حاسم في حل العديد من

1 – نقلاً عن: علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 364.

2 – ذلك في المواد التالية: المادة 18 تنص على أنه: "تلتزم الدولة بالامتناع عن الأعمال التي تعطل موضوع المعاهدة أو غرضها وذلك: =

الخلافات الراهنة في القانون الدولي، فعلى سبيل المثال تم التحفظ من قبل العديد من الدول الإسلامية على عدة نصوص من اتفاقية سيداو، واعتبرتها بعض الدول تحفظات غير جائزة لأنها تتنافى مع موضوع المعاهدة والهدف منها، بينما دول أخرى لم تعبر عن الموقف نفسه بل باتت ساكتة، وعليه كان لغياب معيار محدد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 لماهية موضوع المعاهدة وهدفها أثر كبير في اختلاف وجهات النظر بشأن التحفظات، ومدى تعارضها أو توافقها مع موضوع المعاهدة وغرضها[1].

وفي هذا ويقول الأستاذ "روتر بول" "REUTER.P" أنه: "استعانت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 بهذا المفهوم، إلا أنها لم تعرفه ولم يكن واضحا في إطار الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام 1951 الذي اقتبست منه هذا المفهوم"[2].

=(أ) إذا كانت قد وقعت المعاهدة أو تبادلت الوثائق المنشئة لها بشرط التصديق، أو القبول، أو الموافقة، إلى أن تظهر بوضوح نيتها في أن لا تصبح طرفاً في المعاهدة؛ أو

(ب) إذا كانت قد عبرت عن رضاها الالتزام بالمعاهدة حتى دخولها حيز التنفيذ على أن لا يتأخر هذا التنفيذ بغير مبرر".

- المادة 19 الفقرة 03 تنص على أنّه: "... أن يكون التحفظ في غير الحالات التي تنص عليها الفقرتان الفرعيتان (أ) و(ب)، منافيا لموضوع المعاهدة وغرضها".
- المادة 20 الفقرة 02 تنص على أنّه: "حين يتبين من كون الدول المتفاوضة محدودة العدد ومن موضوع المعاهدة وهدفها أن تطبيق المعاهدة بكاملها بين جميع الأطراف شرط أساسي لموافقة كل منهم على الالتزام بالمعاهدة، يتطلب التحفظ قبول جميع الأطراف".
- المادة 31 الفقرة 01 تنص على أنّه: "تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعهاوالغرض منها".
- المادة 33 الفقرة 04 تنص على أنّه: "... إذا أظهرت مقارنة النصوص الرسمية اختلافاً في المعنى لم يزله تطبيق المادتين 31 و32، يؤخذ بالمعنى الذي يوفق بقدر الإمكان بين النصوص المختلفة مع أخذ موضوع المعاهدة والغرض منها بعين الاعتبار".
- المادة 41 الفقرة 01/ب تنص على أنّه: "لا يتعلق بنص يكون الإخلال به غير متسق مع التنفيذ الفعال لموضوع المعاهدة والغرض منها ككل".
- المادة 58 الفقرة 01/ب تنص على أنّه: " ... ألا يكون متعارضا مع موضوع المعاهدة والغرض منها".
- المادة 60 الفقرة 03/ب تنص على أنّه: "مخالفة نص أساسي لتحقيق موضوع المعاهدة والغرض منها".

1 − DAVIDS Jonas, SOUNDERS THOMAS.N, "The object and purpose of a treaty: three interpretive methods", Vanderbilt journal of transnational methods law, Vol 43, N°03, May 2010, pp 566-567.

2 − Cité par: DE FROUVILLE Olivier, L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international, Ed.A.Pedone, Paris, 2004, p 284.

فهناك خلافًا واسعًا حول المقصود بموضوع المعاهدة والغرض منها من حيث المعنى الإجمالي لهذا المصطلح ومن حيث الفرق بين الموضوع والغرض.

وعليه فإذا أردنا توضيح معنى "موضوع المعاهدة وغرضها" علينا أولاً اللجوء إلى المعنى العادي للفظ موضوع وغرض.

عرّف أحد القواميس الإنكليزية كلمة "موضوع" "Object" بأنه الهدف من تصرف معين، وعرّف "الغرض" "Purpose" بأنه "الهدف الذي يسعى أحد ما لأجله أو الهدف من وجود شيء ما"[1].

وجاء تعريف كلمة موضوع "objet" في القاموس الفرنسي "لاروس" بأنه العملية القانونية التي يحددها الاتفاق، وعرّف "غرض" "But" بأنه النتيجة المرتقبة من مشروع أو عمل معين[2].

وجاء تعريف كلمة الهدف في أحد القواميس العربية بأنه هو الغرض المحدد أو القصد من عملية أو نشاط أو مؤسسة ككل. ويتم التعبير عن الأهداف عادةً بأهداف قابلة للقياس. ومصطلح الأهداف يستخدم أيضاً بصورة غير رسمية بمعنى المتطلبات، وعرّف كلمة "الموضوع" بأنه المادَّةُ التي يبني عليها المتكلمُ أَو الكاتب كلامَه، ولب الموضوع هو أساسه[3].

ومن هنا يتبين أن كلمتي الموضوع والهدف في اللغة الانجليزية تعطي المعنى نفسه وهذا ما ذهب إليه معظم رجال القانون الدولي الإنجليز، إذ اعتبروا الكلمتين كأنها كلمة واحدة ولا فرق بينهما، في حين نجد حسب اللغتين الفرنسية والعربية أن هناك فرقا بين الموضوع والهدف فموضوع الشيء أساسه ومحور بنيته، وغرضه الهدف الذي يرمي إليه، والفرق واضح جدا على عكس المصطلحين في اللغة الانجليزية إذ يعطيان معنى واحدًا.

1 − Oxford dictionary, voir le site, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/.

2 − Dictionnaire Larousse, voir le site, www.larousse.fr/dictionnaires/français-monolingue.

3 – معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي، على الموقع التالي:https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar .

ولم يقتصر الخلاف على المقصود من "موضوع وهدف" بل تعداه إلى كيفية تحديدهما، بمعنى آخر كيف نحدد موضوع كل معاهدة وهدفها؟ وهل هناك عناصر يجب أخذها في الحسبان عند التحديد؟ لأن الاختلاف في وجهة النظر في تحديد موضوع المعاهدة وهدفها يؤدي إلى الاختلاف في مدى جواز التحفظات الدولية.

ذهبت لجنة القانون الدولي في دليل الممارسة الخاص بالتحفظات إلى تحديد الحالات التي يكون فيها التحفظ مخالفاً لهدف المعاهدة وموضوعها بقولها في المبدأ التوجيهي رقم 2-1-5 أن: "يكون التحفظ غير متوافق مع موضوع المعاهدة والغرض منها إذا مس عنصرًا أساسيًا من المعاهدة يكون ضروريًا لمضمونها العام، بحيث يخل بعلة وجود المعاهدة"[1].

يبدو أن مسألة وضع تعريف دقيق لهذه الحالات المترابطة لاعتبار تحفظ معين لا يتوافق مع موضوع المعاهدة وهدفها ليست سهلة، ومع ذلك قدمت اللجنة بعض الإيضاحات:

1 – ينبغي فهم عبارة "عنصراً أساسياً" على أنها لا تقتصر بالضرورة على نص معينٍ. فقد يتّمثل "العنصر الأساسي" في قاعدة أو حق أو التزام يكون بمعناه في السياق الذي ورد فيه، لا غنى عنه للتوجّه العام للمعاهدة، ويكون استبعاده أو تعديله مخلاً بسبب وجود المعاهدة نفسها.

2 – يجب أن يكون "العنصر الأساسي" هذا بالتالي ضروريًا للتوجه العام للمعاهدة أي لتوازن الحقوق والالتزامات التي تشكل جوهر المعاهدة أو الفكرة العامة التي تستند إليها المعاهدة.

3 – فضلت اللجنة استعمال صفة "ضروري" على صفة "لا غنى عنه" الأكثر تشددًا، واختارت فعل "يخل" بدلاً من "يجرّد" لربطه بـ "سبب وجود" المعاهدة، بما أنّ هذا السبب يمكن أن يكون بسيطًا وأحادي المعنى – "فسبب وجود" اتفاقية منع جريمة الإبادة

1 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 481.

الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948 محدد بوضوح في عنوانها – أو أشد تعقيدًا إلى حدٍّ بعيدٍ – سواء أكان الأمر متعلقًا باتفاقية تتضمن حقوقًا والتزاماتٍ عديدةٍ مترابطةٍ من قبيل المعاهدات العامة لحقوق الإنسان أم باتفاقية متعلقة بحماية البيئة أو الاستثمارات تغطي نطاقاً عريضاً من المسائل – باعتبار أن هذا السبب قابل للتطور بمرور الزّمن، ولا يبقى ثابتا وهو الأمر الذي تشير إليه نظرية "الغرض المتطور" التي طرحها السير "فيتزموريس جيرالد" "FITZMAURICE Gerald" "إن مفهوم الموضوع والغرض ليس مفهوماً ثابتا وساكناً، بل هو مفهوم عرضة للتغير، أو بالأحرى التطور، مع اكتساب الخبرة في مجال إنفاذ الاتفاقية وتطبيقها". هذا ما يفسر فشل كل المحاولات الفقهية للتوصل إلى طريقة عامة لتحديد موضوع وغرض المعاهدة[1]، أو بالأحرى وضع معياراً واضحاً يمكن تطبيقه مباشرة في جميع الحالات.

وعليه رأت لجنة القانون الدولي أنه من المفيد استكمال المبدأ التوجيهي المشار إليه أعلاه بتوضيح طرائق تحديد موضوع المعاهدة والغرض منها، وهو ما عالجه المبدأ التوجيهي رقم 3-1-5-1 الذي ينص على أنه: "يحدد موضوع المعاهدة والغرض منها بحسن نية مع مراعاة مصطلحاتها في السياق الذي وردت فيه لاسيما عنوان المعاهدة وديباجتها. ويجوز الاستعانة أيضاً، بالأعمال التحضيرية للمعاهدة والظروف التي عُقدت فيها وكذلك، حيثما كان مناسباً، بالممارسة اللاحقة للأطراف"[2].

أضف إلى عمل لجنة القانون الدولي وما توصلت إليه من استنتاجات في مجال مفهوم وطرق تحديد هدف الاتفاقية موضوعها، يبدو أن المادة 20 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 أعطت مثالاً لما يمكن اعتباره هدف وغرض المعاهدة – لكن ليس دون غموض لأنه يقتضي ضمنا السماح بالتحفظ المخالف لهدف وموضوع المعاهدة عندما تصرح الأطراف الأخرى بقبوله –، يستهدف هذا النص في الفقرة 02 المعاهدات المحدودة وتنص على أنه: "***حين يتبيّن من كون الدول المتفاوضة محدودة العدد ومن موضوع***

1 – نقلاً عن: لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 492.

2 – المرجع نفسه، ص 494.

المعاهدة وهدفها أن تطبيق المعاهدة بكاملها بين جميع الأطراف شرط أساسي لموافقة كل منهم على الالتزام بالمعاهدة، يتطلّب التحفظ قبول جميع الأطراف".

لكن هذا لا يكفي لوضع مفهوم واضح لكل من "هدف" و"موضوع" المعاهدة، ولا نعتمد بسهولة على الحدس في هذا الموضوع لأن عبارات هذا النص تبدو واضحة بما فيه الكفاية.

كما يؤكد جانب من الفقه أن عدم وضوح ودقة قاعدة توافق التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها تجعل من الصعب التعرف على الأسباب الحقيقية لإعلان عدم صحة التحفظ وبالتالي بطلانه، ولذلك يمكن أن نعود إلى المبادئ العامة الخاصة بالعقود في القانون المدني التي اقتبست منها هذه القاعدة لكي نحاول إعطاء تعريف لها[1].

أما الجانب الآخر من الفقه من بينهم الفقيه "بوويت" "Bowett" يرى: إن قياس المعاهدات الدولية بالعقود الخاصة في القانون المدني لا يفيدنا بشكل خاص، لأنّ نوع المعاهدات التي تهمنا ليست مشابهة تمامًا للعقد، ولكن هي أقرب إلى العقود شبه التشريعية[2]، وفي المعنى نفسه يعبر القاضي "ألفاريز" "Alvarez" في رأيه المعارض للرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية التحفظ على اتفاقية قمع جريمة الإبادة الجماعية، على أنه لا يجب تفسير هذه المعاهدات بناءً على حججٍ تستند إلى القانون المدني والمتعلقة بالعقود فطبيعتها مختلفة تمامًا عنها.

فإذا كانت المعاهدات قابلة للمقارنة أساسا بالعقود في القانون الخاص، فإنه ليس لها في كل الأحوال الخصوصيات نفسها، لأن بعض هذه المعاهدات موضوعها ذا طابع قانوني – كمعاهدات حقوق الإنسان – وهو ما يستدعي نظام مختلف عن نظام العقود في القانون المدني[3].

1 − DE FROUVILLE Olivier, L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international, op cit, p 285.

2 − Ibid, p 286.

3 − Idem.

حدد القضاء الدولي من جانبه موضوع المعاهدة وهدفها في كل حالة على حدة، فمحكمة العدل الدولية الدائمة مثلاً أقامت تفرقة بين موضوع المعاهدة والغرض منها، في رأيها الاستشاري الخاص بمدارس الأقليات في ألبانيا، إذ قالت: "إن الفكرة الأساسية التي تقوم عليها معاهدة حماية الأقليات، هي توفير إمكانية التعايش السلمي، والتعاون الودي لمجموعات اجتماعية مندمجة في الدول التي يتكون شعبها من عرقٍ ولغةٍ وعقيدةٍ غير تلك التي تنتمي إليها الأقلية، المتعايشة مع هذا الشعب مع الاحتفاظ في الوقت نفسه، بالسّمات التي تميّزها عن الأغلبية إرضاء للمتطلبات التي أشارت إليها المعاهدة، وللوصول إلى هذا الهدف فإنّ هناك أمرين ضروريين لابد منهما يشكّلان موضوع المعاهدة:

– أولا: ضمان أن الرعايا الذين ينتمون إلى الأقلية من حيث العرق أو الدين أو اللغة، يعاملون من جميع الوجوه معاملة متساوية مع بقية رعايا الدولة.

– ثانيا: توفير الوسائل المناسبة لهذه الجماعات أو الأقليات من أجل الوصول إلى الحفاظ على هويتها..."[1]، فالمحكمة حاولت إقامة التفرقة بين موضوع المعاهدة وغرضها على أساس أن الغرض هو "الفكرة التي أسست عليها الاتفاقية..." بينما الموضوع هو "الوسائل الضرورية لتحقيق هذه الفكرة". بطريقة أخرى الهدف هو النتيجة التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها من خلال الأحكام المدرجة في الاتفاقية بينما الموضوع هو القاعدة.

وعلى خلاف رأي هذه المحكمة فإنه بالنسبة لأغلبية الفقهاء إن الموضوع ليس هو فقط القاعدة، فيرى "فوديري برادي" "FODÉRÉ Pradier": "أن موضوع المعاهدة هو مادة الاتفاق بحد ذاتها وهو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ما أو الشيء الذي تتعاقد عليه أو ما تلتزم به"[2].

1 – C.P.J.I, "Avis consultatif du 6 Avril 1935", Série A/B, N° 64, p 17, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab, consulté le 23-08-2015.

2 – LALY CHEVALIER Caroline, La violation du traité, Ed.Bruylant, Bruxelles, 2005, p 102.

أما الفقيه "كومباكو جون" "COMBACAU Jean" عرّف الموضوع على أنه، هو: "الآثار القانونية التي يريد الأطراف تحقيقها"، بينما الفقيه "بونار" "BONNARD. R" يرى أنه: "هو النتيجة التي نتوخى تحقيقها من خلال الآثار القانونية للاتفاق"[1].

إذن يعد موضوع المعاهدة هو جوهرها الذي تعبر عنه النصوص التي تقرّر الحقوق والالتزامات المتبادلة لأطرافها، أمّا الغرض من المعاهدة فهو ما يسعى الأطراف إلى تحقيقه متمثلا في تنفيذ تلك الالتزامات المقررة.

ففي حال اعتبار "غرض المعاهدة" و"موضوعها" مفهومين متميزين فإن تحديد صلاحية التحفظ يعتمد على شرطين: الأول يتمثل في وجوب أن يكون التحفظ مطابقًا مع موضوع المعاهدة، والثاني يتمثل في وجوب أن يكون مطابقًا مع هدفها[2]، وهذا ليس بالأمر الهين.

وهذا يمكن لجهة التفسير في إطار عملية البحث عن حقيقة موضوع المعاهدة والغرض منها، الاستفادة من جميع الوسائل ذات الصلة بالكشف عن تلك الحقيقة، لكن مع وجوب أن يلمّ هذا البحث بكامل نصوص المعاهدة وليس بجزء من أجزائها فقط.

إذ لا يصح الفصل التام بين البحث عما تصوره جميع نصوص المعاهدة على أنّه الهدف العام الذي يرمي الأطراف إلى تحقيقه، وبين الكشف عن الهدف الذي يمكن أن يكون "محدودًا"، كما يشير إليه أيّ نصٍ من نصوص المعاهدة، ولا يتقرر فقط بالاستناد إلى لفظٍ معينٍ أو فقرةٍ خاصةٍ وبمعزل عن بقية نصوصها، في هذا المعنى أشارت محكمة العدل الدولية الدائمة في رأيها الإفتائي والصّادر عنها بناءً على طلب مجلس العصبة حول إمكانية امتداد اختصاص منظمة العمل الدولية إلى تنظيم شروط عمل الأشخاص العاملين في الزراعة، حيث بينت المحكمة أن: "من الواضح لزوم قراءة المعاهدة بكامل نصوصها، وإنّ معناها لا يتقرر بمجرد الاعتماد على فقرة خاصة لو تم حذفها من السياق لكان التفسير قد

1 – LALY CHEVALIER Caroline, La violation du traité, op cit, p 103.

2 – TEBOUL Gérard, "Remarques sur les réserves aux conventions de codification", R.G.D.I.P, N° 04, Ed. A.Pedone, 1982, p 696.

أخذ أكثر من معنى واحد"[1].

مثلما لا يصح تجاوز أو إهمال أي فقرةٍ أو عبارةٍ من سياق المعاهدة أثناء عملية تفسير أي نصٍ من نصوصها، مع التسليم بأن الديباجة من أهمّ الأجزاء التي توفر فرصةً كبيرةً لتحديد موضوع المعاهدة والغرض منها، وعند عدم تلبية نصوص المعاهدة لهدف الكشف عن موضوعها والغرض منها يمكن الرجوع إلى وسائل أخرى ثانوية، مثل أيّ اتفاق لاحقٍ بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها، وكذلك أي تعاملٍ لاحقٍ في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها.

الفرع الثالث

توافق التحفظ مع موضوع وهدف المعاهدات الدولية العقدية

والمعاهدات الدولية الشّارعة

يُعرف في مجال الاتفاقيات الدولية العقدية (التبادلية) أن سبب التزام طرف هو التزام الطرف الثاني، فلا يمكن الكلام عن موضوع وهدف المعاهدة في هذا النوع من المعاهدات، لأن كل دولةٍ طرفٍ تسعى إلى تحقيق هدفٍ خاصٍ بها وتبحث عن آثار قانونية مختلفة ولكن متكاملة مع الهدف الذي تسعى إليه الأطراف الأخرى في المعاهدة، فسبب المعاهدة يختلف عند كل أطراف المعاهدة، فبهذا لا يمكن تحديد موضوع وهدف المعاهدة إلا أثناء الوقوف عند إرادة كل طرف من أطراف المعاهدة[2].

بينما في المعاهدات الشارعة فسبب المعاهدة واحد لكل أطرافها فهو البيان في حد ذاته. لهذا فدراسة توافق التحفظ مع موضوع وهدف المعاهدة يكون بالرجوع إلى نيّة وإرادة أطراف المعاهدة أو محرريها وبناءً على تفسير جهازٍ قضائيٍ لمضمون المعاهدة.

1 − C.P.J.I, "La compétence de l'OIT en matière de la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture", Recueil (1923-1930), Série B, N° 2, p 23, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-b.

2 − De FROUVILLE Olivier, L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international, op cit, p 287.

للتذكير فإن المعاهدات تكون شارعة إذا كان الهدف من إبرامها سن قواعد جديدة لتنظم العلاقات بين أطرافها، حيث لا يقتصر أثرها على الأطراف المتعاقدة وإنما ينتقل إلى الدول الأخرى، لذا سميت بالشارعة لكونها مصدراً من مصادر القانون الدولي العام[1].

وعليه يعتبر البحث عن مدى توافق التحفظ مع موضوع وهدف المعاهدة الشارعة هو البحث عما إذا كان التحفظ لا يتناقض مع السبب المحدد بطريقةٍ موضوعيةٍ في المعاهدة، وبالتالي تحديد ما إذا التزمت الدولة المتحفظة بالمعاهدة[2].

ويمكن استنتاج أن هذا الشرط – توافق التحفظ مع هدف وموضوع المعاهدة – مرتبط بمبدأ حسن النية الذي ينتج عنه أن الدولة الطرف في المعاهدة لا يمكن لها أن تؤكد تحمل التزامًا ما، وفي الوقت نفسه تعلن عن عكس ذلك، بالتالي يكون التعبير عن إرادتها في الالتزام مفرغ من موضوعه[3].

إذن يحمي معيار تلاءم التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها في إطار المعاهدات الشارعة كل القواعد التي تساهم في تكوين هدف وموضوع المعاهدة، والتي تنطوي على التزامات ومبادئ أساسية نسبيًا لتحقيق ذلك. ويحمي كذلك الالتزامات والمبادئ العامة والتي ليست محدّدة بالضرورة في نصوص معيّنة، ولكنها تبلغ عن مجمل المعاهدة وتضمن اتّساق بين جميع أحكامها فيما بينها[4].

لقد توصلت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري لعام 1951 في قضية التحفظات على اتفاقية منع الإبادة الجماعية إلى نتيجة أنه يجب البحث عن سبب الالتزام

1 – SIMON.D, L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Morphologie des conventions et fonction juridictionnelles, Ed.A.Pedone, Paris, 1981, p 494, Note n° 39.

2 – نقلاً عن: جمال عبد الناصر، القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 68.

3 – IMBERT Pierre-Henri, Les réserves aux traités multilatéraux évolution du droit et de la pratique depuis l'Avis consultatif donné par la cour internationale de justice le 28 Mai 1951, op cit, p 121, "Lorsqu'un Etat exclut entièrement l'efficacité d'un traité pour ce qui le concerne, il ne propose pas une clause restrictive de ses obligations, mais en réalité, il exprime sa volonté den rester étranger au traité".

4 – DE FROUVILLE Olivier, L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international, op cit, p 288.

في المعاهدات الشارعة بطريقة موضوعية في نصوص المعاهدة ذاتها وبتحليلها تحليلًا ماديًا.

على أنه تختلف هذه المعاهدة عن المعاهدات الأخرى لأنها وضعت لهدفٍ إنسانيٍ بحتٍ وما يميزها أنّ هدفها يتمثل في (التأكيد والعقاب)، مبادئها مستمدة من القيم الأخلاقية الأساسية العليا، اعترفت بها قانونًا الجماعة الدولية مسبقًا، كما تحيل هذه المعاهدة في الوقت نفسه إلى نصّ أساسيٍ وهو ميثاق الأمم المتحدة، أين نجد المبادئ الأساسيّة لمنع القمع البشري التي اعتبرها الميثاق من مبادئ القانون الطبيعي التي اتّخذت الطّابع العالمي والقطعي، مما دفع المحكمة إلى القول أن هذه المبادئ اعترفت بها الأمم المتمدينة تُلزم الدول حتى الخارجة عن كلّ التزامٍ تعاهديٍ[1].

هذا بينما ذهب الأستاذ "روتر بول" "REUTER P" في تحليلٍ له إلى أن موضوع وهدف المعاهدة يرتبط بإرادة الدول الأطراف فيها، ونبحث عن موضوع المعاهدة وغرضها فيما تعتبره الدولة الطرف فيها كذلك بطريقة شخصية. إذن آثار المعاهدة ما هي إلا تلك الآثار التي تريدها الدولة الطرف فقط[2].

وعليه فإن تقييم ودراسة ما تلتزم به الدول الأطراف يكون بدراسة كل حالةٍ على حدا فلا يوجد "هدف" و"موضوع" موضوعيان ومستقلان عن إرادة الأطراف. فكل معاهدة كونها تختلف عن الأخرى بالتالي ليس من الممكن وضع تصنيفٍ عامٍ لأهداف ومواضيع المعاهدة، فيستلزم الأمر دراسة مضمون المعاهدة وتحليل الالتزام الأساسي الخاص لكل نوعٍ منها، فما يعتبر هدف وموضوع لاتفاقية ما لا يعتبر هدف وموضوع لاتفاقية أخرى، فهي تختلف حسب المضمون الأساسي الذي يشكل غرضها العام الذي أراد الأطراف فيها الوصول إليه وتحقيقه[3].

1 − C.I.J, "Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide", op cit, p 15.

2 − De FROUVILLE Olivier, L’intangibilité des droits de l’Homme en droit international, op cit, p 300.

3 − Idem.

لقد أشار القاضي "أنزيلوتي" "ANZILOTTI" في رأيه المعارض في القضية المتعلقة بتفسير الاتفاقية رقم 04 لسنة 1919 بشأن عمل المرأة ليلاً[1] إلى أنه لا يرى: "كيف يمكن القول أن حكم معين في الاتفاقية واضح قبل تحديد هدف وغرض هذه الأخيرة، لأن هذا الحكم يحمل معناه الحقيقي فقط في إطار الاتفاقية التي ورد فيها ووفقا لها (...)، فهو لا ينفصل عن باقي نصوصها"[2].

إذن لكل معاهدةٍ موضوع وغرض تسعى إلى تحقيقهما، وتختلف في ذلك عن بقية المعاهدات، ولكن ذلك لا يحول دون ملاحظة اشتراك عينةٍ من الاتفاقيات في تنظيم موضوعٍ معيّنٍ، والمثال الجليّ في ذلك اتفاقيات حقوق الإنسان.

وعليه يثور التساؤل حول مدى أحقية الدولة بأن تتذرع بجهلها بموضوع المعاهدة والغرض منها، لتظهر بمظهر الدولة الحسنة النية فيما يتعلق بمضمون تحفظاتها المخالفة لموضوع المعاهدة والغرض منها؟ إن الإجابة على ذلك تكون بالنفي، وأساسها المنطق، إذ لا يعقل أو يتصور أن تشترك دولة في إبرام معاهدة أو تنضم إليها، دون معرفتها التامة بالموضوع الذي تنظمه، والغرض الذي لأجله أبرمت الأطراف هذه المعاهدة.

نستخلص مما سبق، أن الاتفاقيات الدولية العقدية لا يمكن الحديث فيها عن موضوع وهدف المعاهدة، لأن في هذا النوع من المعاهدات سبب التزام طرف هو التزام الطرف الثاني، وعليه لا مجال لإعمال فيها شرط تلاءم التحفظ مع موضوع المعاهدة وغرضها.

بينما للمعاهدات الشّارعة موضوع وهدف يعبر عنه بـ"القاعدة الأساسية للالتزام" أو

---

1 – أبرمت الاتفاقية في 29 أكتوبر 1919 في إطار مؤتمر العمل الدولي، ودخلت حيز النّفاذ في 13 جوان 1921، وقد عدلت في سنة 1934 بالاتفاقية رقم 41، وفي سنة 1948 بالاتفاقية رقم 89.

2 – C.P.J.I, "Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes", Avis consultatif du 13 Novembre 1932, Série A/B, 1932, p 383, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab.

"سبب الالتزام"، الذي يسمح بالتعرف على ما أراد الأطراف تحقيقه، وبالتالي المساهمة في تحديد السلوك المرجو منهم.

كما يحمي شرط توافق التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها في المعاهدات الشارعة كل القواعد التي تساهم في تكوين هدف وموضوع المعاهدة. كما يحمي الالتزامات والمبادئ العامة غير المحددة بالضرورة في نصوص معينة في المعاهدة.

المطلب الثاني

معايير تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها

أشرنا في المطلب الأول من هذا المبحث أنه لا يمكن وضع قائمةٍ شاملةٍ للمشاكل التي قد تنشأ فيما يتعلق بمدى توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة والغرض منها. غير أن التحفظات على فئاتٍ معينةٍ من أحكام المعاهدات الدولية، أو التحفظات التي تنفرد في حد ذاتها بخصائص محددةٍ تثير بلا شكٍ مشاكل معينة متعلقة بجواز إبدائها فينبغي تناولها بالدراسة، الأمر الذي من شأنه أن يساعد الدول في إبداء هذا النوع من التحفظات والرد عليها ببصيرة.

وعليه يمكن مناقشة الطابع القانوني للتحفظ؛ أي في مدى توافقه مع موضوع وهدف الاتفاقية، من زاويتين:

الأولى تتمثل في تنافي التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها بسبب طبيعته العامة (الفرع الأول)، والثانية تنافي التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها بسبب أهمية الحكم المشمول بالتحفظ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها بسبب طبيعته العامة

تجعل التحفظات العامة الأحكام المعلنة في الاتفاقية الدولية أو جزءٍ منها غير نافذةٍ في مواجهة الدولة المتحفظة، إذ يتطلب احترامها عادةً تعديل القوانين الوطنية.

كما تستعملها الدول عادةً كأداةٍ للتخلص من الأحكام التي لا ترضى الالتزام بها فعليًا، مما يهدر الحقوق المعلنة فيها بصورةٍ جسيمةٍ، ويخالف هذا النوع من التحفظات موضوع الاتفاقيات الدولية وغرضها.

ولم تضع الاتفاقيات الدولية تعريفًا لهذه التحفظات، إذ اكتفت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 بالنص صراحةً على أنّ التحفظات العامة ممنوعة ولكن دون أن تبين متى تعتبر التحفظات كذلك[1]، وهذا ما قامت به لجنة حقوق الإنسان وكل من اللجنة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

عليه، تتطلب دراسة تحفظات الدول على اتفاقيات حقوق الإنسان تسليط الضوء على ممارسة واسعة للتحفظات العامة من خلال استناد التحفظ على أحكام القانون الداخلي (أولاً)، أو من خلال استناد التحفظ إلى عناصر غامضة وغير دقيقةٍ لتقييد التزاماتها بالاتفاقية (ثانيا).

أولاً – استناد التحفظ إلى أحكام القانون الداخلي للدولة:

من الأسباب التي كثيراً ما تتذرَّع بها الدول دعما لإبداء التحفظات حرصها على صيانة سلامة بعض القواعد الخاصة في قانونها الداخل.

وفي هذا يقول الأستاذ "سودر فريدريك" "SUDRE Frédéric" إن التحفظ على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يجعل تطبيقها مختلفًا من دولة إلى أخرى من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص "Rationne Materiae"[2]. فتراعي الدول عند ارتباطها باتفاقيات حقوق الإنسان، عدم مخالفة أحكام الاتفاقية لقانونها الوطني، أي أنها تقبل نصوص المعاهدة في حدود تلاؤمها مع قانونها الوطني، ففي مجال الصحافة مثلاً إذا كان القانون الوطني يسمح بالرقابة على الصحافة فإن الدولة تتردد في الارتباط باتفاقية تمنع الرقابة على الصحافة إلا إذا تمكّنت من التحفظ عليها. وعليه فإن النظام القانوني الداخلي للدولة هو المسئول عن تفشي إجراء التحفظات عند التصديق، خاصة في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان[3].

---

1 – انظر: الفقرة 01 من المادة 57 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950.

2 – Cité par : MADIOT Yves, Droits de l'homme, 2ème éd, Ed. Masson, Paris, 1991, p 49.

3 – لكن عدم إبداء التحفظ لا يعني حرص الدولة على مراعاة نصوص الاتفاقية، وليس أدّل على ذلك من أنّ تصديق ثماني دولٍ عربية على العهدين الدوليين جاء دون أن ترفق أي منها أي تحفظ على أيّ نصٍ من النصوص. هذا مع أنّ الواجب كان يحتم على هذه الدول العمل على تنقية قوانينها من كل أحكام هذين العهدين التي لا ترى إمكان مراعاتها لها. هذا والدول العربية بحسب تاريخ انضمامها لها أو التصديق عليها هي كالآتي: تونس وسوريا في عام 1969، وليبيا في عام 1970، والعراق في عام 1971، ولبنان في عام 1972، والأردن في عام 1975، والمغرب=

هذا ففي أحيان كثيرةٍ يحيل تحفظ دولة ما إلى قانونها الداخلي من دون تحديد الأحكام المستهدفة فيه، والإشكال هنا ليس هو الإحالة إلى القانون الداخلي للدولة المتحفظة في حد ذاتها، وإنما الإشكال في الطابع الغامض والعام للتحفظات والتي تستبعد كل إمكانيةٍ لاتخاذ الدول الأطراف الأخرى لموقفٍ إزاءها، فكانت تلك هي الفكرة من تعديل قدمته دولة البيرو في مؤتمر فيينا بغرض إضافة فقرةٍ فرعيةٍ (د) إلى المادة 19 يكون نصها كالتالي:

"(د) [ما لم] يؤد التحفظ إلى إبطال مفعول المعاهدة بإخضاع تطبيقها، بصفة عامة وغير محددةٍ، للتشريع الوطني"[1].

وعليه كمبدأٍ عامٍ، فإن استناد الدولة إلى أحكام القانون الداخلي لتقييد أو تغيير أو استبعاد بعض المواضيع من التزاماتها لا يعتبر في حد ذاته مخالفًا لموضوع وهدف الاتفاقية.

لقد أشارت المادة 64 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على هذه الفرضية، بأنّه يجب أن ينصب التحفظ على حكمٍ من أحكام المعاهدة المخالف لحكمٍ قانونيٍ نافذ فعلاً على إقليم الدولة المتحفظة، والعبرة بالقانون النافذ لحظة إبداء التحفظ، وليس بقانون لاحقٍ له.

كما أن الاستناد إلى نصٍ محددٍ في القانون الداخلي لتقييد الالتزام بحكم معينٍ من الاتفاقية بسبب تعارضه له يعتبر في حدّ ذاته شرطا لتقدير توافق التحفظ مع هدف الاتفاقية وموضوعها، لأنه يسمح للدول الأطراف أن تدرك بدقةٍ نطاق التزام الدولة المتحفظة ومن ثم اختبار توافقه مع موضوع المعاهدة وهدفها[2].

فيمكن القول إن هذا الشرط ينطبق على التحفظات الواردة على أحكام معاهدات حقوق الإنسان الأخرى، فلا يتصور أن تكون غاية التحفظ حماية أحكام قانونية ليست نافذةً لحظة

=في عام 1979، ومصر في عام 1982. نقلاً عن: محمد يوسف علوان، "بنود التحلل من الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة الحقوق، العدد 1–4، الكويت، 1985، ص 134.

1 – انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 499.

2 – HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, Mémoire présenté en vue du l'obtention du diplôme d'Etudes Approfondies en Droit Public Financier, Faculté de droit et d'économie et de gestion, Université de Tunis 03, 1999, p 57.

إبدائه، فالحكمة من إجازة التحفظات تكمن في تزويد الدولة بأداةٍ تسمح لها بالمواءمة بين أحكام قانونها الوطني والتزاماتها الدولية.

بينما أكدت لجنة القانون الدولي في نص المبدأ التوجيهي رقم 3-1-5-5 على أنه لا يجوز صوغ تحفظ ترمي به دولة أو منظمة دولية إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لنصوص معينة في معاهدة أو للمعاهدة ككل صوناً لسلامة قواعد محددة للقانون الداخلي لتلك الدولة سارية المفعول في تاريخ صوغ التحفظ إلا إذا كان لا يؤثر في عنصر أساسي في المعاهدة أو في مضمونها العام[1]، يفهم من ذلك أن التحفظ على المعاهدة الدولية بالاستناد إلى القانون الداخلي جائزا ما دام لا يمس بهدف المعاهدة وموضوعها.

الجدير بذلك، أن هناك ممارسة واسعة للتحفظات من قبل الدول والتي تهدف تقييد الالتزام بالمعاهدة بالقانون الوطني، نذكر في ذلك تحفظ جمهورية سنغافورة على اتفاقية حقوق الطفل، التي تعتبر أنّ الدستور والقوانين الوطنية كفيلة بحماية حقوق الطفل، والانضمام إلى الاتفاقية لا يعني قبول التزامات تتجاوز تلك الواردة في القانون الوطني أو قبول التزامات أخرى لحماية حقوق الطفل غير تلك المكرّسة في الدستور[2].

كما أعلنت جزر المالديف عند تصديقها على اتفاقية سيداو على أنها ليست ملزمةً بأحكام الاتفاقية التي تلزمها بتعديل دستورها أو قوانينها بأي طريقةٍ كانت. وتقدمت دولة الإمارات العربية المتحدة بتحفظٍ على نصّ المادة 09 من الاتفاقية نفسها[3]، حيث جاء مضمون تحفظها كما يلي: "ترى دولة الإمارات العربية المتحدة بأن اكتساب الجنسية شأن داخلي تنظمه وتضع ضوابطه التشريعات الوطنية ولذلك تتحفظ دولة الإمارات العربية المتحدة على هذه المادة ولا ترى ضرورة الالتزام به"[4].

أما الجزائر أعلنت تحفظها على تمسكها ببنود نص المادة 02 من هذه الاتفاقية بشرط

---

1 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم A/66/10/Add.1، ص 521.

2 – HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, op cit, p 59.

3 – انظر: المادة 09 من اتفاقية سيداو.

4 – نقلاً عن: الحبيب الحمدوني، حفيظة شكير، حقوق الإنسان للنساء، بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 2008، ص 144.

ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[1]، بينما جعلت مصر تحفظها على هذا النص شرطا لانضمامها إلى الاتفاقية مبررة ذلك بحماية الخصوصية الثقافية والتقاليد الاجتماعية وحماية القوانين الداخلية المستمّدة من الشريعة الإسلامية[2].

كما استعدت الحكومة المغربية لتطبيق مقتضيات المادة 02 من الاتفاقية شريطة ألا يكون له تأثير على المقتضيات الدستورية المنظمة لانتقال عرش المملكة المغربية، ولا يكون مخالف لتعاليم الشريعة الإسلامية، إلّا أن بعض الأحكام المتضمنة في مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية التي تعطي للمرأة حقوقًا تختلف عن تلك الممنوحة للزّوج، ولا يمكن إبطالها على اعتبارها مستمّدةً من الشريعة الإسلامية التي ترمي إلى تحقيق التّوازن بين الزّوجين بغية الحفاظ على الرّوابط العائلية، من خلال هذا التّحفظ ندرك أنه يوجد اختلاف بين أحكام المعاهدة وتلك المرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية، فالتّوافق بينها تعترضه صعوبات كبيرة ترتبط بقضّية النظام الإسلامي في المجتمع المغربي[3].

تقدمت تونس بتحفظٍ عامٍ على هذه الاتفاقية بموجبه: "تعلن الحكومة التونسية أنها لن تتخذ أيّ قرارٍ تنظيميٍ أو تشريعيٍ طبقًا لمقتضيات هذه الاتفاقية من شأنه أن يخالف أحكام الباب الأول من الدستور"[4].

لقد تحفظت السلفادور على الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية[5]، ولم يتعلّق بمادة معينة بذاتها، إنما اتسم بطابع العمومية، إذ جاء فيه:

---

1 – انظر: نص المادة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

2 – نقلاً عن: الحبيب الحمدوني، حفيظة شكير، مرجع سابق، ص 144.

3 – المرجع نفسه، ص 145.

4 – المرجع نفسه، ص 129.

لم تُقيّد أيّ من هذه الدول مدة سريان مفعول تحفظها بحيث تنتهي بانتهاء مراجعتها لتشريعها الوطني ومساوقته مع اتفاقية سيداو. إن من الأهمية بمكان أن تقوم الدول الأطراف بمراجعة تشريعها الوطني خلال فترة زمنيةٍ معقولةٍ لضمان تساوق هذا التشريع مع القانون الدولي، انظر: منظمة العفو الدولية، "تحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: تقويض حماية المرأة من العنف في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا"، على الموقع: https://www.amnesty.org، تاريخ الاطلاع 20 مارس2015.

5 – انعقد مؤتمر في سان خوسه بكوستاريكا في 22 نوفمبر 1969 يظم أعضاء المنظمة الدول الأمريكية، وتمت الموافقة على إبرام الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي دخلت حيز النفاذ في 18 جويلية 1978، رغم كون عدد الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية يبلغ 35 دولة، إلا أن التصديق على الاتفاقية إلى الآن لم يتم إلا=

"ممارسة لسلطاته الدستورية وبمبادرة منه، من خلال وزارة الشؤون الخارجية، يقرر رئيس الجمهورية:

التصديق على الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، الموقع عليها في 22 نوفمبر 1969...، مع التحفظ بأنّ التصديق لن يتضمن المساس بالقواعد الصريحة الواردة في دستور الجمهورية، التي يمكن أن تكون نصوص الاتفاقية في حالة تنازع معه".

إنّ المسألة القانونية التي تطرح هنا أن هذا التحفظ يهدف إلى تجنب أي تعديلاتٍ يمكن أن تقع على القانون الداخلي للسلفادور، حتى لو كان هذا القانون غير متوافق، أو في حالة تنازع مع نصوص الاتفاقية، حيث لن تكون مطالبةً بإصدار أيّة إجراءاتٍ تشريعيةٍ تتجاوز القوانين النافذة، بل إن هذه الأخيرة ستكون لها الأولوية في الحالة التي تخالف فيها نصوص الاتفاقية[1].

في هذا اعتبرت لجنة حقوق الطفل أن تحفظ تونس القاضي بتقييد نص المادة 02 من اتفاقية حقوق الطفل بسبب تعارضه مع قانون الأحوال الشخصية، تحفظ مخالف لموضوع المعاهدة وهدفها وكذلك جميع التحفظات التي هي على شاكلتها[2].

تبنت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هذا الرأي، إذ اعتبرت أن التحفظات التي تصاغ بصورةٍ واسعةٍ أو عامةٍ جداً، كالتي تسمح للدولة بتعطيل تطبيق نصوص كثيرة في الاتفاقية على أساس تعارضها مع القوانين الداخلية تعتبر مخالفةً لموضوع المعاهدة وهدفها.

وفي السياق نفسه، أكدت لجنة حقوق الإنسان أن عددًا من التحفظات والإعلانات التفسيرية التي أبدتها الولايات المتحدة الأمريكية على أحكام العهد، لا تعدو أن تكون دليلًا على أنّ الدولة المعنية لم ترتضِ الالتزام بأحكام العهد، إلا ما كان منصوصًا عليه في

=من قبل 23 دولة وهناك دول أمريكية مهمة لم تصادق بعد مثل: البرازيل، كندا، كوبا وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية التي تقود حاليا مجموعة الدول الأوروبية للتدخل في مواقع مختلفة من العالم بحجة حق التدخل الإنساني: عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 ، ص 126.

1 – MADIOT Yves, Droits de l'homme, op cit, p 50.

2 – Commission des droits de l'enfant, Rapport sur la neuvième session, Genève, 22 Mai-9 Juin 1995, Doc des N.U, N°: CRC/C/43, p 24, § 122.

تشريعها الداخلي[1].

إنّ أهمية التحفظ في القانون الدولي تتجلى في أنه يحل إشكال كل تنازعٍ محتملٍ بين أحكام القانون الدولي وأحكام القانون الداخلي، لكن دائما مع إرجاح كفة أحكام القانون الداخلي، ففي الواقع يتم تلقي القواعد الدولية في النظام القانوني الداخلي على شرط أن تحتل درجة أدنى من درجة القواعد الداخلية في الدولة.

فعليه يرى البعض أن التصديق على المعاهدات الدولية المرفق بهذا النوع من التحفظات – التحفظات المستندة إلى القانون الداخلي – ليس لها أي قيمةٍ قانونيةٍ، خاصةً في مجال المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، التي تعتبر أن تنفيذ الالتزامات الدولية الواردة فيها في إطار النظام القانوني الوطني هو في حد ذاته شرطٌ لتنفيذ هذه المعاهدات[2].

إذن إذا كان مضمون الالتزام الوارد في الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان هو تعديل القانون الوطني بطريقة تسمح للدولة بتنفيذ الاتفاقية، ومن ثم تطبيق مفهومٍ معينٍ لحقوق الإنسان هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تأكيد الدولة على أن هذا الالتزام لا يمكن تطبيقه في القانون الداخلي إلا في حدود تطابقه معه، ومن ثم تحتفظ لنفسها بحق عدم اتخاذ تدابير داخلية أخرى غير تلك السارية المفعول لتنفيذ هذا الالتزام، ففي نهاية المطاف يمكن القول إن الدولة تتعهد بعدم الالتزام بالاتفاقية الدولية[3]. بمعنى آخر هذا النوع من التحفظات متناقضةً مع الغاية والمنطق من الحماية الدولية لحقوق الإنسان.

ويصدق القول نفسه عندما تتحفظ الدولة، بالاستناد إلى دستورها، غير أنه يجب أن نميز بين آثار هذا التحفظ على مستوى النظام القانوني الداخلي وآثاره على مستوى النظام القانوني الدولي.

إنّ تقييد قبول قاعدة دولية بمثل هذا التحفظ يعتبر دون تأثير على مستوى النظام القانوني الداخلي، لأنه من حيث المنطق القاعدة الدولية المدرجة في النظام القانوني الداخلي دون قيودٍ وشروطٍ، سوف تبقى في أغلب الأحيان في درجةٍ أدنى من الدستور، إلا إذا أنكرنا

1 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 12.

2 – HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, op cit, p 60.

3 – Ibid, p 61.

ميزة القانون الأساسي والأسمى للدستور ومصدر المشروعية في النظام الداخلي للدولة[1].

وعلى عكس ذلك، فأهمية التحفظ وآثاره تبقى كاملةً على مستوى القانون الدولي، فالدولة التي يتعارض دستورها مع قاعدة دولية قد تم إدراجها في نظامها القانوني الداخلي دون قيودٍ، فقد تستبعدها المحاكم الوطنية حينما تضمن سيادة الدستور، ويؤدي ذلك بالدولة إلى إخلال بمسؤوليتها الدولية بسبب عدم تنفيذ التزاماتها الواردة في الاتفاقية.

هذه المسؤولية على وجه التحديد هي التي تتهرب منها الدولة من خلال التحفظ الذي يشير إلى الدستور، بذلك سوف ترفض الدولة بصفةٍ قاطعةٍ الالتزام بتعديل دستورها لتحقيق التنفيذ الكامل للمعاهدة.

إذن يثير التحفظ الذي يحد من مسؤولية الدولة بموجب المعاهدة عن طريق التذرع بالقانون الداخلي بصفةٍ عامة شكوكا حول جدية إرادة هذه الدولة في تنفيذ التزاماتها الأساسية لتحقيق هدف المعاهدة وموضوعها.

هناك اتجاه يستند إلى نص المادة 27 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 لخوض هذه التحفظات، والتي تنص على أنه: " ***مع عدم الإخلال بنص المادة (46) لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسّك بقانونه الدّاخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة***". بمعنى أنه لا يجوز التمسك بالقانون الوطني للتنصل من الالتزامات الدولية الناشئة عن المعاهدة الدولية. وللاستئناس نورد هنا اعتراض بعض الدول الأطراف في اتفاقية سيداو (البرتغال والسويد) على تحفظات الدول العربية على مواد معينة في الاتفاقية بصفةٍ عامةٍ، وقد استندت الدول الأطراف في اعتراضها على المبررات التالية: ما تنص عليه الاتفاقية نفسها من قواعد في هذا الصدد، القواعد العامة في القانون الدولي، بالتالي اعتبرت هذه الدول تلك التحفظات مخالفة للمبادئ الأساسية الرّاسخة في القانون الدولي الاتفاقي، والتي تنص على أنه لا يحق للدولة الاستناد إلى قانونها الوطني كسببٍ لتبرير فشلها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية الدولية[2].

---

1 − HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, op cit, p 61.

2 – انظر: دليل خاص بإعداد التقارير عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، الأمانة العامة للكومنولث، شبكة العمل الدولية للعمل من أجل حقوق المرأة، ط 02، 1996، ص 89.

فمن ذلك يمكن القول إن الدول التي تتذرع بقانونها الداخلي عند التحفظ على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يجعل ارتباطها بهذه الاتفاقيات مشروطًا بتطابقها مع قانونها الداخلي، وعليه نتساءل ما هي فائدة الانضمام إلى هذه الاتفاقيات إذا كان الارتباط بها واقفا على شرط تلاءم نصوصها مع التشريع الوطني لكل دولةٍ؟

أكدت لجنة القانون الدولي على أن هذه التحفظات تطرح مشاكل خاصة، فيبدو من الصعب سلفًا تأكيد أنها باطلة بحكم الواقع، والنقد الرئيسي الذي يمكن أن يوجه إليها هو أنها لا تسمح بتقدير مدى توافر شروط صحتها المادية[1].

ثانيا – استناد التحفظ إلى عناصرٍ غامضةٍ وغير دقيقةٍ:

أكدت لجنة القانون الدولي في دليل الممارسة الخاص بالتحفظات على معاهدات الدولية على أنه: "يصاغ التحفظ على نحو يتيح تحديد معناه، بغية تقييم مدى توافقه بصفةٍ خاصةٍ مع موضوع المعاهدة والغرض منها"[2]، فالمطالبة بالدقة في صياغة التحفظات ناتجة عن تعريف التحفظ في حد ذاته.

يُستفاد من المادة 02 الفقرة 01/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، أن التحفظات ترمي إلى استبعاد أو تعديل "الأثر القانوني لأحكامٍ معينةٍ من المعاهدات في تطبيقها على من يبديها"، وبالتالي لا يُعقل التّسليم بأنه يمكن أن يكون لها أثر منع المعاهدة بأكملها من إحداث مفعولها. وإذا كانت "التحفظات العامة" ممارسة شائعة، فإنها لا تكون صحيحة على غرار ما ورد في نص المادة 02 الفقرة 01/د، إلا إذا كانت ترمي إلى "***استبعاد أو تعديل الأثر القانوني (...) لجوانب محددة من المعاهدة بأكملها***".

من بين العناصر الغامضة التي تستند عليها الدول عند إبداء تحفظاتها الاستناد إلى الشريعة الإسلامية أو القانون الإسلامي[3]، وهي عناصر اعتمدت عليها أغلب الدول العربية لإصدار إعلاناتٍ عامةٍ غير متصلةٍ بمادةٍ معيّنةٍ من الاتفاقية، ومن بينها المملكة العربية السعودية، موريتانيا، عمان، تونس.

---

1 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 499.

2 – المرجع نفسه، ص 498.

3 – HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, op cit, p 63.

فبالنسبة للمملكة العربية السعودية فقد أدخلت تحفظًا عامًا على اتفاقية سيداو بالاستناد إلى الشريعة الإسلامية، الذي جاء كما يلي: "في حال وقوع تعارضٍ بين أيّ شرطٍ من شروط الاتفاقية وقواعد الشريعة الإسلامية، فإن المملكة العربية السعودية غير ملزمةٍ باحترام الشروط المناقضة من الاتفاقية". ونظرًا لعمومية هذا التحفظ، فإنه من غير الواضح تمامًا الشكل الذي سيأخذه هذا التحفظ في التطبيق ضمن السّياق القضائي الوطني الفعلي، ومن غير الواضح إلى أيّ مواد في اتفاقية المرأة يشير هذا التحفظ، أو ما إذا كان يشير إلى موادها جميعًا[1].

كما أعلنت موريتانيا عدم التزامها بأحكام الاتفاقية المخالفة للشريعة الإسلامية. أما الإعلان العام لتونس فيبدو أكثر غموضًا من إعلان الدولتين المذكورتين، إذ لا يتعرّض إلى الشريعة الإسلامية صراحة، بل ينص على أن تتعهد الدولة بعدم إصدار أيّ قراراتٍ إداريةٍ أو قوانين تخالف الفصل الأول من دستورها الذي ينص على أنّه: "تونس دولة حرة مستقلة لغتها العربية ودينها الإسلام". أمّا الجزائر فقد تحفظت على المادة 23 الفقرة 04 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[2]، فجاء تحفظها على أنه يجب ألا يتعارض تطبيق هذا النص مع الأسس الأساسية للنظام القانوني الجزائري، ليطرح تساؤل في هذا المقام عن ما هو مفهوم الأسس الأساسية للنظام القانوني الجزائري؟

يجب الإشارة إلى أنه لا يوجد أي نص في القانون الداخلي يستعمل هذه العبارة، فيمكن

---

1 – أعرب العديد من المقررين الخاصين وهيئات المعاهدات في الأمم المتحدة عن بواعث قلقٍ حيال استخدام القانون الديني كذريعة من جانب الدول كي لا تنفذ الالتزامات التي تترتب عليها بمقتضى المعايير الدولية. وعلى سبيل المثال، قال المقرر الخاص المعني بالتّعذيب معلقًا على العقوبة القصوى بالقول إنّ: "تذرع الحكومة باستقلال القضاء في تطبيق الشريعة... لا يخلي طرف الدولة... من الالتزام الذي يترتب عليها بموجب القانون الدولي في أن تمنع إنزال العقوبة القاسية واللاإنسانية والمهينة"، تقرير مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بالتعذيب إلى مفوضية حقوق الإنسان، 24-12-1998، الوثيقة رقم: UN Doc. E/CN4/1998/38 ، الفقرة 10.

لاحظ المقرر الخاص أن هناك تباينًا واضحًا في آراء علماء الشريعة الإسلامية ورجال الدين بالنسبة لالتزامات الدول ذات الصلة بالعقوبة البدنية، وأن الأغلبية الساحقة من الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي لا تطبّق العقوبة البدنية في تشريعاتها الوطنية، مسلطًا بذلك الضوء على جانب في غاية الأهمية من هذا المجال، انظر، تقرير مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بالتعذيب، الوثيقة رقم: UN Doc. E/CN.E/CN.4/1997/7، الفقرة 10.

2 – انظر: المادة 23 الفقرة 04 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

إرجاع ذلك إلى الأسس الخمسة المنصوص عليها في الدستور الجزائري لعام 1989[1]، ومن بين هذه الأسس المادة 02 التي تنصّ على أنّ الإسلام دين الدولة[2].

اعترضت مجموعة من الدول على هذه التحفظات، فحسب دولة النرويج فإن الاستناد إلى الشريعة الإسلامية لتبرير التحفظ موضوع تحت الشك، لأن الشريعة الإسلامية تعرضت إلى تفسيراتٍ وتطبيقاتٍ انتقائيةٍ من مختلف الدول الإسلامية، وأن التزامات هذه الدول في المعاهدات الدولية غير واضحةٍ، فعلى ذلك تعدّ هذه التحفظات ذات طابعٍ عامٍ وتخالف هدف المعاهدة وموضوعها[3].

اعترضت دولة المكسيك والسويد على تحفظ كلٍّ من ليبيا وتونس ومصر والعراق والأردن على المادة 02 من اتفاقية سيداو، حيث تعتبر هاتان الدولتان أن تحفظات هذه الدول تثير شكوكًا جديةً إزاء التزامها بموضوع الاتفاقية وغرضها، ومن شأن هذه التحفظات إن وضعت موضع التطبيق أن تؤّدي إلى التّمييز ضد المرأة على أساس الجنس. وينبغي أن يوضع في الاعتبار أنّ مبدأ المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة ومبدأ عدم التمييز على أساس النّوع الجنسي قد سبق أن نصّ عليهما ميثاق الأمم المتحدة، على اعتبارهما من بين أهداف المنظمة، ونص عليهما كذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 اللذان قد سبق أن صادقت عليهما هذه الدول[4].

يلاحظ أن هذه التحفظات تلتقي بصفةٍ صريحةٍ أو ضمنيةٍ في غرضها، وهو عدم قبول أحكام الاتفاقية التي لا تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية. وهنا تطرح بداية تساؤلات:

– عن ما هو مفهوم الشريعة الإسلامية ومدى تأويلها والعمل بها وعلاقتها بالقواعد القانونية الوضعية؟

– وعن الغموض الحاصل في تأويل الشريعة الإسلامية إذا كان المقصود بها القرآن والسنة أو القراءات المذهبية المتباينة في كثيرٍ من المواضيع لهذين المصدرين؟

---

1 – دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 1989، ج.ر.ج.ج، العدد 09، الصادر بتاريخ 01 مارس 1989.

2 – BABADJI Ramdane, HENRY Jean-Robert, "Universalisme et identité juridique, les droits de l'homme et le monde arabe", in, L'Etat de droit dans le monde arabe, (ss/dir) MAHIOU Ahmed, Ed.CNRS, Paris, 1997, p 87.

3 – Ibid, p 90.

4 – Ibid, p 87.

وفي هذا السياق ذهب بعض الكتاب إلى أبعد من ذلك إذ رفضوا اعتبار النظام الإسلامي نظامًا قانونيًا قد يضغط أو يكون موضوع تنازع مع القانون الدولي بصفةٍ عامةٍ، ويرجعون هذا القصور حسب رأيهم إلى كون القرآن والسنّة لا يحتويان قواعد واضحة تنظم العلاقات الدولية. وأبعد من ذلك، يضيفون قائلين بأن النظام الإسلامي لا يرقى إلى اعتباره نظامًا محليًا، مقدمين الحجج التالية:

– إذا اعتبرنا منظمة المؤتمر الإسلامي منظمةً دوليةً إقليميةً، فهي مبنية على أسس وقواعد القانون الدولي العام، وليس على أسس الإسلام، يبقى أن هذا الأخير مجرد غايةٍ تسعى إلى تحقيقها.

– إن الصكوك التي تصدرها منظمة المؤتمر الإسلامي لا تستطيع بموجب المادة 52 الفقرة 01 ونص المادة 103 من ميثاق الأمم المتحدة أن تخالف مبادئ الميثاق، كما أنها لا تستطيع أن تخرق القواعد الآمرة للقانون الدولي العام، مما يجعل صكوكها تابعةً لنظامٍ قانونيٍ يعلوها مرتبة، الشيء الذي يعرقل من عملها.

– إن مصر، بصفتها إحدى الدول الإسلامية، عند تصديقها على العهدين الدوليين لسنة 1966، صرحت بما يلي: "بموجب ترتيبات الشريعة الإسلامية، وبما أن العهد الحالي يتماشى وأحكام هذه الأخيرة ... فإن الحكومة المصرية تقبل الانضمام والمصادقة على العهد"، ونجد دول أخرى تتحفظ على بعض بنود هذين العهدين، مثل ما فعلت الجزائر بحجة أنها غير متطابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية[1].

إلا أنه لا نوافق رأي هؤلاء الكتاب لأن الشريعة الإسلامية جاءت بقواعد ومبادئ أساسية تحكم العلاقات بين الشعوب والأمم لم يعرفها غيرها قبل نزول القرآن الكريم على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وإن كان فيها اختلاف فإنه يعود إلى اختلاف في تفسير هذه القواعد عند هذه الدول وإلى مواقفها السياسية المتباينة وليس إلى القرآن والسنة النبوية.

زيادة على ذلك يرى البعض أن ما يجعل التحفظ أكثر غموضًا عندما يستند من جهةٍ إلى القانون الوطني ومن جهة أخرى إلى الشريعة الإسلامية كقيدٍ وحدٍّ للالتزام بالاتفاقية، فيقصد في بعض الأحيان الاستناد إلى الشريعة الإسلامية عند إبداء التحفظ تبرير وإضفاء

1 − BABADJI Ramdane, HENRY Jean Robert, "Universalisme et identité juridique", op cit, p 87.

شرعية الاستناد إلى القانون الداخلي لتقييد الالتزام بالاتفاقية الدولية[1].

وعلى المنوال نفسه قامت دول أخرى غير الإسلامية بتقديم تحفظات بعبارات غامضة وغير واضحة، نذكر على سبيل المثال تحفظ دولة الكرسي الرسولي عند تصديقه على اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 الذي مفاده: "أن يكون تطبيق الاتفاقية متوافقاً مع الطبيعة الخاصة لدولة حاضرة الفاتيكان ومصادر قانونها الموضوعي..."، فإن هذا النص يطرح المشاكل نفسها التي يطرحها "التحفظ المتعلق بالشريعة الإسلامية"، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال.

في كل الأحوال تمنح التحفظات المستندة إلى عبارات غامضة وعامة حريةً مطلقةً للدول في عدم الاعتراف بأي مادةٍ من المواد التي تراها مخالفةً للشريعة الإسلامية بالنسبة للدول الإسلامية، أو مخالفة للديانة المسيحية بالنسبة للدول التي تتخذ المسيحية كأساس للتحفظ، وتؤولها في الاتجاه الذي يتماشى مع المذهب الذي تعتمده حتى تكون في النهاية في حل من تطبيقها. من ذلك تكون هذه الدول قد أثارت الشك في استعدادها لاحترام التزاماتها الناتجة عن المصادقة على الاتفاقية.

الفرع الثاني

تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها بسبب أهمية الحكم المشمول بالتحفظ

تتطلب دراسة قانونية التحفظات على المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان في ضوء شرط التوافق مع هدف وموضوع المعاهدة بالضرورة تحديد النصوص الموضوعية التي تشكل الحقوق الأساسية والتي تمثل جوهر المعاهدة، أو ما يعرف بالنواة الأساسية للمعاهدة، فضلا عن العلاقة القائمة بين كل حكمٍ من أحكام المعاهدة مع هذه النّواة، ثم البحث عن الموقف الذي تتخذه الدولة كما ينص عليه تحفظها لتحديد مدى مساس التحفظ بجوهر المعاهدة (أولاً)، كما أنه توصل من خلال تحليل التحفظات الواردة على الأحكام الإجرائية التي تستبعد أو تقيد أجهزة الرقابة في ممارسة الوظائف المحددة لها إلى اعتبارها لا تتوافق مع موضوع

1 − HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, op cit, p 66.

المعاهدة وهدفها (ثانيا).

أولاً – تنافي التحفظ على أحكام موضوعية معينة مع هدف وموضوع المعاهدة:

يعد التحفظ منافياً لموضوع المعاهدة والغرض منها، إذا انصب على أحكام منطوية على قاعدة عرفية دولية، أو على أحكامٍ متعلقةٍ بالحقوق غير القابلة للمساس بها.

أ – التحفظ على قاعدة عرفية دولية:

يعرّف الفقيه "شارل روسو" العرف الدولي بأنه: "الموقف الذي تتخذه إحدى الدول في علاقاتها مع دولة أخرى، يقينًا منها أنّه ينطوي على الحق، وتتقبله هذه الأخيرة بالفكرة ذاتها"[1].

ويعرفه الدكتور "أحمد أبو الوفا" بأنّه: "سلوك أطرد العمل بين أشخاص القانون الدولي على الأخذ به، مع الشّعور بإلزاميته"[2].

إذن تعتبر القواعد العرفية بمثابة القانون الواجب تطبيقه على كافة الدول والالتزام به إذا لم تكن تلك القواعد محلاً للرفض عند نشوئها من قِبل الدول[3]، وبالتالي لا يجوز إبداء تحفظات على حكم أو أكثر من أحكام معاهدة إذا كان ذلك الحكم يتضمن قاعدة عرفية دولية عامة التطبيق.

هذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال بتاريخ 20 فيفري 1969، إذ أقرت عدم جواز إبداء تحفظات على أحكام الاتفاقية المقننة لقواعد عرفيةٍ، وقد بررت ذلك انطلاقًا من طابع القانون الدولي العرفي والمطبق على الدول جميعًا وبشروطٍ متساويةٍ[4].

تأكد الحكم ذاته في حكم لجنة التحكيم بشأن تحديد الجرف القاري بين فرنسا والمملكة المتحدة الصادر في 30 جوان 1977، إذ ورد في هذا الحكم أنّ التحفظ على أحكام اتفاقية

1 – شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة، شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، مرجع سابق، ص 81.

2 – أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 196.

3 – إسكندري أحمد، محاضرات في القانون الدولي العام، دار الفجر، القاهرة، 1998، ص 45.

4 – C.I.J, "Affaires du plateau continental de la mer du Nord", Arrêt du 20 Février 1969, Recueil 1969, pp 198-199.

دولية إظهارية لقواعد عرفية يعد غير مقبولٍ ولا محل لإبدائه، إذن فالراجح قضاءً هو أنّ نصوص المعاهدات الدولية التي تقنّن قواعد كانت في الأصل عرفًا دوليًا لا يجوز التحفظ عليها، لأنّ إجازة التحفظات في مثل هذا الفرض تعني ببساطة أنّ التقنين قد أصبح وسيلة لتعميم تطبيقه[1].

وفي هذا الموضوع يقول الفقيه البلجيكي "فيشر" "FISCHER": "إن صياغة القاعدة العرفية في شكلٍ مكتوب بواسطة الاتفاق لا يغير الطبيعة العرفية للقاعدة التي جرى تقنينها أبدًا، وليس لأية دولةٍ أن تفلت بطريقةٍ انفراديةٍ من تطبيق هذه القاعدة العرفية. وعندما تواجه دولة قاعدة عرفية تمّ تقنينها بواسطة معاهدة دولية، فإن هذه الدولة يمكنها أن تحتّج في مواجهة الجماعة الدولية بأنّ هذه القاعدة ليست من طبيعة عرفية، ومثل هذا الاحتجاج تعبّر عنه جماعة الدول التي قامت بالتقّنين. ولا يعد هذا الاحتجاج تحفظًا لأن التحفظ لا يطبق إلا على المعاهدات التي تخلق أو تنشئ قواعد جديدةً وليس على قواعد عرفية جرى تقنينها"[2].

بينما ذهبت لجنة القانون الدولي في المبدأ التوجيهي رقم 3-1-5-3 إلى أنّ: "تعبير نصّ في المعاهدة عن قاعدة للقانون الدولي العرفي لا يشكّل في حدّ ذاته عائقًا أمام صياغة تحفظ على ذلك النص"[3].

فأشارت إلى أنه يمكن أن يكون التحفظ وسيلة للمعترض المصر لإظهار استمرار اعتراضه، فبإمكانه قطعًا أن يرفض أن يطبق، بواسطة معاهدة، قاعدة لا يمكن الاحتجاج عليه بها بمقتضى قواعد القانون الدولي العامة[4].

---

1 – نقلاً عن: محمد شاكر رومية، التحفظ على المعاهدات الدولية، من خلال اتفاقية السيداو، مرجع سابق، ص 27.

2 – علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 356.

3 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 504.

4 – المرجع نفسه، ص 508.

لقد حدث مع ذلك أن دولا أطرافًا في معاهدة أبدت اعتراضها على تحفظات ونازعت في توافقها مع موضوع المعاهدة والغرض منها بدعوى أن تلك التحفظات منافية للقواعد العرفية الراسخة. وهكذا أعلنت النمسا بعباراتٍ حذرةٍ أنها "ترى أن تحفظات غواتيمالا على اتفاقية فيينا لعام 1969 بشأن قانون المعاهدات تكاد تتعلق حصرًا بالقواعد العامة – في تلك الاتفاقية – والتي للكثير منها أساس متين في القانون الدولي العرفي. فالتحفظات من=

لقد عبر القاضي "موريلي" "MORILLI" عن رأيه المخالف لحكم لمحكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال[1] إذ كتب: "أن إمكانية إبداء التحفظ لا تتعلق بطبيعة الحال إلا بالالتزام التعاقدي الناجم عن الاتفاقية (...). وغني عن البيان أن التحفظ لا علاقة له بالقاعدة العرفية في حد ذاتها. وإذا وجدت هذه القاعدة، فإنها توجد بالنسبة للدولة التي أبدت التحفظ كما توجد بالنسبة للدول التي لم تصدق على الاتفاقية، ومن الواضح أن هذا يعني ضمنًا أنّ الطابع العرفي للقاعدة التي أدرجت في حكم تعاهدي أبدي عليه تحفظ لا يشكل في حد ذاته سببًا لعدم صحة التحفظ"، فإمكانية إبداء تحفظات على حكم تعاهدي لا تتوقف على مسألة ما إذا كان ذلك الحكم يُعَدُّ تعبيرًا عن قاعدةٍ من قواعد القانون المعترف بها عمومًا أم لا.

غير أن السؤال المطروح هنا هل هذا الحل قابلاً للتطبيق في مجال حقوق الإنسان؟

أكدت لجنة حقوق الإنسان أن التحفظات على قواعد عرفيةٍ ليست مستبعدةً من بابٍ أولى، ولكي تؤكد العكس في الحالة الخاصة بمعاهدات حقوق الإنسان، حيث اكتفت بالإشارة إلى أن هذه الصكوك ترمي إلى حماية حقوق الأشخاص، وأن أحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المتضمنة لقواعد دوليةٍ عرفيةٍ لا يمكن أن تكون محلاً لأيّ تحفظٍ[2].

جاء موقف لجنة حقوق الإنسان موافقًا لاتجاه محكمة العدل الدولية، والمتمثّل في ضرورة وجود التزامٍ عامٍ يجب تطبيقه على كافة الدول والالتزام به في قرارها الصادر في قضية "الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراجوا وضدها"، فأكدت المحكمة وجود التزامٍ دوليٍ عام بوجوب احترام حقوق الإنسان ذات الطبيعة العرفية الملقى على عاتق الدول[3].

إلا أن عددًا كبيرًا من الكتاب ينتقدون اتجاه لجنة حقوق الإنسان، حيث يعتقد جانب منهم أن اللجنة خلطت بين القواعد العرفية والقواعد الآمرة، كما يعتقد جانب آخر أنّ استبعاد

=شأنها أن تضع موضع التساؤل قواعد راسخة ومقبولة عالميًا. وترى النمسا أنّ ثمة شكوكًا تحوم حول توافق هذه التحفظات مع موضوع الاتفاقية والغرض منها"، انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 504.

1 – C.I.J, "Affaires du plateau continental de la mer du Nord", Arrêt du 20 Février 1969, op cit.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 8.

3 – محكمة العدل الدولية، الحكم الصادر في قضية الأنشطة العسكرية في نيكاراجوا وضدها في 27 جوان 1986، مجموعة آراء وأحكام محكمة العدل الدولية، منشورات الأمم المتحدة، 1992، الوثيقة رقم:ST/LEG//SER.F/1، الفقرة 267.

قاعدةً عرفيةً عامة التطبيق ليس محظورًا، إذا أقّره ووافق عليه طرف متعاقد، إلا أنّ أسلوب الاتفاق الخاص المعروف في العلاقات الدولية لا ينسجم والطابع الموضوعي لحقوق الإنسان، فمن شأن اتفاق كهذا على قاعدة عرفية أن يخالف موضوع المعاهدة وغرضها[1].

فتعتبر التحفظات على أحكام معاهدات حقوق الإنسان باطلةً ومخالفةً لموضوع المعاهدة وهدفها، إذا كانت تلك الأحكام تتضّمن قواعد عرفية من قواعد القانون الدولي العام، نظرًا لأنّ معاهدات حقوق الإنسان تعمل على تكريس وترسيخ "التزامات دولية حقيقية" على عاتق الدول، ممّا يجعل التحفظ على حكمٍ اتفاقيٍ واردٍ فيها ينطوي على قاعدة عرفية، وسيلة للتحلّل من مثل هذه الالتزامات، في حين تهدف معاهدات حقوق الإنسان إلى التّأكيد على القواعد العرفية الخاصة بحماية حقوق الإنسان وترسيخها وليس استبعادها والتحلّل من مضمونها[2].

وعليه فإن نصوص الاتفاقيات بصورة عامة وتلك المتعلقة بحقوق الإنسان بصورة خاصة المتضمّنة قواعد عرفية تمثل حدًا أدنى يجب صيانته والحفاظ على سلامته، ممّا قد يعطي انطباعًا بأن أمثال هذه المعاهدات تتضمّن حكمًا ضمنيًا مفاده عدم جواز إبداء تحفظات على الأحكام المتضمّنة لقواعد عرفية[3].

ويمثل اعتبار التحفظات الواردة على أحكام منطويةٍ على قواعد عرفيةٍ من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان تطورًا غير مسبوق وتثويريٍ في آنٍ معًا، فهذه الفكرة تحمل في ثناياها مفهومًا موضوعياً للشّروط الموضوعيّة لحجيّة التحفظات وصحّتها، كما أنّها تقدم دليلاً إضافيًا يؤكد وجود نوعٍ من التدرجيّة في حقوق الإنسان[4].

رغم صعوبة تحديد القواعد العرفية المنظمة لحقوق الإنسان، إلا أن المؤكد هو أن التحفظ الوارد عليها يعتبر تحفظًا مخالفًا لموضوع وهدف المعاهدة التي تتضمنه.

---

1 – محمد خليل الموسى، "دور القانون الدولي لحقوق الإنسان في تطوير القانون الدولي للمعاهدات"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، عدد خاص، الأردن، 2001، هامش رقم 02، ص 365.

2 – CARRILO-SALCEDO Juan-Antonio, " Droit international et souveraineté des Etats", Cours général de droit international public, Recueil 1996, Académie de droit international public, Tome 257, Ed. Martinus, London, 1997, p 193.

3 – TEBOUL Pierre-Gérard, "Remarques sur les réserves aux conventions de codification", op cit, pp 685-688.

4 – COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme", op cit, p 931.

والجدير بالذكر ترتبط مسألة مدى جواز التحفظ على حكم متضمن قاعدة عرفية دولية، بمسألة أخرى وهي مدى جواز التحفظ على قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام.

تُعرَّف القواعد الآمرة أنها مجموعة القواعد العامة التي يؤّدي عدم مراعاتها إلى التّأثير في جوهر ذلك النظام القانوني الذي تعود إليه هذه القواعد، ويبلغ الأمر حدًا لا يستطيع به أشخاص القانون أن يعقدوا اتفاقاتٍ خاصةٍ خلافًا لهذه القواعد، وذلك لأنّ عملهم سوف يتعّرض للبطلان المطلق[1].

ولقد كان استخدام المصطلح اللاتيني "Jus Cogens" للتعبير عن القواعد الآمرة محلّ خلافٍ مبدئيٍ بين العديد من الفقهاء، فكانت الدعوة إلى تفادي استعماله لغموضه فضلاً عن مضمونه غير المحدد[2].

فحسب تعبير الأستاذ "كوان جونتان جيرار" "COHEN-JONATHAN Gérard"، أنه حتى ولو سلمنا ببطلان التحفظات الواردة على القواعد الآمرة المتعلقة بحقوق الإنسان فإن المشكل يكمن في تحديد مضمون ومحتوى هذه القواعد وفي وضع قائمةٍ دقيقةٍ لها[3].

كما لا يوجد معيار ما يمكن الاستناد إليه للتعرف على القواعد الآمرة، فتعاني هذه الأخيرة في إطار القانون الدولي عمومًا وفي إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان خصوصًا من صعوبة الوقوف على مضمونها وتحديده بدّقة[4]، الأمر الذي ترك الباب مفتوحًا على مصراعيه أمام الفقه الدولي لكي يتناول هذه الفكرة بين مؤّيدٍ أو معارضٍ لوجودها في القانون الدولي[5].

---

1 – حكمت شبر، "القواعد الآمرة في القانون الدولي العام، دراسة مقارنة"، مجلة القانون المقارن، العدد 10، جمعية القانون المقارن العراقية، العراق، 1979، ص45.

2 – سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، مرجع سابق، ص 37.

3 – COHEN-JONATHAN Gerard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme", op cit, p 934.

4 – NISOT Joseph, "Le concept de jus cogens envisagé par rapport au droit international", R.B.D.I, Vol 4, Université Libre de Bruxelles, 1968, p 03.

5 – لقد أكد بعض المؤلفين بأنّ القواعد الآمرة تم تطويرها ودعمها بشكلٍ كبيرٍ من قبل الدول النامية باعتبارها الوسيلة الوحيدة للحفاظ على سيادتها. ثم طور هؤلاء تيارًا كاملاً يرفض هذه القواعد لعدة أسبابٍ منها عدم وجود نظامٍ عامٍ دوليٍ. ويؤكدون كذلك أنه ينبغي أن يكون هناك هيئة لضمان احترام هذا النظام وقاضٍ يعاقب كل مخالفٍ له. وإلا كيف يمكن ضمان هذا النظام الدولي؟، انظر: =

فيصنف بعض المؤّلفين حقوق الإنسان إلى: الحقوق الأساسية والحقوق الثّانوية، إذ يرى "سودر فريديريك" "SUDRE Frédric" أن حقوق الإنسان ثلاث فئات: الحقوق غير القابلة للمساس بها، الحقوق المشروطة، والحقوق غير المباشرة.

تهدف "الحقوق غير القابلة للمساس بها" إلى حماية السلامة البدنية والمعنوية للشخص البشري، وبينما تعتبر معظم حقوق الإنسان الأخرى – المدنية والسياسية وبعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية – "حقوقاً مشروطةً" أو عادية تتمتع بحماية نسبيّةٍ وتخضع للقيود.

أخيرًا، الحقوق غير المباشرة أو ما يسمى بالحقوق المكملة هي أغلبية الحقوق الاجتماعية، وتعاني حسب تعبير الأستاذ "سودر فريديريك" "SUDRE Frédric" من عجزٍ مزدوجٍ: عجزًا ماديًا وقانونيًا، فعلى المستوى المادي، فإن إعمال هذه الحقوق يفترض مسبقًا توفير الإمكانيات الاقتصادية، أما على المستوى القانوني، فإن هذه الحقوق ذات طبيعة غير مؤكدةٍ وهي واردة بعباراتٍ غير دقيقة وغير قابلةٍ للتطبيق مباشرةً[1].

يجب أن تضمن "النواة الأساسية لحقوق الإنسان" سلامة كرامة الإنسان، فهي تحدد عتبةً لا يمكن من خلالها تقييد سلامة كرامته الإنسانية[2].

وبالتالي فإن مواصفات الحقوق غير القابلة للمساس بها متشابهة إلى حدٍّ ما مع القواعد الآمرة، ووفقًا للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أصبح مبدأ "حظر التعذيب" قاعدة آمرة للقانون الدولي[3]. وفي هذا توصل الفقه إلى أنه لتمييز القواعد الدولية الآمرة عن غيرها وجوب توافر جملة من الخصائص وهي:

=GLENNON.M-J, "De l' Absurdité du droit impératif (Jus cogens)", R.G.D.I.P, N° 03, vol 110, 2006, p 532.

1 − NIKKHAH SARNAGI Reza, L'indivisibilité des droits de l'homme, vers une approche globale des droits de l'homme à l'ère da la mondialisation, thèse de doctorat, Faculté de droit de sciences de politiques et de gestion, Université de Strasbourg, 2010, p 310.

2 − Ibid, p 322.

3 − TAVENIER.P, "L'identification des règles fondamentales, un problème résolu ?", in, The fondamental rules of the international legal order, jus cogens and obligations erga omns, (ss/dir), TOMUSCHAT.C and THOUVENIN. J-M, Leiden Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp 8-9.

1 – أن تكون القاعدة الآمرة مستمّدةٍ من أحد مصادر القانون الدولي لاسيما من العرف.

2 – ينبغي أن تتصف القاعدة بالعموم ومؤيدة من الأغلبية الكبرى من الدول.

3 – يجب أن تتصل القاعدة الدولية الآمرة بمصلحة حيوية وجوهريةٍ للجماعة الدولية.

4 – القاعدة الآمرة غير أبدية حيث يمكن تعديلها بقاعدة من الطبيعة نفسها[1].

كما يعتبر مفهوم القواعد الآمرة حسب بعض التفسيرات "تهدف إلى العمل كأساس لتكوين النظام العام الدولي القائم على الأخلاق الموضوعية عالمية، حيث لا يمكن لأية دولة تجاوزها"[2].

في هذا أكدت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 11 جويلية 1996، في القضية الخاصة بالصعوبات الإقليمية المتعلقة بتطبيق معاهدة القضاء على جريمة الإبادة الجماعية في يوغوسلافيا السابقة، أن الالتزامات التي كرستها هذه المعاهدة هي التزامات حجةٍ على الكافة[3]. ولأول مرةٍ في تاريخ القانون الدولي، أكدت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة في حكمها الصادر في 10 ديسمبر 1998 في قضية "فورانزيا" "Furundzija" صراحةً وجود قواعد آمرة تعلو على القواعد الاتفاقية وعلى القواعد العرفية المعتادة[4].

ويرى الأستاذ "رويتر بول" "REUTER Paul" أنه لما كان التحفظُ يُقيّم من خلال قبوله "علاقة تعاقدية" بين الأطراف، فإنه لا يعقل إبداء تحفظٍ على حكم تعاهدي ينص على قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام: فالاتفاق الناتج عن ذلك سيكون اتفاقا باطلاً حكمًا بناءً على المبدأ المنصوص عليه في المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات

1 − YASSIN Mustapha-Kamel, "Réflexions sur la détermination du jus cogens", Société Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse, 16 - 18 Mai 1974, Ed. A.Pedone, Paris, 1975, p 206.

2 − LEVESQUE Anne-Marie, "Jus cogens et non discrimination: pourquoi la discrimination à l'égard des femmes n'est-elle pas interdite par une norme impérative du droit international? ", R.J.T.U.M, N° 48, Vol 2, Canada, 2014, p 463.

3 − C.I.J, "Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et répression du crime de génocide, exceptions préliminaires", Bosnie-Herzégovine c./ Yougoslavie, Recueil 1996, p 616, § 31.

4 − N.U, T.P.I.Y, Affaire N° IT-95-17/1-T, Le procureur c./ Anto Furundzija, 10 Décembre 1998, p 58, § 153.

لعام 1969[1]. وكان هذا أيضًا موقف لجنة حقوق الإنسان في التعليق العام رقم 24(52) إذ ورد فيها ما يلي: "أما التحفظات التي تخلّ بقواعد آمرةٍ فلا تتفق مع غرض العهد وموضوعه"[2].

لقد عمدت لجنة حقوق الإنسان كما أشرنا إليه آنفا إلى إيراد عدد من الحقوق التي لا يجوز التحفظ عليها في تعليقها العام 24(52)، غير أنه حسب تعبير الأستاذ "كوان جونتان جيرار" "COHEN-JONATHAN Gérard" فإن اللجنة ليست مؤهّلةً لوضع قائمة القواعد الآمرة، وإن كانت تستطيع القيام بدورٍ تنويريٍ لتحديد نواةٍ أساسيةٍ مؤلفةٍ من حقوق الإنسان الأساسية التي تكون حجّةً على الكافة، والتي لا تقبل أي استبعادٍ أو استثناءٍ أو اتفاق مخالفٍ لمضمونها[3].

وما يمكن قوله بعيدًا عن الجدل القائم حول مفهوم ومضمون القواعد الآمرة إن هناك تطورًا ملحوظًا في النظام القانوني الدولي نحو الاعتراف بوجود طائفة من الحقوق الأساسية التي يجب احترامها بصورةٍ مطلقةٍ، ومما يجعل التحفظ على أحد الأحكام المنظمة لهذه الحقوق مخالفًا لموضوع المعاهدة وهدفها[4]، كما أن قبول دولةٍ تحفظ دولةٍ طرف أخرى على قاعدةٍ آمرةٍ لا يجعل التحفظ صحيحًا.

يظهر مما سبق أنه رغم الغموض الذي يكتنف فكرة القواعد الآمرة، فإنها تحمل في طياتها قيدًا مهمًا على نسبية القانون الدولي وعلى سيادة الدول في إبداء التحفظات، خصوصًا في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، مفاده عدم قدرة الدول على استبعاد الآثار القانونية المترتبة أو تعديلها في مواجهتها[5].

---

1 – أكد عدة كتاب آخرون، على تنافي كل تحفظٍ على حكمٍ يعكس قاعدةً آمرةً من قواعد القانون الدولي العامة إما دون تقديم أي شرحٍ، أو بالتسليم بأن ذلك التحفظ ينافي، في حد ذاته، موضوع المعاهدة والغرض منها، نقلاً عن: تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 513.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 08.

3 – COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme", op cit, p 934.

4 – محمد خليل الموسى، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 368.

5 – المرجع نفسه، ص 372.

ب – التحفظ على أحكامٍ متعلقةٍ بحقوقٍ غير قابلةٍ للمساس بها:

إضافة إلى الأحكام الأساسية لكل معاهدة التي لا يمكن استبعادها دون إفراغ التزامها من الفعالية، فإن بعض الأحكام تمثّل جانبًا أساسيًا في المعاهدة، لأنّها تشكل ضماناتٍ للحقوق المكرسة، تمنح هذه الضمانات إطارًا ضروريًا لضمان الحقوق المعلن عنها في المعاهدة وبالتالي أساسية لاحترام موضوع المعاهدة وهدفها.

نظرًا للأهمية القصوى "لمبدأ عدم جواز الاستثناء من بعض الحقوق"، فانّ التحفظ إزاء هذه الحقوق يبدو للوهلة الأولى مخالفا لهدف وموضوع المعاهدة، إلّا أن الممارسة العملية تثبت عكس ذلك.

ومن بين الحقوق المستثناة من دائرة الرخصة التي منحت للدول الأطراف للتحلل من الالتزام باحترام بقية الحقوق في أوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة، نذكر على سبيل المثال مضمون المادة 04 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، التي تنص على الحق في الحياة، تحريم الرق والتعذيب، عدم رجعية القوانين الجزائية... الخ[1].

1 – من النصوص الدولية الإقليمية التي أشارت إلى التحلل نذكر ما يلي:

نص المادة 15 الفقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950، وكذا الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 فنصت المادة 27 الفقرة 01، والميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 2004 في مادته 04 فقرة 1. هذه أغلب النصوص الدولية التي تضمّنت حق الدول، في مخالفة الاتفاقية أثناء إعلانها لحالة الطوارئ والواقع أن هذه المواد ليست إلا تطبيقًا لمبدأ "الضرورة"، ذلك أنّ حماية المجتمع تقتضي في بعض الظروف الاستثنائية مخالفة الاتفاقيات بشكلٍ مؤقتٍ، وذلك من أجل استمرار الدولة في القيام بوظائفها لضمان حقوق الإنسان وانتظام سير المرافق العامة.

وعلى العكس من الاتفاقيات الدولية السابقة، بعض الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لم تنص على عدم إمكانية مخالفة نصوصٍ معينةٍ في حالات الاستثناء والحرب كالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لعام 1966 واتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981. يرجع البعض سبب خلو الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب من نصوصٍ تتعلق بوقف سريانه المؤقت إلى غلبة الاعتبارات السياسية على الميثاق والقيمة الأدبية التي قصدت من وراء إصداره كأول وثيقةٍ دوليةٍ تتعلّق بحقوق الإنسان في نطاق التنظيم الدولي الإفريقي، وهو السبب الرئيسي وراء عدم الاهتمام بالمسائل القانونية، إذ جاءت الصياغة عامةً ومجردةً، والالتزامات جِدُ محدودةٍ. وعلى ذلك ليس من الهين تصور ممارسة رقابةٍ حقيقيةٍ على معظم الحقوق الواردة في الميثاق، انظر:

RUSEN Ergec, Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme, Ed. Bruylant, Belgique, 1987, p 24.

تتضمن المعاهدات الدولية العامة لحقوق الإنسان قائمةً لعدد من الحقوق غير القابلة للمساس بها أثناء حالة الطوارئ العامة، ويختلف مضمون هذه القائمة من معاهدةٍ إلى أخرى.

يلاحظ أن القواعد المشتركة غير قابلة للمخالفة في المعاهدات المختلفة لحقوق الإنسان تماثل تقريبًا مضمون نصّ المادة 03 المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة المطبقة في حالات النزاعات المسلحة[1].

وفي هذا السياق أكدت محكمة العدل الدولية في قضية بين "نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية" في سنة 1986، على أن هذه القواعد لها طابع عرفي باعتبارها تعبر عن مبادئ عامة للقانون الدولي الإنساني التي تطّبق في النزاعات المسلحة الدولية والداخلية على حد السواء، ويمكن القول أن هذه القواعد لها طابع إلزامي، وبما أنّها كذلك فإن التحفظ عليها غير جائزٍ، وبالتالي لا يتلاءم مع موضوع المعاهدة وهدفها[2].

إلا أن منع استثناء حقٍ من الحقوق المعلنة في اتفاقيات حقوق الإنسان لا يجب أن يُفهم بأنه مرادف قانوني لمنع التحفظ على هذا الحق.

فالأمر ليس متعلقا بجواز التحفظ من عدمه، فالتحفظ على حكم من الأحكام الناظمة لأحد الحقوق التي لا تقبل المساس بها، يرتبط بكون التحفظ الوارد هنا يتفق مع موضوع المعاهدة وهدفها، فالتحفظ يبقى ممكنًا ما دام متفقًا مع موضوع المعاهدة وهدفها. ويفهم من ذلك أنه يجوز إبداء تحفظٍ على حكم يتضمن حقًا لا يجوز المساس به، طالما أخذ بعين الاعتبار معيار التوافق، ولكن إن كان ذلك ممكنًا افتراضيًا إلا أنه مستحيل عمليًا، إذ لا يتصور أن لا يؤدي التحفظ على أي حقٍ لا يجوز المساس به إلى النيل من موضوع الاتفاقية وغرضها[3].

---

1 – انظر: المادة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة، أبرمت هذه الاتفاقيات في تاريخ 12 أوت 1949 ودخلت حيز النفاذ في تاريخ 21 أكتوبر 1950. انضمت الجزائر إليها أثناء حرب التحرير الوطنية من طرف الحكومة الجزائرية المؤقتة في 20 جوان 1960، نقلاً عن: المرصد الوطني لحقوق الإنسان، قائمة الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت الجزائر عليها، 2011، ص 09.

2 – محكمة العدل الدولية، "القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها"، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر 1948–1991، الوثيقة رقم: ST/LEG/SER.F/1، ص 218.

3 – محمد خليل الموسي، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 275.

أشارت لجنة حقوق الإنسان في تعليقها العام رقم 24(52) إلى المعيار الذي يمكن تطبيقه بهدف تحديد توافق تحفظ على نصٍ اتفاقيٍ يتضمن حقًا لا يجوز المساس به مع موضوع المعاهدة وهدفها، بقولها: "إنّ الحقوق ذات الأهمية الأساسية من تلك المحددة في المادتين 09 و27 من العهد، لم تجعل جميعها في الواقع حقوقًا لا يجوز تقييدها. ومن الأسباب التي تجعل حقوقًا معينة غير قابلةٍ للتقييد هو أنّ تعليق إعمالها يكون غير ذي صلةٍ بالمراقبة المشروعة لحالة الطوارئ الوطنية، ومن ذاك عدم جواز السجن بسبب العجز عن الوفاء بدين المنصوص عليه في المادة 11 من العهد..."[1].

وعالجت المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان هذا الموضوع في رأيها الإفتائي الثالث الصادر في 08 سبتمبر 1983 المتعلق بالقيود على عقوبة الإعدام، فقد تطرقت المحكمة إلى تحفظ غواتيمالا على المادة 04 فقرة 04[2] من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969 وإمكانية امتداده إلى المادة 04 فقرة 02 من هذه الاتفاقية، فكان رأيها أن التحفظات تكون صحيحةً ما دامت متفقةً وموضوع المعاهدة، وانتهت إلى أن "التحفظ الذي يسمح للدولة تعطيل أو وقف أي حقٍ من الحقوق الأساسية التي لا يجوز استثنائها، يجب اعتباره مخالفًا لموضوع المعاهدة وهدفها، وبالنتيجة لا يكون مسموحًا به"[3].

إلا أن الوضع يبدو مختلفًا إذا كان التحفظ يهدف إلى تقييد لجوانب معينة لحق غير قابل للمساس دون أن يهدر الغرض الرئيسي للحق. وخلصت المحكمة إلى أنّ تحفظ غواتيمالا لا يهدف إلى التحلل من جوهر هذا الحق ومضمونه، فهذا التحفظ لا ينكر الحق ذاته، ويعد بذلك متفقًا مع موضوع المعاهدة وغرضها[4].

وتؤكد ممارسة الدول لحق التحفظ عدم التزامها بمبدأ عدم قابلية حقوق الإنسان الأساسية لأيّ تحفظٍ قد يرد عليها، حيث نجد دولاً تحفظت على بعض النصوص التي تمنع الاتفاقيات الدولية مخالفتها في الحالات الاستثنائية، فعلى سبيل المثال قد أوردت الولايات

---

1 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، الفقرة 10.

2 – انظر: نص المادة 04 الفقرة 04 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969.

3 – I.A Court H.R, "Restrictions to the death penalty (arts.4(2) and 4(4) American Convention on humain rights", Advisory opinion, of September 8. 1983, § 61.

نقلاً عن: محمد خليل الموسي، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص376.

4 – المرجع نفسه، ص 377.

المتحدة الأمريكية عند تصديقها على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تحفظا على نصّ كل المادة 06 من العهد الذي جاء كالآتي: "تحفظت الولايات المتحدة الأمريكية بالحق في فرض عقوبة الإعدام – وفقًا لأحكامها الدستورية – على أي شخص حكم عليه بموجب قانونٍ نافذٍ أو قانونٍ مستقبليٍ يميز فرض عقوبة الإعدام على جرائم اقترفها أشخاص أقل من 18 عامًا، ويستثني من ذلك المرأة الحامل"[1].

كما أنه تعرض الحق في الحياة – وهو من أهم الحقوق – لعدة تحفظاتٍ قدّمت من قبل مالطا عندما صادقت على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في عام 1967، وكان تحفظها إزاء الحق في الحياة لتعارضه مع قانونها الجنائي (المادتين 237 – 238)، والغريب أنّ تحفظ مالطا لم يقابل بأي اعتراض من جهة الدول الأطراف، ولا من جهة اللجنة أو المحكمة الأوروبية[2].

إذن ليس كل تحفظٍ على القواعد غير القابلة للمخالفة في حالة الطوارئ الوطنية يخل بموضوع المعاهدة وغرضها، لأنه لا يوجد ترابط تلقائي بين أحكام لا تجوز مخالفتها وتحفظاتٍ تتنافى مع موضوع وهدف المعاهدة. هناك حقوق ذات أهميّةٍ أساسيّةٍ مثل الحقوق المنصوص عليها في المادة 27 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ولم تجعل من بين الحقوق التي لا تجوز مخالفتها[3].

ثانيا – تنافي التحفظ على الأحكام الإجرائية لموضوع المعاهدة وهدفها:

أنشأت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لجان رقابة احترام الالتزامات التعاهدية عن طريق التقارير الدورية، وتعد ضمانة جماعية حسب تعبير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، من هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان يمكن إبداء تحفظاتٍ تستبعد أو تقيد أجهزة الرقابة في ممارسة الوظائف المحددة لها؟

إن التحفظ على إعلانات قبول اختصاص هيئات الرقابة ذات الوظيفة القضائية يؤدي

---

1 – نقلاً عن: محمد خليل الموسي، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، المرجع السابق، ص 375.

2 – محمد مصطفى يونس، حقوق الإنسان في حالات الطوارئ دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء مبادئ وقواعد القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 175.

3 – انظر: نص المادة 27 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

إلى النيل من فعالية المعاهدة، بحيث يحول بينها وبين تحقيق الهدف الذي من أجله أبرمت المعاهدة.

تتطلب دراسة هذا الموضوع دعم الإجابة في البحث عن الأساس القانوني لعدم صحة التحفظات المقيّدة لاختصاص أجهزة الرقابة على حقوق الإنسان، ثم عن موقف هذه الأجهزة من عدم جواز التحفظات المقيدة لاختصاصها.

أ – الأساس القانوني لعدم صحة التحفظات المقيدة لاختصاص أجهزة الرقابة:

كما هو معروف فإن أجهزة الرقابة التي تنشئها معاهدات حقوق الإنسان تختص بالنظر في تقارير الدول، وفي بلاغات الدول والأفراد في بعض الحالات، تشكل هذه الضمانات جزءًا من النّظام القانوني الذي ترسم المعاهدة معالمه، كما تحّدد فعالية ذلك النّظام وتطبيقه ممّا يؤدي إلى النّظر إلى التحفظات على هذه الضمانات كاستبعاد جانب أساسي من المعاهدة يكفل ممارسة الحقوق المعلنة، ولذلك لا تمتلك الدول إبداء تحفظاتٍ على الأحكام المتعلقة بتقديم التقارير أو الخاصة بفحصها وتقويمها أو تلك الخاصة بإجراءات تقديم الطعون في حالة خرق حقٍ من الحقوق المضمونة في المعاهدة[1].

هكذا فإن تحفظ دولة ماليزيا مثلاً على نص المادة 44 من معاهدة حقوق الطفل المتعلق بتقديم التقارير السنوية للجنة حقوق الطفل لا يتوافق مع هدف المعاهدة وموضوعها[2].

يتجه رأي معظم الفقهاء إلى أن جعل كل من نظام الطعون الفردية أمام اللّجان الدولية لحقوق الإنسان واختصاصات المحاكم الدولية لحقوق الإنسان نظامًا إلزاميًا، كان الوضع هو تمكين الدول من إبداء التحفظات على إعلانات قبول اختصاصات هذه الأجهزة، أمّا إذا تركت هذه المسألة في النهاية لاختيار الدول الأطراف، فليس هناك ما يدعو إلى تمكين من إدراج التحفظات على إعلان قبول اختصاصات هذه الأجهزة[3].

1 – محمد خليل الموسى، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 389.

2 – HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, op cit, pp 80-81.

3 – محمد يوسف علوان، "بنود التحلل في الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 154.

بمعنى آخر أن غالبًا ما تترك مسألة خضوع الدولة إلى رقابة هذه الأجهزة إلى الإرادة الحرّة للدولة واختيارها، لذلك لم يعد هناك ما يدعو من تمكين الدولة من إدراج التحفظات في إعلانات قبول اختصاص هذه الأجهزة في الرقابة على تطبيق الاتفاقية بالنسبة للدول الأطراف.

وما يؤكد أيضًا الموقف السابق، هو أنه غالبًا ما يستفاد أو ما يظهر من نصوص معاهدات حقوق الإنسان الخاصة بتنظيم وتحديد اختصاصات هذه الأجهزة عدم جواز التحفظ عليها وتقييدها. من ذلك مثلا ما نستنتجه من نص المادة 46 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[1] التي تستبعد إمكانية الاعتراف الجزئي باختصاص المحكمة.

على هذا، فإنّه لا يجوز للدولة أن تعلن عن قبولها اختصاص المحكمة وأن تستبعد في الوقت نفسه قضايا معيّنة كتلك التي تتّصل بنصٍ معيّنٍ في الاتفاقية من نطاق هذا الاختصاص.

في هذا السياق، نصت المادة 25 فقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على أن الاعتراف بهذا الاختصاص يجب أن ينصب على جميع الحقوق المقررة في الاتفاقية.

ويتبين من خلال الأعمال التحضيرية للمادة 25 وضوح اتجاه إرادة الدول الأطراف إلى منع التحفظات على الإعلانات المقصودة في هذا النص، فعلى هذا فإنه لا يجوز للدولة مثلاً أن تعلن عن قبول اختصاص اللجنة، وأن تستبعد من هذا الاختصاص في الوقت نفسه قضايا معينةٍ كتلك التي تتّصل بنصٍ معيّنٍ في الاتفاقية[2].

لكن يلاحظ أن هناك استثناء في المادة 06 من البروتوكول الاختياري رقم 04 الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية[3] التي جاءت كما يلي: "1- تعتبر

---

1 – التي تنص على أنه: "1- لأي من الأطرف السامية المتعاقدة أن تعلن في أي وقتٍ اعترافها بالأثر الملزم لقضاء المحكمة بذاته دون اتفاق خاصٍ في جميع المسائل المتعلقة بتفسير وتطبيق هذه المعاهدة...".

2 – محمد يوسف علوان، "بنود التحلل في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 154.

3 – البروتوكول رقم (4) لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بشأن ضمان حقوق وحريات أخرى غير تلك التي تضمنتها الاتفاقية والبروتوكول الأول المبرم في إطار مجلس أوروبا في تاريخ: 16 سبتمبر 1963، ودخل حيز النفاذ في تاريخ 02 ماي 1968.

أحكام المواد من 01 إلى 05 من هذا البروتوكول – فيما بين الأطراف السامية المتعاقدة – مواد إضافية للاتفاقية، وبناء على ذلك تطبق جميع أحكام الاتفاقية.

ومع ذلك، ليس لإعلان الدولة اعترافها بحق الشكوى الفردية طبقًا للمادة 25 من الاتفاقية، ولا إعلانها قبول الأثر الملزم لقضاء المحكمة طبقًا للمادة 46 من الاتفاقية، أيّ أثرٍ بالنّسبة لهذا البروتوكول ما لم يقّدم الطرف السامي المتعاقد المعني بيانًا يعترف فيه بهذا الحق، أو يقبل فيه هذا القضاء فيما يتعلّق بكّل أو أيٍّ من المواد من 01 إلى 04 من هذا البروتوكول".

أما في مجال الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969، فيمكن الإشارة إلى نص المادة 62 من الاتفاقية[1] كمثال، إذ اعتبرت المادة أنّ المحكمة تختص بالفصل في كلّ الخلافات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية، وهو اختصاص إلزامي متى قبلته الدولتان المدّعية والمدعى عليها.

حسب هذا النص يمتد الاختصاص الموكل إلى المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان إلى كافة نصوص الاتفاقية وما احتوته من حقوقٍ وضماناتٍ، وبالتالي لا يجوز لدولةٍ ما أن تقيّد اختصاص المحكمة عن طريق التحفظ باستبعاد نصٍ من النصوص مثلاً[2].

فما قيل عن هاتين الاتفاقيتين، يقال بالنسبة لجميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان فيما يخص أجهزة رقابتها، فلا يمكن تصور صياغة تحفظاتٍ على تلك المواد أو الأحكام المنظمة لاختصاصات أجهزة الرّقابة على حقوق الإنسان فهي تثير شكوكًا حول مصداقية التزام تلك الدولة بالمعاهدة، وبالتالي تتعارض تماما مع موضوع هذه الاتفاقيات وغرضها[3].

وذهبت لجنة القانون الدولي إلى أنه لا يكون التحفظ على نصٍ واردٍ في معاهدةٍ يتعلق بتسوية المنازعات أو برصد تنفيذ المعاهدة غير متوافقٍ، في حد ذاته، مع موضوع المعاهدة والغرض منها، ما لم يكن هذا التحفظ:

---

1 – انظر: نص المادة 62 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969.

2 – عزت سعد الدين، "قانون المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 39، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1983، ص 302.

3 – المرجع نفسه، ص 302.

1 – يرمي إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لنص في المعاهدة لابدّ منه لعلّة وجودها؛ أو

2 – يترتب عليه أثر مؤداه استبعاد الدولة المتحفظة من آلية لتسوية المنازعات أو لرصد تنفيذ المعاهدة فيما يتعلق بنصٍ في المعاهدة سبق لها قبوله، إذا كان إعمال هذه الآلية يشكّل ذات الغرض المتوخى من المعاهدة[1].

ب – موقف أجهزة الرقابة على حقوق الإنسان:

عبرت الأجهزة الدولية للرقابة على تطبيق حقوق الإنسان وعلى رأسها لجنة حقوق الإنسان، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، عن موقفها في مسألة التحفظ على إعلانات قبول اختصاصاتها، وأكدت كلها على عدم جواز إبداء مثل هذه التحفظات، واستندت على الطبيعة الخاصة للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لتبرير موقفها كما يأتي:

1 – موقف لجنة حقوق الإنسان:

قامت لجنة حقوق الإنسان بدراسة مسألة التحفظ على إعلان قبول اختصاصها ومدى توافقه مع موضوع وهدف البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

فحسب رأي هذه اللجنة، يتمثّل موضوع وهدف البروتوكول الاختياري في الاعتراف باختصاص اللجنة في أن تتلقى وتبحث في البلاغات التي ترد من الأفراد، الذين يزعمون أنّهم ضحايا لانتهاكٍ ارتكبته دولة من الدول الأطراف، لأي حقٍ من الحقوق الواردة في العهد.

تلتزم الدول بضمان الحقوق الأساسية للأفراد على أساس العهد وليس على أساس البروتوكول الاختياري الذي تتمثل وظيفته في اختبار صحّة الإدعاءات المتعلقة بتلك الحقوق، فلا يمكن إبداء تحفظٍ على العهد من خلال إدراجه في إطار البروتوكول الاختياري الأول[2].

---

1 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 531.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرات من 11–13.

تأكد الاتجاه السابق عند نظر اللجنة في تحفظ دولة "ترينيتي وتوباغو" الذي أبدته بخصوص البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[1]، وكان رأيها أن هذا التحفظ يتعارض مع موضوع وهدف العهد والبروتوكول الاختياري الأول، باعتبار أنه يقيد من اختصاص اللجنة فيما يخص حق الطعن الفردي أمامها، باستثناء بعض أنواع الإجراءات من مجال الرقابة[2].

في السياق نفسه، يعتبر التحفظ الذي أدرجته جمهورية ألمانيا في إعلان قبول اختصاص لجنة حقوق الإنسان بموجب البروتوكول الاختياري الأول لا يتوافق مع هدف العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وموضوعه، لأنّه يقيّد اختصاص هذه اللجنة، حيث استبعدت ألمانيا بموجبه من اختصاص اللجنة العرائض التي تبلغ عن انتهاك نص المادة 26 من العهد[3].

2 – موقف اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

لم يقتصر هذا الموقف على مستوى لجنة حقوق الإنسان فقط، إنما نجد له نظيرًا عند المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واللّجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد خلصت المحكمة في قضية "لوايزيدو" "LOIZIDOU" بعد تحليل موضوع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وغرضها إلى أن هذه الاتفاقية وسيلة دستورية للنظام العام الأوروبي، وأن المادتين 25 و46 من الاتفاقية أساسيتان لتحقيق فعالية الاتفاقية، لأنهما يحددان مسؤولية المحكمة واللجنة في ضمان حماية التزامات الأطراف وفقًا للمادة 19 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي

---

1 – كانت دولة "ترنيتي وتوباغو" قد انسحبت من البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، ثم عادت وانضمت إليه من جديدٍ مع إبداء تحفظ على نص المادة 01 منه مفاده: لا تعّد اللجنة المعنية بحقوق الإنسان مختصّةً للنظر في أي بلاغ يتعلق بأي سجين محكوم عليه بالإعدام، بشأن أية مسألة تتعلق باتهامه، باعتقاله، بتوقيفه، بالتّحقيق معه أو بالحكم عليه بعقوبة الإعدام، أو بأية مسألةٍ أخرى تتعلق بهذا الأمر"، انظر:

C.D.H, "Rawle Kennedy c. /Trinité-et-Tobago", Communication N° 845/1999, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/845/1999 (1999), § 4.1.

Voir aussi : FLAUSS Jean-François, "Le contrôle de la validité des réserves par le comité des droits de l'homme: des Nations Unies. dans l'affaire Raule Kennedy contre / Trinité et Tobago", R.U.D.H, N° 09, vol 12, 2000, p 221 et ss.

2 – C.D.H, "Rawle Kennedy c./ Trinité-et-Tobago", op cit, § 6 et § 7.

3 – N.U, Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général, état au 31 Décembre 1995, New York, chap. IV, p 173.

تنص على أنّه أنشئت لجنة ومحكمة أوروبية من أجل ضمان احترام أطراف الاتفاقية لالتزاماتهم الناشئة بموجب هذه الاتفاقية[1].

فيجب تفسير هذان النصان مع الأخذ بعين الاعتبار الطابع الفريد للاتفاقية المختلفة عن الاتفاقيات الدولية العادية، إذ تخلق التزاماتٍ موضوعيةٍ وتستفيد من نظام الضمان الجماعي[2]، وأضافت المحكمة في قرارها أنّ التحفظ على إعلانات قبول اختصاص اللّجنة أو المحكمة يُضعف بصورةٍ خطيرةٍ دور اللجنة والمحكمة عند ممارسة وظائفهما، ويقلل من فعالية المعاهدة باعتبارها جهازًا مؤسساتيًا للنظام العام الأوروبي، وعلى ذلك لا يجوز للدول أن تقيد قبولها للبنود الاختيارية لاستبعاد أجزاءٍ من قانونها وممارستها الخاضعة "لولايتها" من نطاق رقابة أجهزة الاتفاقية، وأن كل تقييدٍ لاختصاصها المكاني أو الموضوعي يتنافى مع طبيعة الاتفاقية، فعلى ذلك فإن تحفظ تركيا على هذه الاتفاقية يخالف موضوع المعاهدة وهدفها[3].

في الختام كان قرار المحكمة هو اعتبار التحفظ التركي غير قانوني فإن كان هذا لا يعني بطلان إعلان قبول اختصاص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أي يبقى إعلانها صحيحًا دون الاستفادة من تحفظها[4].

توصلت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى النتيجة نفسها بمناسبة نظرها في القضية المعروفة باسم "كريسموس" "CHRYSOTOMOS" بتاريخ 04 مارس 1991، فقدرت

---

1 − C.E.D.H, "Affaire Loizidou.c./la Turquie", op cit, § 34.

2 − COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'Homme", op cit, p 936.

3 − Ibid, p 939.

4 − Ibid, p 940.

استندت تركيا في الدفاع عن موقفها إلى الممارسة المستمرة الناتجة عن تطبيق المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، الذي يسمح بوضع قيودٍ لاختصاص قضاء المحكمة، فعلى ذلك يجب تفسير المادتين 25 و46 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على ما جرى العمل به أثناء تحرير نص هذه الاتفاقية، بما أن الممارسة القضائية الدولية سمحت في الفترة التاريخية التي أبرمت فيها الاتفاقية بوضع شروطٍ وقيودٍ للاعتراف باختصاص المحكمة، فقد كان رد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن هذا التفسير سوف يقلل من دور اللجنة والمحكمة في ممارسة وظائفهما، ويقلل من فعالية المعاهدة التي تمّ وضعها كوسيلةٍ حقيقية لتحقيق فعالية حقوق الإنسان، وأنّ ممارسة الدول الأطراف وتطبيقاتها لنصيّ المادتين 25 و46 دحضت الحجج التي تقدمت بها تركيا، انظر:

C.E.D.H, "Affaire Loizidou.c./ la Turquie", Arrêt du 23 Mars 1995, op cit, § 67.

اللجنة أنّه لا يمكن للطرف المتعاقد عند اعترافه لاحقًا باختصاص اللجنة أن يغير التزاماته الناتجة عن الاتفاقية، حتى ولو كان ذلك عن طريق إرفاق إعلان قبول النصوص الاختيارية بقيودٍ تكون آثارها مماثلةً لآثار التحفظ، كما أنّ أي تقييدٍ لنصوص المعاهدة يجب إبداؤه أثناء التعبير النهائي على قبول هذه المعاهدة ولا يسمح بتحفظات مستترة[1].

أفضت جميع هذه السوابق القضائية بلجنة القانون الدولي إلى القول بأنه لا يجوز للدولة أو المنظمة الدولية أن تقلّل من شأن التزاماتها التعاهدية الجوهرية السابقة بإبداء تحفظ على نصّ معاهدة يتعلّق بتسوية المنازعات أو رصد تنفيذ المعاهدة في اللحظة التي تقبل فيها بنص المعاهدة[2].

عليه نخلص إلى أن عدم جواز إبداء تحفظٍ يقيد من اختصاص أجهزة الرقابة على حقوق الإنسان، شرط أساسي لإبداء التحفظات على معاهدات حقوق الإنسان، لأن هذه التحفظات من شأنها تعطيل إعمال المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، وجعل موضوعها والغرض منها مجرد لغوٍ من حيث أن اختصاصها لا يقتصر على حقٍ معينٍ بذاته، بل ينصرف إلى كافة نصوص الاتفاقية وما احتوته من حقوقٍ وضماناتٍ.

على كل حال يعد شرط توافق التحفظ مع هدف المعاهدة وموضوعها كما أشير إليه آنفا أساسيا ويجب أن تخضع له جميع التحفظات، على الرغم من أنه لا يوجد له مفهوم دقيق ومحدد لا في أحكام الاتفاقيات الدولية ولا في اتفاقية سيداو، إذ نصت هذه الأخيرة على أنه لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها، فاستدعى فهم موضوع البحث ودراسة مضمون اتفاقية سيداو ومحاولة فهم موضوعها الأساسي والهدف منها.

1 – SCHABAS William .A, "Article 64 ", op cit, p 913.

2 – انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1، مرجع سابق، ص 534.

الفصل الثاني

موضوع وهدف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

سبقت الإشارة إلى أنه استعادت اتفاقية سيداو نفس أحكام المادة 19/ج من الاتفاقية الدولية الخاصة بقانون المعاهدات لعام 1969، إذ وضعت الاتفاقية الأولى شرطا لقبول التحفظات في المادة 28 الفقرة 02 التي نصت على أنه " ***لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها*** ".

هكذا فالمادة 28 الفقرة 02، من خلال الحد من حق الدول الأطراف في إبداء تحفظات إلا إذا توافقت مع موضوع الاتفاقية وغرضها، فهي تقبل وتشرع لتجزئة الاتفاقية المطبقة في هذا المجال بإعطاء الأفضلية لسيادة الدول.

وعليه يتطلب دراسة موضوع التحفظ على اتفاقية سيداو بيان واستخلاص هدف وموضوع هذه الاتفاقية باعتباره أساس ومقياس لتقدير التحفظات الواردة عليها، ولوضع حدّ للتلاعب بالحق في تقديم التحفظات وإتباع خيار انتقائي للإجراءات التي تنص عليها الاتفاقية وللحقوق التي توفرها وتضمنها.

وهذه الاتفاقية كما يدل عليها اسمها ينصب موضوعها الأساسي على حماية حقوق المرأة، إذ تجمع بين المبدأ العام القائم على أساس الجنس، وبين المعايير الأخرى المتعلقة بالنساء، أو ذات التأثير الخاص على النساء، التي تمَّ ترسيخها في المواثيق الدولية السابقة لها، وتسعى هذه الاتفاقية إلى القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة سواء بحكم القانون أو بحكم الواقع، وسواء نتجت عن فعلٍ أو امتناعٍ من جانب الدول الأطراف أو وكلائها أو أي أشخاصٍ أو منظماتٍ في جميع ميادين الحياة.

فوردت الأحكام الموضوعية الخاصة بحقوق المرأة في هذه الاتفاقية في المواد من 01 إلى 16، والتي تعد بمثابة القواعد الأساسية فيها، إذ تعتبر المواد من 01 إلى 05 من الاتفاقية من المواد الشاملة التي تؤمن الإطار القانوني والمنظور الجندري – المرتكز على النوع الاجتماعي – لتطبيق الاتفاقية ووضعت من خلالها مفهوما خاصا للتمييز ضد المرأة والذي يعتبر أساسا في تفسير كل الاتفاقية، ودعمته بمجوعة من التدابير اللازمة لتحقيق المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة (المبحث الأول)، في حين تعتبر المواد من 06 إلى 16

من الاتفاقية من المواد التي تؤمن جوهر الاتفاقية والسياق الذي يتطلب التزام الدول بشكل خاص، إذ أشارت الاتفاقية إلى المجالات المختلفة التي يجب فيها على الدول الأطراف تطبيق مفهوم المساواة الفعلية الذي تدعو إليه الاتفاقية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تفعيل وتطبيق تفسير خاص لمبدأ منع التمييز ضد المرأة في الاتفاقية

بدأت اتفاقية سيداو بتعريف التمييز ضد المرأة وجعلته أساس فهم المواد والحقوق الواردة بالاتفاقية، كما يعتبر المرجع النهائي في تفسير كل بنودها، فتمثل المادة الأولى التفسير القانوني للاتفاقية والمقصود بالتمييز.

والجدير بالذكر أن اتفاقية سيداو تُعنى بالتمييز ضد المرأة وليس بالتمييز على "أساس الجنس"، غير أن الجهود الدولية لم تقف عند حد إزالة كافة الحواجز والعقبات أمام تحقيق المساواة بين الجنسين في كل الحقوق، بل تجاوزت هذه الجهود كل الحدود بطرحها مفهوما جديدا للمساواة بين الجنسين نشأ مع المؤتمر الدولي للسكان والتنمية والمعقود بالقاهرة في عام 1994 قائم على أساس النوع الاجتماعي، والذي يرمي إلى إزالة كافة أشكال الفروق والاختلافات بين النوعين حتى ما كان منها بيولوجيا أو تكوينيا[1].

على ذلك فإن دراسة وبيان مفهوم مبدأ منع التمييز ضد المرأة في الاتفاقية ومقارنته مع المفاهيم الأخرى المشابهة له سوف يُعطي فكرة واضحة حول الهدف والموضوع الذي تصبو إليه الاتفاقية (المطلب الأول)، وكذا تحديد الخصائص الأساسية لهذا المبدأ (المطلب الثاني)، كما أن المواد التي تلت مادة التعريف – نص المادة 01 – في الاتفاقية زادت من بيان المقصود، خصوصًا المادتان 02 و03 اللتان أوضحتا المراد من مصطلح القضاء على التمييز ضد المرأة في الاتفاقية، إذ وضعت مجموعة من الوسائل والتدابير لتحقيق المساواة الفعلية بين الجنسين وذلك بتحويل الفكرة إلى واقع (المطلب الثالث).

1 – تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، القاهرة، من 05 إلى13 سبتمبر 1994، 1995، الوثيقة رقم: A/CONF.171/13/Rev.1.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ منع التمييز ضد المرأة في الاتفاقية

يعتبر مبدأ منع التمييز الركيزة الأساسية لتحقيق العدل بين أفراد المجتمع الواحد، وعليه فإن لهذا المبدأ عددًا من المصطلحات التي تتشابه معه سواء من حيث مفهومها أو من حيث الهدف الذي تصبو إليه، ومن أهمها مصطلح "المساواة"، عليه سيتم إجراء مقارنة بين مبدأ منع التمييز ومبدأ المساواة في الاتفاقية (الفرع الأول)، ثم تحديد صور التمييز في هذه الاتفاقية (الفرع الثاني)، وأخيرًا إجراء مقارنةٍ بين تعريف منع التمييز في اتفاقية سيداو مع تعريف التمييز في بعض المواثيق الدولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبدأ منع التمييز ومبدأ المساواة في الاتفاقية

يعد الحق في المساواة وعدم التمييز من أهم حقوق الإنسان إن لم يكن أهمها على الإطلاق، فهو مبدأً أساسيًا في الدول والنظم الديمقراطية في العالم أجمع وحجر الزاوية فيها، ولقد أشارت الاتفاقية في أحكامها، خاصة المادة الأولى منها لمبدأ المساواة إلى جانب مبدأ منع التمييز وعليه، يجب تبيان طبيعة العلاقة بين هذين المبدأين في إطار اتفاقية سيداو (أولاً)، ولفهم أكثر لمبدأ المساواة يجب التعرض إلى الصور المختلفة له، وذلك بعرض أهمها مفاهيمها والمتمثلة في المساواة الشكلية والمساواة الموضوعية (ثانيًا).

أولاً – طبيعة العلاقة بين مبدأ منع التمييز ومبدأ المساواة في الاتفاقية:

تتأسس النظم الديمقراطية على مبادئ مثل المساواة أمام القانون والمساواة أمام الوظيفة العامة... فالمساواة المقصودة هي المساواة الشكلية – المساواة أمام القانون –، أي المساواة بين من تماثلت مراكزهم أو صفاتهم القانونية في الحقوق والواجبات والتكاليف العامة. وهي تعني المساواة في المعاملة – التزام بعناية – فيما بين الأفراد من ذوي المراكز المتماثلة، ولا تنصرف إلى المساواة الفعليّة – التزام بتحقيق نتيجة – التي تؤّدي إلى الفوارق الاقتصاديّة أو المساواة الحسابية أو الكمية التي يصعب الوصول إليها.

إذن تستند المساواة على معنى ايجابي قوامه التماثل بين الأفراد عند تساوي مراكزهم القانونية، أما التمييز فهو خلافًا للمساواة يدور حول معنى سلبي مؤّداه عدم المساواة في

المعاملة وفي الفرص[1]، وهناك صلة وثيقة واعتماد متبادل بين فكرتَي عدم التمييز والمساواة، ويمكن أن ينظر إليهما بوصفهما عبارتّي إثبات ونفي للمبدأ عينه[2].

ويعد مبدأ "منع التمييز" النتيجة الملازمة لمبدأ "المساواة"، ويحظر هذا المبدأ المعاملة التفضيلية لشخصٍ أو مجموعةٍ من الأشخاص على أساس حالةٍ أو وضعٍ معينٍ[3].

كما يقوم كل من مصطلحي "التمييز" و"المساواة" على افتراض النسبية، أي أن المساواة أو المعاملة التمييزية يجب أن تقاس بالمقارنة بين معاملة شخصٍ وآخر في وضعٍ مشابه أو ظروفٍ مشابهةٍ[4].

لقد حاول الفقه تعريف مبدأ منع التمييز فعرفه الفقيه "سورنسن" "SORENSEN"على أنه: "أي عمل ينكر لبعض الأفراد المساواة في المعاملة وذلك لانتمائهم إلى مجموعةٍ محددةٍ في المجتمع".

وتوصل الفقيه "بوسوي" "BOSSUYT" بعد دراسةٍ معمقةٍ لعبارة "التمييز" في القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى أن ينفرد التمييز بالتعسف أو الاستبداد، واقترح تعريفًا للتمييز على أنه: "يقصد بعبارة التمييز في القانون الدولي لحقوق الإنسان اختلاف في المعاملة عند الاعتراف والتمتع أو ممارسة حقٍ من حقوق الإنسان أو حريةٍ من الحريّات الأساسية مؤسسةٍ على سببٍ غير متصلٍ بموضوع هذا الحق أو هذه الحرية"[5].

كماعرفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التمييز الواجب منعه في حكمها الصادر في قضية اللغات في بلجيكا[6] حيث جاء فيه: "أن التمييز هو التفرقة التعسفية أو غير المبررة، وأنه

---

1 – محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، ج.02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 120.

2 – محمد يوسف علوان، "التمييز المحظور في القانون الدولي"، مجلة سياسات عربية، العدد 07، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، قطر، 2014، ص 100.

3 – لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، التعليق العام رقم 16، "المساواة بين الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، الدورة 34، 2005، الوثيقة رقم: E/C.12/2005/4.

4 – محمد يوسف علوان، التمييز المحظور في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 100.

5 – BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Ed. Buylant, Belgique, 1976, p 119.

6 – تتلخص وقائع هذه القضية في أن ارتكز التشريع البلجيكي حسب ادعاء الطاعنين على مبدأ التوزيع الإقليمي، إذ أنّ القطر كان مقسمًا إلى منطقة (الفلاندر) التي تتحدث لغةً وحيدةً هي اللغة الهولندية، ومنطقة (ولوانيا) التي تتحدث لغةً وحيدةً هي اللغة الفرنسية، وكان لبروكسيل وضعًا خاصًا في نظامها المختلط، وكان هناك أيضًا منطقةً محددةً في=

وفقًا للمبادئ المنبثقة من الممارسات القضائية في عددٍ كبيرٍ من الدول الديمقراطية، فإن المساواة في المعاملة يتم انتهاكها إذا لم تجد التفرقة المبررات الموضوعية المنطقية، وينبغي أن يتم تقييم هذه المبررات على ضوء الهدف المنشود من التدبير المعني..."[1].

إذن ينفرد التمييز بوجود اختلافٍ في المعاملة عند ممارسة الحقوق مع عدم وجود مبرراتٍ موضوعيةٍ وجديةٍ، بينما تهدف المساواة إلى معارضة الممارسات التمييزية، فمن ذلك، يمكن خلط مبدأ المساواة مع مبدأ منع التّمييز.

للتوضيح أكثر يكون هناك تمييز عند تطبيق قواعد مختلفةٍ لحالاتٍ مماثلةٍ أو عند تطبيق القاعدة نفسها على حالاتٍ مختلفةٍ[2]، إذ يعتبر "عدم التّمييز وسيلة لضمان مبدأ المساواة" من خلال توقيع العقاب في حال خرق هذا المبدأ[3].

يستنتج بأن هناك رباطًا وثيقًا واعتمادًا متبادلاً بين فكرتي عدم التمييز والمساواة فهما وجهان لعملةٍ واحدةٍ وليس لأي منهما وجودًا دون الآخر، فحيثما يكون هناك تمييز يكون هناك خرق لمبدأ المساواة والعكس صحيح[4].

=الشرق حيث تسود اللغة الألمانية، وكان التّعليم يتم باللغة الهولندية في منطقة "الفلندر" في المدارس العامة، وكان من الممكن أن تفتح مدارس خاصة تلقى فيها الدروس باللغة الفرنسية، إلا أنه لم تكن تحصل على إعانةٍ من الحكومة، ولم تكن الشهادات التي تمنح في نهاية الدراسة الخارجية عن النّظام التعليم في المدارس الخارجة عن نظام التعليم في المدارس العامة العادية معترفًا بها، وبالتالي كان تلامذتها مضطرين إلى دخول امتحانٍ خاصٍ في لغةٍ يختارونها للحصول على المؤّهل المطلوب. وكانت هناك بعض الاستثناءات، ففي 06 كميوناتٍ متخامةٍ لبروكسيل، كان من الممكن الحصول من الحكومة على إعانات وعلى حق إعداد امتحانات للمدارس الخاصة حيث كان التعليم باللغة الفرنسية، رغم وجود هذه الكميونات في المنطقة التي تتحدث اللّغة الهولندية، غير أن القانون يفرض شروطًا غير مستساغة للاعتراف بأنّ اللّغة الفرنسية لغة للّتعليم في هذه الكميونات التي تتمتع بوضعٍ خاصٍ بالنّسبة للفرنسية، وكان يشترط أن تكون الفرنسية هي لغة الأسرة العادية وأن يتقّدم 40 رب أسرة بالطلب الخاص يجعل التعليم باللغة الفرنسية. وكانت الأسر التي تعيش قرب الكميونات المذكورة لا تتمتع بحق إرسال أبناءها على هذه المدارس حتى ولو كانت لديها من الفصول ما يسمح لها بقبول المزيد من التلاميذ، وكان إخفاقها في استيفاء الشرط القانوني للإقامة عاملاً حاسمًا في هذا الأمر، انظر:

C.E.D.H, "Affaire Relative à certains aspects de régime linguistique de l'enseignement en Belgique", 23 Juillet 1968, voir le site : https://hudoc.echr.coe.int.

1 – Voir, Ibid, § 10.

2 – BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, op cit, p 75.

3 – PORTA Jérôme, "Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discriminations", R.D.T, N° 05, Dalloz, 2011, p 290.

4 – محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، مرجع سابق، ص 121.

لقد بدأت اتفاقية سيداو في نص مادتها 01 بتعريفٍ عامٍ لمصطلح "التمييز ضد المرأة"، حيث ورد فيها أنّه: "***لأغراض هذه الاتفاقية يعنى 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 والحرّيات الأساسّية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخرٍ، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل***".

يلاحظ من البداية الطبيعة الواسعة لهذا التعريف الذي يتناول من ناحيةٍ أولى التمييز على أساس الجنس ويتناول من ناحية ثانية مبدأ المساواة، ومن ثم تجعل هذه المادة هذين المبدأين غير قابلين للانفصال[1]، لأن تطبيق مبدأ عدم التمييز، كما نعلم، لا يؤدي تلقائيًا إلى تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين، وهذا هو السبب الذي جعل نص المادة يشترط الترابط بين هاذين المبدأين[2].

كما يمثل مبدأي التمييز والمساواة فكرتين متعارضتين وتشكّلان قطبين للمحور الذي بنيت عليه هذه الاتفاقية: وهو مكافحة التمييز ضّد المرأة للوصول إلى المساواة بين الرجل والمرأة. فهما مترابطتان ارتباطًا لا ينفصم، وتمثل بالنسبة لأغلبية الفقهاء وجهان لحقيقةٍ واحدةٍ ولكن تتمّ صياغتها أحيانًا بطريقةٍ سلبيةٍ وأحيانًا أخرى بطريقةٍ إيجابيةٍ. يبدو لنا هذا التّأكيد مقبولا عندما نتحدث عن المساواة في الحقوق. ومع ذلك، فغالبًا ما تكون المعاملة التمييزية ضرورية لبلوغ المساواة الحقيقية. ولكن عدم التمييز ليس دائمًا هو ما يعادل المساواة عندما يتعلق الأمر فقط بالمساواة الشكلية[3].

---

1 – في حين أن إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1967 اكتفى فقط بالتّأكيد في نص المادة 01 منه على أنه: "إن التمييز ضد المرأة، بإنكاره أو تقييده تساويها في الحقوق مع الرجل، يمثّل إجحافًا أساسيًا ويكون إهانة للكرامة الإنسانية".

2 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam - le cas des pays arabes -, thèse de doctorat, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2008, p 258.

3 – بينما ذهب البعض إلى اعتبار أن مفهوم منع التمييز ومفهوم المساواة مختلفان يجب التمييز بينهما. فالتمييز يعتبر نتيجة للسلوك البشري، ويستدعي ذلك حظر رسمي الأخذ بعين الاعتبار سمة مميزة، بينما مبدأ المساواة، ناشئ عن حالة حقيقة، يقوم على الشعور بالعدالة، انظر:

LANGLOIS Philippe, "Discrimination, égalité et rémunération: régime et fondement", SSL, Supplément, N°1256, 10 Avril 2006, p 7.

إن تطبيق القاعدة القانونية المحايدة بالتساوي للجميع في بعض الحالات تديم وتزيد في التمييز، وهذا بتطبيق المعايير نفسها على أشخاصٍ أو جماعاتٍ مختلفةٍ وليست متكافئةٍ[1].

ولفهم الفكرة يجب توضيح الفروق بين النوعين من المساواة: مساواة شكلية وموضوعية.

ثانيًا – أشكال المساواة في الاتفاقية:

تميز اتفاقية سيداو بين نوعين من المساواة، النوع الأول المساواة الشكلية، والنوع الثاني المساواة الموضوعية، فتهدف المساواة الشكلية إلى التساوي في المعاملة والفرص، وتقوم على المبدأ القائل بأنّ "الحالات المتماثلة يجب معاملتها بالمثل"، بشكل عام يهدف النموذج الفكري القائم على المساواة الشكلية بين النوعين إلى ضمان تمتع النساء بالحقوق نفسها المتاحة للرجال، فالهدف المنشود في هذه الحالة هو تبني قوانين تعامل النساء والرجال بالمثل[2].

كما أن هذا النموذج لا يأخذ بعين الاعتبار الاختلافات البيولوجية والجندرية بين المرأة والرجل، مما يزيد من وطأة الضغوطات على المرأة التي تضطر إلى العمل وفق المعايير الذكورية، لذا لا يمكن للمرأة الوصول إلى الفرص والاستفادة منها بالطريقة نفسها كالرجال طالما أن ظروفها تختلف إلى هذا الحدّ عن ظروفه.

أشارت لجنة حقوق الإنسان إلى تسمية أخرى وهي "المساواة بحكم القانون – أو الرسمية – والمساواة بحكم الأمر الواقع – أو الجوهريّة –"، وأضافت أنّ: "هما مفهومان مختلفان ومترابطان مع ذلك. والمساواة الرسمية تفترض أن المساواة تتحقق إذا تعامل القانون

---

1 – مثال على ذلك: القانون المدني الكندي الذي ينص منذ 1990 على المساواة القانونية للزوجين، هذه المساواة لها آثار سلبية على المرأة المتزوجة في نظام استقلالية الذمة المالية، عندما تتوقف مساهمة المرأة في الحياة الزوجية على مستوى العمل المنزلي غير المدفوع الأجر، فيمكن أن نتوقع في حالة نهاية العلاقة الزوجية بالطلاق أن تعيش في فقر ما لم يكن لها تركة عائلية أو بدل التعويض عن الطلاق اللذان قد ينتج عنهما رفع مستواها المعيشي بالتالي تحقيق المساواة التي تمثل الهدف القانوني، بمعنى آخر يمكن أن يقع التمييز ضد المرأة باسم المساواة القانونية.

وحسب تعبير سيمون بوفوار يعتبر الاختلاف بين الرجل والمرأة اختلافا طفيفًا، تنبع أهميته من علاقات القوة، "لا يولد الإنسان امرأة، إنما يصبحه"، انظر:

DE BEAUVOIR Simone, Le deuxième sexe, Gallimard, Paris, 1949, p 285.

2 – وتجري أيضًا التفرقة عادة بين المساواة في القانون والمساواة أمام القانون، ويتعلق النوع الأول من المساواة بعملية تكوين القانون ويقع على كاهل المشرع تحقيقها عند صياغة القانون، كما يحدث عند تضمين مبدأ المساواة بين النساء والرجال مثلاً، في الدساتير الوطنية وفي التشريعات المختلفة. أما المساواة من النوع الثاني فتتعلق بعملية تطبيق القانون، أي عندما تمارس الإدارة نشاطها في تنفيذ القانون؛ وبمعنى آخر فهي تعني في ضمان التطبيق الفعلي لمبدأ المساواة الدستوري في جميع الميادين، انظر: ميساء عبد الكريم أبو اصليح، حق المساواة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2019، ص 23.

أو السياسة مع الرجل والمرأة بطريقةٍ محايدةٍ. أما المساواة الجوهرية فتهتم، علاوةً على ذلك، بتأثيرات القانون، والسياسات والممارسات العملية، وضمان عدم إدامتها للمساوئ التي تعاني منها أصلاً فئات معينةٍ من الأشخاص، بل تخفيفها"[1].

يؤدي منهج المساواة الشكلية إلى عدم المساواة بالنسبة لبعض النساء على الأقل، فالمساواة الشكلية قد تعني بقاء القانون صامتًا في أحوالٍ تستوجب توفير المزيد من الحماية للمرأة.

فلا يكون تحقيق تمتع المرأة بحقوقٍ متساويةٍ مع الرجل بمجرد تبنّي قوانين وسياساتٍ محايدةٍ في التعامل مع الجنسين، بل على العكس من ذلك، يقع على الدول التزام إيجابي تمثل في ضمان المساواة الموضوعية بين المواطنين بدون تمييزٍ على أساس النوع.

تدعو اتفاقية سيداو إلى الأخذ بمفهوم المساواة الموضوعية؛ فلطالما كان مفهوم المساواة مثيرًا للمشكلات لأن مصطلح "مساواة المرأة" كان يُفهم على نحوٍ شائعٍ باعتباره مرادفًا لـ "الحق في المساواة مع الرجل". والواقع أن المرأة تواجه مظاهر تفرقةٍ جسيمةٍ فيما يتعلق بفرص العمل، والأجور، وإمكانية الحصول على الرعاية الصحية والتمتع بالصحة، والحقوق داخل الأسرة، والتمتع بالجنسية، ولا سبيل إلى ذلك. وكان علاج مظاهر التفرقة المذكورة يُفسر على أنّه يعني حصول المرأة على الحقوق نفسها التي يحصل عليها الرجل. وتنشأ المشكلات عندما يربط الأفراد بين حق المرأة في المساواة مع الرجل ووجوب معاملتها على نحو مساو للرجل تمامًا، هكذا فمفهوم "الحق في المساواة مع الرجل" يغفل حقيقة أنّ هناك اختلاف بين المرأة والرجل.

فالمساواة الموضوعية التي تدعو إليها الاتفاقية تتبع منهجًا تصحيحيًا، يقرّ بوجود هذا الاختلاف. والاتفاقية تقر بصفةٍ خاصةٍ أن مهمة حمل الأطفال مهمة تختص بها المرأة دون الرجل، وتوضح أن تلك المهمة لا يجوز اتخاذها أساسًا للتمييز ضد المرأة[2].

تتطلب المساواة الموضوعية أن تتمتع كل من النساء والرجال بالمساواة في النتائج المحققة وليس فقط في تساوي الفرص أو المعاملة. يترتب على ذلك أن الدول ملزمة بسنّ

---

1 – لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 16، الوثيقة رقم: E/C.12/2005/4، مرجع سابق، الفقرة 07.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الوحدة رقم 04، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة رؤى مختلفة لجماعات معينة"، ص 91، على الموقع التالي: http://hrlibrary.umn.edu/arab/M4.pdf، تاريخ الإطلاع: 12 جويلية 2014.

قوانين تحمي النساء بشكلٍ خاصٍ وعدم الاعتماد على إستراتيجية الحياد القانوني بين الجنسين فقط[1].

نتيجة ذلك تقضي الاتفاقية بإتباع نهجًا تصحيحيًا لتغيير البنى الاجتماعية ذات الصلة، مثل الأدوار التقليدية المخصصة للرجل والمرأة، والممارسات الثقافية التي تعتبر المرأة أدنى من الرجل. ويحتل التركيز على تكافؤ الفرص مركزًا جوهريًا ضمن مفهوم المساواة الموضوعّية، كما يولى اهتمامًا خاصًا للمساواة في النتائج. ويؤكّد مفهوم المساواة الموضوعية على المساواة في المعاملة وكذلك المساواة في الانتفاع بالإمكانيات والفرص، وهو يقرّ بأنّ المساواة في الانتفاع بالإمكانات قد تقتضي اختلاف معاملة الرجل عن المرأة، ممّا قد يتخذ شكل تهيئة الظروف التي تمكِّن المرأة من الاستمتاع بحقوقها، أو شكل اتّخاذ تدابير إيجابيةٍ مؤقتةٍ، أو الشكلين معًا[2].

على هذا الأساس أكدت مبادئ "مونتريال" حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة على ما يلي:

يمكن أن تساعد القوانين والسياسات المحايدة في التعامل مع النوعين على إبقاء انعدام المساواة بينهما لأنّها لا تأخذ في الاعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية المعوّقة للمرأة، فتؤدّي إلى مجرد الحفاظ على الوضع القائم. بالتالي تستلزم المساواة الموضوعية تفسير الحقوق وتصميم سياسات حصول النساء على منافعٍ متساويةٍ مع الرجال[3].

يعتبر الاختلاف في المعاملة هدفًا في حد ذاته. فالمساواة الموضوعية تتطلب اختلاف المعاملة من أجل تعزيز تساوي النتائج، لذلك يجب أن يحدد المرء الأساس الذي تطالب به

---

1 – ريم بهدي، "وصول المرأة إلى العدالة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا"، اللقاء التشاوري لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، من 9 إلى 10 ديسمبر 2007، مركز البحوث للتنمية الدولية برنامج حقوق المرأة والمواطنة، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، القاهرة، 2007.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الوحدة رقم 04، مرجع سابق، ص 92.

3 – تم تبني هذه المبادئ في اجتماع للخبراء عقد في تاريخ من 7 إلى 10 ديسمبر 2002 في كندا. وقد وضعت هذه المبادئ لإرشاد عملية تفسير وتنفيذ الضمانات بعدم التمييز والممارسة والتمتع المتساوي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والتي تضمن تمتع النساء بحقوقهن كاملة وعلى قدم المساواة وفقا لنص المادتين 02 و03 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. على الموقع التالي: http://www.arabhumanrights.org، تاريخ الاطلاع: 20 سبتمبر 2015.

المساواة، أو بصيغةٍ أخرى، الغايات أو النتائج التي يجب أن تصبح متساويةً.

الفرع الثاني

صور التمييز ضد المرأة الممنوعة في الاتفاقية

شهد مفهوم التمييز تطورًا ارتقى به من الحالة التي لا تقبل نزاع فيها، والمتمثلة في تحريم التمييز المباشر والمقصود فقط – الذي يسمى أيضًا التمييز العلني أو الظاهر أو الصريح – هذا التحريم أصبح حاليًا يشتمل أيضًا على مجرد كون مجموعةٍ معينةٍ في المجتمع تعاني من ضررٍ نتيجةً لقاعدة أو معيارٍ قانونيٍ مهما كان شرعيًا أو حياديًا. هذا هو مفهوم "التمييز غير المباشر" أو "التمييز غير المقصود" أو "التمييز الناتج أثر ضارٍ"[1].

إذن يحدث التمييز المباشر عندما يعامل الفرد معاملةً غير مواتيةٍ بسبب السمات الشخصية للشخص مثل الجنس أو العرق أو العمر أو الإعاقة أو الحالة الأبوية. وهذا واضح جدًا ويمكن أن يؤثر على الشخص الذي يتعرض للتمييز إلى حدٍّ كبيرٍ. وفي حالة التمييز المباشر فإنّ من المقرر أنه يجب الحكم بعدم مشروعية الفعل لتوافر قصد التمييز[2].

يحدث التمييز غير المباشر والذي يسمى كذلك التمييز الخفي أو المضمر أو المستتر عندما يبدو أنّ هناك سياسة أو حكم أو لائحة معيّنة تتعامل مع جميع الناس على قدم المساواة، ولكن نتيجة لذلك تؤثر على عدد معين من الناس بطريقةٍ سلبيةٍ وغير عادلةٍ. ويبدو أنّ السياسة العادية محايدة وغير مؤذية، ولكنها تنطوي على نتيجةٍ تمييزيةٍ ضد أنواعٍ معينةٍ من الأفراد[3]، إذن فعل التمييز يثبت في هذه الحالة حتى وإن كان من الناحية الموضوعية عبارة عن حكمٍ موافقٍ للقانون – مهما كانت دستوريّته – أو معيار محايد لا طعن فيه أو تصرف غير منحازٍ لاشك في نية أصحابه. فيعتبر رغم ذلك تمييزًا بمجرد أن ينتج عنه ضررًا في حق شخصٍ أو أشخاصٍ يتّميزون بخصوصيّاتٍ معيّنةٍ (عرقية، دينية، عنصرية،

---

1 – بومنجل فاتح الدين، "التمييز غير المباشر والتمييز الإيجابي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2004، ص 123.

2 – ينبغي التأكيد هنا أن القانون الدولي لا يفرض أي شرطٍ لإثبات نية التمييز، وأن عبارة "يستهدف أو ينتج عنه" تشير إلى تشريعات أو سياسات قد تبدو محايدة ولكنها تؤدي في الواقع إلى التمييز، نقلاً عن: شادي عدنان الشديفات، "تكامل المواثيق الدولية في مجال إرساء مبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية"، مجلة العلوم القانونية، العدد 02، المجلد 29، جامعة بغداد، 2014، ص 32.

3 – المرجع نفسه، ص 126.

...) دون غيرهم من أفراد المجتمع. هذه الخصوصيات هي التي تجعلهم يتضرّرون دون غيرهم، لا يشترط من الناحية القانونية توافر قصد الإضرار، بل يكفي إثبات وجود هذا الضرر فقط كنتيجةٍ مباشرةٍ للحكم أو المعيار أو التصرف[1].

يلاحظ أن معظم الحكومات تعتقد عدم وجود تمييز ضد المرأة في بلادها لأنّ قوانينها لا تمارس التمييز، غير أنّها لا تنتبه إلى الوضع الفعلي للمرأة على أرض الواقع، حيث تتمتّع هذه الأخيرة بدرجةٍ أقل من قدرة الوصول إلى كافة المنافع والضمانات. لذا ورغم أنّ معظم التشريعات المحلية لا تتغاضى عن التمييز ومعظم دساتيرها تقدم الضمانات لحظر التمييز على أساس الجنس ولكن لم تنجح في القضاء على التمييز.

يتم تحديد عدم التمييز على أساس الجنس بمعناه الضيق على أنه التفاوت في المعاملة المخصصة لمجموعتين من الأشخاص الذين يشاركون الظروف نفسها. بناءً على هذا التعريف في حال توفر مجموعتين مع حاجات مختلفة – أي أنّهما لا تتشاركان الظروف نفسها –، وإذا ما عانت إحداهما من الحرمان بسبب قاعدةٍ حياديةٍ لا تتسبب في حرمان المجموعة الأخرى، لا يمكن عندها الحديث عن التمييز، بل يعزى ذلك إلى ضعف ما تعاني منه المجموعة المحرومة. لنأخذ مثلاً تسهيلات القروض الممنوحة لكل من النساء والرجال على قدم المساواة ووفقًا للشروط نفسها "قاعدة حيادية" مثل شرط تقديم الضمانات، لن تتمكن المرأة عندها من الاستفادة من القروض، إذ أن قوانين الإرث أو الممارسات الاجتماعية قد تمنعها من اقتناء أيةٍ ممتلكات لتقديمها كضمانات مقابل القرض. وفي هذه الظروف لابد من توفر قاعدةٍ مختلفةٍ للمرأة لتمكينها من الوصول إلى القروض، وإلا فيكون تيسير الاقتراض تمييزيًا ضد المرأة بطريقةٍ غير مباشرةٍ[2].

أكدت اتفاقية سيداو في المادة 01 على أن التمييز بشقيه المباشر وغير المباشر ممنوع، وفي هذا قامت لجنة سيداو بتعريف التمييز المباشر ضد المرأة على أنّه: "معاملة مختلفة قائمة صراحة على أساس الفروق الجنسية والجنسانية". أما التمييز غير المباشر ضد المرأة فيقع عندما يبدو قانون أو سياسة أو برنامج أو ممارسة محايدًا في إطار علاقته

1 – بومنجل فاتح الدين، "التمييز غير المباشر والتمييز الإيجابي"، مرجع سابق، ص 124.

في مفهوم التمييز غير المباشر يمكن الاطلاع على المبادئ التوجيهية الصادرة عن برلمان الاتحاد الأوروبي:
Directives n° 2000/43 et 2000/78, et la directive 2002/73.

2 – دليل حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منظمة العمل الدولي من أجل حقوق المرأة لمنطقة آسيا والمحيط الهادي–IWRAW، بيروت، 2008، ص 47.

بالرجل والمرأة، بينما يكون له تأثير تمييزي في الواقع على المرأة لأن ذلك التدبير المحايد في الظاهر لا يعالج أوجه اللامساواة القائمة أصلاً[1]. وفضلاً عن ذلك، يمكن للتمييز غير المباشر أن يؤدي إلى تفاقم أوجه اللامساواة القائمة بسبب عدم إدراك أنماط التمييز الهيكلية والتاريخية وعلاقات السلطة غير المتكافئة بين الرجل والمرأة، على سبيل المثال تبيّن أنّ أحد مشاريع تربية المائيات في بنغلاديش يمارس التمييز ضد المرأة لأنه يشترط على كافة الرّاغبين في المشاركة امتلاك برك مائية، بما أنّ النساء لم يرثن أيّة ممتلكاتٍ من أهلهن، واللّواتي قد فعلن ذلك لم يعدن قادرات على الوصول إلى هذه البرك بسبب انتقالهن للعيش في قرى أزواجهن، فقد عجزن جميعًا عن الاستفادة من المشروع[2].

وفي هذا السياق، أكد البرلمان الأوروبي في التعليمة رقم 54/2006 على أن التمييز غير المباشر ضد المرأة هو: "الحالة التي تكون فيه القاعدة القانونية أو الممارسة محايدة ظاهريًا ستؤثر بشكلٍ خاصٍ على الأشخاص من جنس معين بمقارنته مع الجنس الآخر، ما لم تكن تلك القاعدة أو الممارسة مبررة بشكلٍ موضوعيٍ ولها غاية مشروعة، وأنّ وسائل تحقيق تلك الغاية هي مناسبة وضرورية"[3].

الفرع الثالث

تكريس تعريف مبدأ منع التمييز في المواثيق الدولية المختلفة

تنص المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على مبدأ منع التمييز، غير أنها تباينت في إعطاء تعريف موحد ومقبول عالميًا لهذا المبدأ (أولاً)، كان لهذا التباين تأثير على موقف مشرعي الدول وعلى رأسهم المشرع الجزائري من التعريفات المقدمة لمبدأ منع التمييز الوارد في المواثيق الدولية الأخرى (ثانيًا).

أولاً – تباين تعريف مبدأ منع التمييز في المواثيق الدولية المختلفة:

لم يظهر مصطلح التمييز في القانون الدولي إلا بواسطة اللّغة القانونيّة الأنقلوأمريكية،

1 – لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التوصية العامة رقم 28، الفقرة 16.

2 – دليل حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منظمة العمل الدولي من أجل حقوق المرأة لمنطقة آسيا والمحيط الهادي، مرجع سابق، ص 48.

3 – Parlement Européen, Conseil Européen, (CE) n°2006/54, du 5 Juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O.U.E., L 204, du 26 Juillet 2006, p 23.

إذ لم يظهر هذا المصطلح في النصوص الفرنسية إلا في مناسبات خاصةٍ كمعاهدة السلم ومعاهدة حماية الأقليات بعد سنة 1918 كبعد تقني في القانون الدولي العام، ولكن توسع استعماله بعد الحرب العالمية الثانية.

كرّست المواثيق الدوليّة تعريف التمييز بصيغ متباينةٍ، كما تتباين من حيث الأشخاص المشمولين بمبدأ حظر التمييز، ومن حيث الأسس التي يقوم عليها التمييز المحظور والحقوق التي ينطبق عليها مبدأ عدم التمييز، فيعتبر التمييز القائم على الجنس شكلا من أشكال التمييز المحظورة في هذه المواثيق[1].

إن هذا المصطلح كمفهوم قانوني لم يُتفق بخصوص تحديد مضمونه رغم الإجماع في اتفاقيات حقوق الإنسان على عدم مشروعيته وعلى التقارب في تحديد أسس التمييز المتنوعة[2].

فهو يعتبر من المبادئ الهامة والأساسية للأمم المتحدة فجاءت في ديباجة الميثاق "***نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد ألينا على أنفسنا... أن تؤكّد من جديد إيمانا بالحقوق الأساسية للإنسان، وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء... من حقوق متساوية...***"، ومن أهم مقاصد الأمم المتحدة حسب ما جاءت به المادة 01 فقرة 03 تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصيغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا، والتشجيع على ذلك إطلاقًا بلا تمييزٍ بسبب الجنس أو اللغة أو الدين[3].

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 من أهم الخطوات التي تم تسجيلها في مجال حقوق الإنسان في العصر الحديث، حيث يشكل مصدر إلهام لجميع الجهود التي بذلت من أجل تعزيز وحماية الحقوق الطبيعّية لبني البشر، وتنص المادة 01 من

---

1 – الحبيب حمدوني، حفيظة شقير، حقوق الإنسان للنساء بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية المرأة، مرجع سابق، ص 83.

2 – لقد تم إدخال مفهوم التمييز في القانون الدولي في المعاهدات الدولية، في بداية العشرينيات (1920)، ولم يتم تكريسه فعلاً إلا بعد الحرب العالمية الثانية، انظر:

AUROUET-HIMEUR Aurélie, L'égalité professionnelle homme– femme étude de droit français et de droit algérien, thèse de doctorat, Université François-Rabelais de Tours, 2013, p 81.

3 – هناك ثلاثين دولة فقط من بين 51 دولة عضو في الأمم المتحدة كانت تقر في ذلك الوقت للمرأة بالحق في التصويت، كما أن أربع نساء فقط ساهمن في صوغ الميثاق أو توقيعه، انظر: محمد يوسف علوان، "التمييز المحظور في القانون الدولي"، مرجع سابق، ص 98.

الإعلان على أنّه: "***يولد جميع الناس أحراراً، ومتساوين في الكرامة والحقوق، وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخفاء***"، وأكّدت المادة 02 على ما يلي: "***لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييزٍ من أي نوع كان ولاسيما بسبب العنصر أو اللّون أو الجنس أو أيّ وضعٍ آخر***".

تتسم النصوص الواردة في ميثاق الأمم المتحدة والخاصة بحقوق الإنسان وكذا النّصوص الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 بالعمومية، فهي مبادئ عامة تحتاج إلى نصوص محددةٍ قابلةٍ للتطبيق، حتى تنتقل من العمومية إلى التخصيص، وتنتقل من عدم الإلزام إلى إلزامية النصوص بنصوصٍ محدّدةٍ[1].

بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وابتداء من سنة 1950 ظهرت عدة وثائق دولية تكرس مبدأ منع التمييز وتعدد أسبابه وأنواعه، غير أنها لم تعرفه عدا ثلاث معاهداتٍ[2].

عرفت اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 111 حول التمييز في مجال الاستخدام والمهنة لعام 1958[3] في المادة 01 منها عدم التمييز على أنه: "***يشمل كل تفرقة، إقصاء أو تفصيل على أساس الجنس تكون من بين أثاره إحباط أو توهين المساواة في الفرص أو المعاملة في مجال العمل والتوظيف***".

أما المادة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم اليونسكو لعام 1960، والمتعلّقة بحظر التمييز في مجال التّعليم، فلقد أعطت للتّمييز التعريف نفسه بإضافة عبارة "إذلال" إذ تنص على أنه: "***يشمل كل تفرقة، إقصاء إذلال أو تفضيل على أساس ...الجنس، ويكون موضوعه أو من بين أثاره، إحباط أو توهين المساواة في المعاملة في مجال التعليم...***".

---

1 – ورد مبدأ عدم التمييز والمساواة بسبب الدين أو الجنس أو العنصر أو العرق أو اللغة بشكلٍ لا لبس فيه في الميثاق، وهذا ما حدا بأحد أعضاء اللجنة الثالثة التابعة للأمم المتحدة إلى القول بأن: "إنشاء الأمم المتحدة قد تم أساسًا لمكافحة التمييز في العالم"، نقلاً عن: محمد يوسف علوان، مبدأ المساواة وعدم التمييز: دراسة في القانونين الدولي والأردني، ميزان مجموعة القانون من أجل حقوق الإنسان، عمان، 2013، ص 05.

2 – BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, op cit, p 33.

3 – صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 69–31، المؤرخ في 22 ماي 1969، ج.ر.ج.ج، العدد 49، الصادر في 06 جوان 1969.

جاءت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965[1] لتجرم التمييز بمختلف أشكاله، حيث عرّفته في المادة 01 الفقرتان 01 و04 على أنّه: "***في هذه الاتفاقية، يقصد بتعبير "التمييز العنصري" أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الأنثى أو يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة، في ميدان أخر من ميادين الحياة العامة...***

لا يكون من قبيل التّمييز العنصري أيّة تدابير خاصّة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التّقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات،...".

يلاحظ بأن تعريف الاتفاقية جاء شاملاً لكل الحالات التي يكون عليها فعل التمييز سواء كان فعلاً أو دعايةً أو تحريضًا وعملاً عدائيًا أو حتى اشتراكًا في هذه الأفعال، وفقًا لما نصت عليه المادة 04 الفقرة/ب[2].

ولم يعرف العهدان الدوليان مصطلح "التمييز" ولم يشيرا إلى ما يشكل تمييزًا[3]، ومع ذلك، قامت لجنة حقوق الإنسان بملء هذا الفراغ في تعليقها العام رقم 18 فاعتبرت: "أنّ تعبير "التمييز" المستخدم في العهد ينبغي أن يفهم على أنّه يتضمّن أيّ تفرقةٍ أو استبعادٍ أو تقييدٍ أو تفضيلٍ يقوم على أساس أي سبب كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك مما يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف لجميع الأشخاص، على قدم المساواة، بجميع الحقوق والحريّات أو التمتع بها أو ممارستها"[4].

بينما عرفت اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات[5] التمييز المحظور في

---

1 – اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 21 ديسمبر 1965، دخلت حيز التنفيذ في 04 جانفي 1969، صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 66–848، المؤرخ في 15 ديسمبر 1966، ج.ر.ج.ج، العدد 110، الصادر في 30 ديسمبر 1966.

2 – انظر، المادة 04/ب من اتفاقية القضاء على التّمييز العنصري لعام 1965.

3 – شادي عدنان الشديفات، "تكامل المواثيق الدولية في مجال إرساء مبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية"، مرجع سابق، ص 26.

4 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18، "عدم التمييز"، 1989، الوثيقة رقم: A/45/40، الفقرة 07.

5 – اللجنة الفرعية للأمم المتحدة لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، تأسست هذه اللجنة والتي تغير اسمها من اللجنة الفرعية=

القانون الدولي لحقوق الإنسان على أنّه: "كل إجراءٍ أو معاملةٍ تنطوي على إنكارٍ لقاعدة المساواة بين الأفراد، على أساس جماعةٍ أو فئةٍ من الأفراد لمجرد انتمائها إلى أصلٍ عرقيٍ أو اجتماعيٍ معيّنٍ"، كما عبرت عليه بالقول: "إن التمييز هو التّفرقة غير المبرّرة التي لو طبّقت لأثارت الانقسام والبغضاء بين الناس"، أو إنه: "التّفرقة التي يخالطها التعسف".

ولقد جاء في المادة 01 الفقرة 02 من الاتفاقية الأمريكية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين[1] على أنّه: "أ- مصطلح ***"التمييز ضد الأشخاص المعاقين" يعني أيّ تمييزٍ أو استبعادٍ أو تقييدٍ على أساس الإعاقة، أو سجل الإعاقة، أو الحالة الناشئة عن إعاقةٍ سابقةٍ أو إدراك الإعاقة – سواء حاليًا أو في الماضي، ويكون أثر هذا التمييز أو هدفه إضعاف أو إبطال الاعتراف بحقوق الإنسان والحرّيات الأساسّية للشخص المعاق وتمتّعه بها وممارستها.***

ب – التمييز أو الامتياز الذي تتبناه دولة طرفٍ لتشجيع اندماج أو التنمية الشخصية للأشخاص المعاقين لا يشكّل تمييزاً – بشرط ألّا يقيّد التّمييز أو الامتياز في حدّ ذاته حقّ الأشخاص المعاقين في المساواة، وألّا يجبر الأشخاص المعاقين على قبول مثل هذا التّمييز أو الامتياز، وإذا أعلن – بموجب قانون الدولة الداخلي – عدم كفاءة شخصٍ– متى كان ذلك ضروريًا ومناسبًا لصالح الشخص – فإن مثل هذا الإعلان لا يشكل تمييزًا".

يعني التمييز في هذه الاتفاقيات تفرقة أو استبعاد أو تقييد، وتضيف الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري كلمة تفضيل يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان أو ممارستها على قدم المساواة مع الآخرين[2].

بينما يلاحظ أنّ تعريف التمييز في اتفاقية سيداو يعبر عن الظلم والإجحاف أكثر مما

=لمنع التمييز وحماية الأقليات بقرارٍ من المجلس الاقتصادي والاجتماعي في 27 جويلية 1999، من قبل لجنة حقوق الإنسان بهدف إعداد الدراسات ووضع التوصيات للجنة بخصوص منع التمييز من أي نوع وحماية الأقليات العنصرية والوطنية والدينّية واللغوية، ولتنفيذ أيّة مهمةٍ أخرى تستند إليها من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي أو لجنة حقوق الإنسان، وتجتمع اللجنة مرة واحد في كل سنة في جنيف لفترة 03 أسابيع ابتداء من 01 أوت، نقلاً عن: شادي عدنان الشديفات، مرجع سابق، الهامش رقم 53، ص 28.

1 – أبرمت الاتفاقية الأمريكية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد الأشخاص المعاقين في 05 جوان 1999.

2 – محمد يوسف علوان، "التمييز المحظور في القانون الدولي"، مرجع سابق، ص 99.

يعبر عن التفرقة والاختلاف[1].

يشتمل مصطلح التمييز ضد المرأة في هذه الاتفاقية على عنصرين رئيسين، الأول يشمل الأفعال التي تعتبر تمييزًا ضد المرأة، ويشمل العنصر الثاني آثار هذه الأفعال وأغراضها.

فحددت الاتفاقية هذه الأفعال في التفرقة أو الاستبعاد أو التقييد على أساس العصبية ضد الجنس، والتّفرقة تعني منح الرجال حقوقًا إنسانيةً أوسع مدى من حقوق النساء بالنظر إلى كونهم أعلى مرتبةً أو درجةً، واستبعاد المرأة على أساس الجنس يعني تهميشًا في المجتمع وقصر حقوقها على الأدوار النمطية وعدم إدماجها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها من المجالات أو الميادين في بلدها.

أما التقييد على أساس من العصبية، فيقصد به وضع الحواجز والموانع والعقبات أمام تمكين المرأة من تمتعها بكافة حقوق الإنسان والحريات الأساسية على قدم المساواة مع الرجل، وقد أوضحت الاتفاقية أنه من آثار وأغراض التمييز على أساس الجنس هو ما يؤدي إلى عدم الإقرار بما للمرأة من حق التمتع بكافة الحقوق الإنسانية والحريات الأساسية المتكافئة مع الرجل، وبغض النظر عن حالتها الزوجية أو إضعاف هذا القرار بأي وجهٍ من الوجوه وذلك في كافة الميادين والمجالات[2].

لا تقتصر الاتفاقية على مجرد تعريف التمييز، بل تصف أيضًا بالتفصيل الالتزامات التي تقع على عاتق الدول في التنفيذ، والتي تتمثل في الاحترام والحماية والإيفاء، أما الاحترام، فيتطلب من الدولة الامتناع عن التدّخل بشكلٍ مباشرٍ أو غير مباشرٍ في التمتع بحقوق الإنسان، وأما الحماية، فتستلزم من الدولة اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الغير من التدخل في حقوق الإنسان التي يتمتع بها الأفراد، وأما الإيفاء، فيقتضي تيسير التمتع بحقوق الإنسان وتأمينها وتعزيزها باعتماد المناسب من التدابير التشريعية والإدارية والقضائية والتوعوية وغيرها من التدابير الرامية إلى إحقاق حقوق الإنسان بالكامل[3].

---

1 – علي محمد القدال محمد، محي الدين إبراهيم أحمد عيسى، "اتفاقية التمييز ضد المرأة: المفهوم، والأبعاد والآثار"، مجلة دلتا العلوم والتكنولوجيا، العدد 05، كلية دلتا العلوم والتكنولوجيا، جامعة طانطا، السودان، 2017، ص ص 55 – 96.

2 – أحمد جمعة عبد الله خليفة، حقوق المرأة في القانون الدولي، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2009، ص 288.

3 – عايدة أبوراس، اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، ورقة علمية مقدمة إلى اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا– الإسكوا، قطر، 2012.

بهذا تعطي الاتفاقية مدلولاً واسعًا للتمييز ضد المرأة فيشمل كافة أنواع التمييز بما يمنحها الحماية سواء بالإقرار لها بكافة الحقوق التي يتمتّع بها الرجل بصرف النظر عن حالتها الزوجية، أو فيما يتعلق بتلك الحقوق وممارستها لها، وقد تكون الصياغة الواردة في هذه المادة قد تأثرت كثيرًا بتعريف الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965[1].

يؤدي اصطلاح التمييز كما عرفته الاتفاقية إلى الإقرار بالمساواة المطلقة بين الجنسين في كافة الحقوق الإنسانية والحريات الأساسية وإلغاء جميع الفوارق بينهما في التمتع بها في كافة الميادين وفي ممارستها ومباشرتها بلا قيود، ومن ثم فهي لا تعترف بأي تفضيلٍ للذكور على الإناث في أي مجالٍ من المجالات وتعتبره تمييزًا ضّد المرأة.

تعكس كل النصوص المشار إليها أعلاه الوعي العالمي بضرورة صون الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة من حيث الحقوق والواجبات، التي تحتاج إلى خطوةٍ ثانيةٍ مكملةٍ وهي التطبيق الفعليّ لها[2].

ثانيًا – تأثر المشرع الجزائري بتعريف التمييز الوارد في الوثائق الدولية المختلفة:

يعتبر مبدأ منع التمييز كما أشرنا إليه سابقا من بين المواضيع القديمة المتجدّدة، إذ كان المجتمع الدولي سباقًا في عقد العديد من الاتفاقيات بخصوص هذا الموضوع.

تبنت أغلب الدساتير الوطنية للدول مبدأ منع التمييز وكرسته في نصوص قانونية إلزامية متأثّرةً بمواثيق حقوق الإنسان العالمية الصادرة خاصةً بعد الحرب العالمية الثانية.

يتبين عند إلقاء نظرةٍ عامةٍ عن الدساتير الجزائرية وتعديلاتها مدى استعمال مصطلح منع التمييز، غير أنّها لم تقدّم تعريفًا لمفهوم التمييز أو منع التمييز بل عدّدت أنواع التمييز الممنوع دستوريًا منها: منع التمييز على أساس الجنس، دون أن تعرفه[3]، على سبيل المثال نصت المادة 32 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في الباب المتعلق بالحقوق والحريّات، على أنّه: "***كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه***

1 – أحمد جمعة عبد الله خليفة، حقوق المرأة في القانون الدولي دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 289.

2 – رندة الفخري عون، التمييز ضد المرأة في ضوء أبرز المواثيق الدولية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص 87.

3 – هذا هو حال أغلب الدول المستقلة بعد 1960 حيث حرصت على استعمال مصطلح "التمييز" أو "التمايز" بمفهومه السلبي دون تعريفه.

إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"[1]، إلى جانب نصوصٍ موادٍ أخرى في الدستور نفسه نصّت على ضماناتٍ للحق في المساواة نذكر منها: نص المادة 34 التي تنص على أنه: "***تستهدف المؤسّسات ضمان مساواة كلّ المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات الّتي تعوق تفتّح شخصيّة الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلّية في الحياة السياسية، والاقتصاديّة، والاجتماعية، والثقافية***"، ونص المادة 35 التي تنص على أنه: " – ***تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة.***

– ***يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة***".

وأخيرًا نص المادة 36 الذي جاء كما يأتي: "***تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل.***

تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات".

بتفحص نص المادة الجديدة 36 نجد أنها تضمنت شطرين:

الشطر الأول يتعلق بتكريس مبدأ المناصفة في سوق الشغل والشطر الثاني تعزيز حق المرأة في الوصول إلى المناصب القيادية ومناصب الدولة العليا.

---

1 – قانون رقم 16–01، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن تعديل الدستور الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

لقد عملت دساتير الدول الأخرى على تكريس مبدأ المساواة ونبذ التمييز بكل أشكاله، نشير بعض منها مثل الدستور المصري لعام 2014 الذي ينص في المادة 09 منه على أنّه: "تلزم الدولة على توفير تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون أي تمييز"، كما أنّ المادة 11 من الدستور نفسه تنصّ على تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في كافة المجالات، والتّأكيد على التزامات الدول في هذا المجال.

وهي الالتزامات نفسها التي تضمنها الدستور التونسي لسنة 2014، مع كثير من التفصيل تعزيزًا لهذه الحقوق من خلال المادة 21 منه، التي تقر بالمساواة بين المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات، وتلزم تونس بموجب المادة 46 من الدستور ذاته بحماية حقوق المرأة المكتسبة، والعمل على تقويمها وتطويرها، وضمان تكافؤ الفرص في تحمّل المسؤوليات، تحقيق التناصف بين الرجل والمرأة، واتّخاذ التّدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضدها.

أما الدستور المغربي لسنة 2014، كرس مبدأ المساواة في الفصل 19 منه، على أن يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بكلّ الحقوق والحريات المدنيّة والسياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة ومختلف الحقوق الأخرى الواردة في الاتفاقيات الدوليّة التي صادقت عليها المغرب، في إطار ثوابت المملكة.

فيما يتعلق بالجزء الأول نجد أنه باستقراء نص المادة 36 أن المؤسس الدستوري لم يقصد من خلال عبارة المناصفة المساواة في سوق الشغل ذلك أن قوانين العمل في الجزائر لا تقر أي تمييز بين الرجل والمرأة وأن كان هناك تمييز فهو تمييز تفاضلي لمصلحة المرأة في حالة مثلا منع المرأة من العمل في أماكن العمل الشاقة أو في ظروف قد تؤثر على صحتها، أو كتشغيل المرأة في ساعات الليل وجعل الأمر مقيد برخصة من مفتش العمل. إذن فقصد المشرع من استعمال عبارة المناصفة ليست المساواة المطلقة كما يفهم من ظاهر النص.

أما فيما يتعلق بالجزء الثاني من نص المادة 36 من التعديل الدستوري فالمقصود بمبدأ المناصفة هو تحقيق المساواة في تقلد هذه المناصب بالتساوي بين الطرفين وإتاحة نفس الفرص للجنسين في تقلد المناصب العليا والمناصب السيادية في الدولة[1].

ولقد كرس المشرع الجزائري مبدأ منع التمييز في القانون الجنائي واعتبر منع التمييز بسبب الجنس جريمةً منصوصًا ومعاقبًا عليها في تقنين العقوبات الجزائري، أين أفرد لها المواد 295 مكرر 1، 295 مكرر 2، 295 مكرر 3[2]، وهي جريمة جديدة لم يسبق لها وجود في مختلف التعديلات المتعاقبة التي شهدها هذا القانون قبل سنة 2014.

كما أن الجزائر تأخرت نسبيًا في تجريم التمييز، بالنظر إلى تصديقها المبكر على اتفاقية القضاء على التمييز العنصري، حيث صادقت عليها سنة 1966، إلى جانب تصديقها على الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تعالج هذا الموضوع، والتي من بينها الاتفاقية محل الدراسة (اتفاقية سيداو)، ومع ذلك لم يقم المشرع الجزائري بتجريم هذا الفعل إلا سنة 2014.

جاء في الفقرة 01 المادة 295 مكرر 1 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم التالي: "***يشكل تمييزًا كّل تفرقةٍ أو استثناءٍ أو تقييدٍ أو تفضيلٍ يقوم على أساس الجنس، أو العرق، أو اللّون، أو النّسب، أو الأصل القومي، أو الإثني، أو الإعاقة، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي، أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة***".

---

1 – بلبة ريمة، "تكريس مبدأ التناصف بين الجنسين على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 12، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، 2017، ص 23.

2 – الأمر رقم 66–156، المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14–01، المؤرخ في 04 فيفري 2014، ج.ر.ج.ج، العدد 07، الصادر في 16 فيفري 2014.

جعل المشرع من خلال هذا التعريف التمييز جريمةً يمكن تصورها في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثّقافي واختتم بعبارة "أيّ ميدانٍ آخرٍ من ميادين الحياة العامة" لتمنع التمييز في أي مجال لم تشمله صياغة هذه المادة.

يظهر أن المشرع الجزائري نقل نص هذه المادة حرفيًا من اتفاقية القضاء على التمييز العنصري دون تغييرٍ ما عدا حذف كلمة "عنصري"، وتغيير كلمة "تّمييز" "بتفرقة".

هذا الأمر حمل معه العديد من العيوب، ذلك أنّ صياغة الاتفاقيات الدولية تحاول أن تشمل كل آراء وأفكار الأطراف المتعارضة، وهو ما ينجر عنه أن تكون عبارات النصوص غامضةً وغير دقيقةٍ في أغلب الأحيان، إلا أنّ التشريع الجنائي الجزائري مقيد بمبدأ الشرعية الجنائية الذي يستوجب وضوح العبارات ودقة النّصوص[1]، ولا تكون عامة وواسعة مما يؤدي إلى صعوبات في تفسيرها وفي التكييف خاصة على المستوى البوليسي.

أكد المشرع في نص المادة 295 مكرر1 أن جريمة التمييز يمكن أن يرتكبها كل شخصٍ، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو شخصًا معنويًا وسواء كان فاعلاً أصليًا، أو محرضًا[2].

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 295 مكرر 03 على مجموعةٍ من الاستثناءات المتعلّقة بجريمة التمييز وهي تعتبر أسباب إباحة، حيث لا يعتبر الفعل جريمةً ولا يعاقب القانون عليه متى كان ضمن هذه الحالات[3].

ما يمكن إبدائه كملاحظةٍ أولية على الاستثناءات الواردة في نص المادة السالفة الذكر أنّها جاءت منحصرةً في التّمييز عند التّشغيل أو التّوظيف، سواء على أساس الحالة الصحيّة للفرد أو الإعاقة أو الجنس، فيمكن أن يمارس التّمييز ضد الشخص بسبب حالته الصحيّة إذا كان الغرض من هذا التّمييز هو الوقاية من مخاطر الوفاة أو المساس بالسلامة البدنية للشخص نفسه، يبدو أنّ هذا الاستثناء فيه نوع من الغموض في الصّياغة.

---

1 – حسينة شرون، "أحكام جريمة التمييز المستحدثة في قانون العقوبات الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص 121.

2 – إلا أن بالعودة إلى نص المادة 41 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، فإن المحرض والشريك يعاقبان بالعقوبة نفسها المقرّرة للفاعل الأصلي، المشرع وقع في خلط وخطأ، حيث أن القاضي يكون في حيرة بين تطبيق نصّ المادة 41 من تقنين العقوبات الجزائري المعّدل والمتمم أو تطبيق نصّ المادة 295 مكرر 1 من التقنين ذاته، ذلك أن العقوبة المقررة للمحرض هي عقوبة الحبس والغرامة المنصوص عليها في الفقرة 02 من المادة 295 مكرر1 من التقنين المذكور أعلاه.

3 – انظر: المادة 295 مكرر 03 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ويمكن أن يكون التمييز مؤسسًا على الإعاقة، وهي متعلقة برفض تشغيل الشخص المريض أو المعاق في الحالة التي يثبت فيها طبيبًا أنّه غير قادرٍ على العمل، وفقًا للشروط التي ينص عليها قانون العمل أو القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

وأخيرًا يمكن أن يكون التمييز على أساس الجنس، وهو متعلق كذلك بالتوظيف والتشغيل، إذا كان القانون يبيح هذا النوع من التمييز[1].

وهذا، ويبقى النص على أسباب الإباحة الخاصة بجريمة التمييز، هو مجرد نصٍ أضاف الكثير من التعقيد بخصوص هذه الجريمة، ذلك أنه إذا أعملنا مبدأ الخاص يقيّد العام، فإن نص المادة 39 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمّم يصبح غير قابل للتطبيق بخصوص هذه الجريمة، وتصبح الحالات الواردة في المادة 295 مكرر 03 حالات حصرية للإباحة، وهو حصر فيه الكثير من النّقص، لأن هذه الحالات جاءت مقتصرةً على الإباحة بخصوص التمييز في التّشغيل أو التوظيف فقط، فهناك الكثير من الحالات التي لا تشملها هذه المادة ويجيزها القانون الدولي والداخلي صراحةً أو ضمنًا، كالتمييز سواء تفضيلاً أو منعًا ضد الأفراد أو الجماعات.

وخلاصة ما يمكن قوله في هذا الإطار، هو أن بمبدأ المساواة وعدم التمييز وارد في الدستور الجزائري إذ استعمل مصطلح منع التمييز في مواد كثيرة فيه، غير أنه لم يقدم تعريفًا لمنع التمييز ضد المرأة بل عدد أنواع التمييز الممنوع دستوريًا. بينما وضع التقنين الجنائي المعدل والمتمم تعريفا للتمييز وجرمه بصوره وأشكاله المختلفة، وعليه يكون المشرع قد خطى خطوة كبيرة في ضمان تكريس المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة، إلا أنه لم يستحدث المشرع الجزائري آلية خاصة في إثبات الركن المعنوي لجريمة التمييز مما يؤدي إلى إعمال طرق الإثبات المحددة في قانون الإجراءات الجزائية(الاعتراف، شهادة الشهود، القرائن...)، غير أنه قلما يقوم المتهم بالاعتراف، كما أنه قد يتعذر الحصول على تصريحات الشهود لأن مرتكب الجريمة قد ينفرد بقيامها أحيانا مع الضحية دون علم الآخرين.

---

1 – نشير إلى أن هذه الأسباب الخاصة للإباحة يمكن أن تصنف ضمن ما أمر به القانون في الحالة التي تكون فيها الشروط التّمييزية للتّوظيف أو التّشغيل إجباريةً، ويمكن أن تصنّف ضمن ما إذن به القانون في الحالة التي تجيز قوانين العمل أو الوظيف العمومي مثل هذه الشروط، وبالتالي لا يكون هناك داعيًا لمثل هذا النص، لوجود نص المادة 39 من تقنين العقوبات الجزائري، انظر: حسينة شرون، "أسباب إباحة جريمة التمييز في قانون العقوبات الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2016، ص ص 07 – 19.

المطلب الثاني

خصائص مبدأ منع التمييز ضد المرأة

يتمتع مبدأ منع التمييز بمجموعة من الخصائص والتي يمكن حصرها في الخصائص العامة وهي صفة التكاملية وصفة الاستقلالية، وتم التركيز على هاتين الخاصيتين نظرا لما يترتب عليهما عند تطبيقهما في الحماية من التمييز بصفة عامة، حيث لم يشار إليهما مباشرة في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، لاسيما في اتفاقية سيداو إنما تم استنتاجهما من خلال ما ورد في نصوصها (الفرع الأول)، كما سمح التطبيق القضائي لمبدأ منع التمييز ضد المرأة من خلال تعريفه التمييز على أساس الجنس باستنتاج خصائص خاصة به (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخصائص العامة لمبدأ منع التمييز

استحوذت مسألة تكاملية مبدأ عدم التمييز (أولاً) واستقلاليته (ثانيًا) على اهتمامٍ كبيرٍ في إطار آراء لجنة حقوق الإنسان، وقرارات اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، نظرًا للآثار القانونية التي تترتب على تبني "استقلالية مبدأ عدم التمييز"، كما أننا بصدد دراسة اتفاقية سيداو سنبين أي من هاتين الخاصيتين يمكن إضفائها على مبدأ منع التمييز ضد المرأة في هذه الاتفاقية (ثالثا).

أولاً – تكاملية مبدأ منع التمييز:

يعني تكاملية مبدأ منع التمييز أنّه يملك مجال تطبيق محدّد، وينصرف تطبيقه على الحقوق الواردة في الاتفاقية أي أنّه ليس له وجود مستقل بذاته، ولا يجوز الاحتجاج به إلّا بالصّلة مع حقٍ آخر من الحقوق المقرّرة في الاتفاقية المعنيّة، وبمعنى آخر الحق في المساواة وعدم التمييز يغدو قاصرًا على الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية المعنيّة، دون أن يشكّل حقًا مستقلاً بالمساواة أمام القانون عمومًا[1]، إذن لا يحمي هذا المبدأ إلّا الحقوق المعترف بها في الاتفاقية.

فيعتبر مبدأ عدم التمييز حسب هذا الاتّجاه سواء مؤسّس على الجنس أو على أيّ أساسٍ آخر، ليس له وجود مستقل، فوجوده مرتبط بالاقتران مع حقوقٍ أخرى معترف بها في

1 – محمد يوسف علوان، مبدأ المساواة وعدم التمييز: دراسة في القانونين الدولي والأردني، مرجع سابق، ص 20.

الاتفاقية[1]، إنّ التمييز ليس محظورًا إلّا عندما يتعلّق الأمر بحقوقٍ ذاتيةٍ، إذن في الواقع يتّسم مبدأ منع التّمييز على أساس الجنس بطابع عام.

ومن الحجج المقدمة يمكن الإشارة إلى نصّ المادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، الذي يمنع التّمييز بصفةٍ عامةٍ حيث يمتّد إلى كل الحقوق والحريّات المعترف بها في النّظام القانوني الوطني في الدولة، ويعزّز هذا النصّ حكم نص المادة 02 فقرة 01 من العهد التي تلتزم الدول بموجبها احترام وضمان الحقوق دون أيّ تمييز في الحقوق المعترف بها في العهد.

نجد هذه المقاربة أيضًا في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 في المادة 14، التي تنص على أن النظام القانوني الذي أسسته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريّات الأساسية لا يخضع بصورة مطلقةٍ لمبدأ عدم التمييز. بمعنى أنه لا يرتب التزامًا عامًا بالمساواة، ولا ينص على الحق في المساواة وإنّما يمنع التّمييز في الحريات والحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية وفق الأسس المذكورة فيها.

يترتب عن ذلك أن هذا الحق لا يعد مبدأ مستقلاً أو حكمًا قائمًا بذاته بما أنه لا يضيف حق أخر إلى قائمة الحقوق المضمونة في كل من العهد والاتفاقية، لكن دوره دعم وتعزيز حماية هذه الحقوق.

وعليه لا يوجد تمييز إلا في حالة ممارسته اتّجاه الحقوق الواردة في الاتفاقية، ومن النّاحية الإجرائية لا يمكن إثارة مبدأ منع التمييز إلا على أساس حقٍ مضمونٍ في الاتفاقية أو العهد[2].

فإقرار صفة التكاملية يعني أن أي ادعاءٍ بالتمييز يجب أن يثبت انتهاكين، يتمثل الانتهاك الأول في انتهاكه لأحد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، وأما الانتهاك الثاني هو خرق لمبدأ عدم التّمييز.

بالتالي لا يقبل أي ادعاءٍ بالتمييز ما لم يثبت المدعي أن مبدأ عدم التمييز قد انتهك أيضًا أحد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية. فالادعاء بأن المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية قد تمّ انتهاكها يفترض انتهاكها لمادة أخرى من

1 – JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, thèse de doctorat, Université de Nice, France, 1999, p 82.

2 – ROTKOPF Patricia, Le principe de non discrimination en raison du sexe, thèse de doctorat, Université de Paris II, 2004, p 32.

مواد الاتفاقية[1].

النتيجة أن نص المادة 14 لا تؤكد على المساواة أمام القانون بصفةٍ عامةٍ بل تخص المساواة أمام نصوص المعاهدة المذكورة أعلاه فقط.

ويترتب عن الطبيعة التكاملية لمبدأ منع التمييز آثار فيما يخص تحفظات الدول الأطراف في الاتفاقية، ذلك إن كان الادعاء بالتمييز يتعلق بممارسة حقٍ تحفظت عليه الدولة الطرف في الاتفاقية فإنها لا تؤاخذ بأي انتهاكٍ وخرقٍ على أساس المادة 14 من الاتفاقية، على أساس أنّ هذه المادة تمنع تمييز في حق لم تعترف به الدولة الطرف[2].

إذن تبدو النتيجة حسب هذه المقاربة أنه لا يمكن أن يتحقق خرق لمبدأ منع التمييز على أساس الجنس إلا بانتهاك حق من الحقوق المعترف بها في الاتفاقية[3].

على ذلك حاول البروتوكول الاختياري رقم 12 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان توسيع نطاق الحماية الممنوح في المعاهدة بالنص في المادة 01 منه على مبدأ عام لمنع التمييز الذي يضمن "ممارسة كل الحقوق الواردة في القانون"، مع ذلك فإن فعالية هذا النص يكون بالنسبة للدول المصادقة على البروتوكول.

ثانياً – استقلالية مبدأ عدم التمييز:

إنْ كان ليس لمبدأ منع التمييز وجودٍ قانونيٍ مستقل، مع ذلك لا ينبغي استبعاد إمكانية انتهاك مبدأ منع التمييز بصورةٍ مستقلةٍ دون ملازمة انتهاك حقٍ معيّنٍ في الاتفاقية، على

---

1 – ففي قضية سيد (X) ضد بريطانيا كرست اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان تكاملية مبدأ عدم التمييز.
تتلخص وقائع القضية في أن سلطات الهجرة البريطانية رفضت إصدار إذن بالدخول والإقامة في المملكة المتحدة للسيد (X)، الذي يتمتع بجنسية "موريشس" – مستعمرة بريطانية سابقة – وذلك للالتحاق بزوجته المقيمة في لندن. ادعى السيد (X) أن رفض إدارة الهجرة إصدار إذنٍ بالإقامة له كان بسبب مكان ميلاده في "موريشس"، حيث إن قانون الهجرة البريطاني يسمح لرعايا من مستعمراتٍ بريطانيةٍ محددةٍ بالدخول وللإقامة في المملكة المتحدة دون قيودٍ، ومن ثم فإن رفض إصدار إذنٍ بالدخول والإقامة له، انتهك المادة (14) من الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان التي تمنع التميز بسبب المنشأ الاجتماعي أو الولادة. رفضت اللجنة الأوروبية الادعاء بالتمييز وعللت ذلك بأن الحق بالدخول أو الإقامة في دولة ما، ليس من الحقوق المنصوص عليها في الميثاق، ومن ثم فإن أي تقييدٍ أو استبعادٍ لأفرادٍ من فئاتٍ محددةٍ في الدخول أو الإقامة، لا يعد تمييزًا، نقلاً عن: رياض العجلاني، "مفهوم التمييز في الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية وتطوره في ضوء أحكام محكمة حقوق الإنسان"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 02، المجلد 21، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة دمشق، سوريا، 2005.

2 – ROTKOPF Patricia, Le principe de non discrimination en raison du sexe, op cit, p 33.

3 – JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, op cit, p 84.

الرغم من أن انتهاكات هذا المبدأ بصورةٍ مستقلةٍ نادرةٍ[1].

فذهب تفسير لجنة حقوق الإنسان لمنع التمييز في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى أنّه: "... أن المادة 26 ليست ترديدًا وحسب للضمانة المنصوص عليها من قبل في المادة 02؛ وإنما هي تنص في صلبها على حقٍ مستقلٍ. فهي تحظر التمييز أمام القانون أو في الواقع، في أي ميدان تحكمه وتحميه سلطاتٍ عامةٍ.

ولذا فإن المادة 26 تتعلق بالالتزامات المفروضة على الدول الأطراف فيما يتعلق بتشريعاتها وبتطبيق هذه التّشريعات. ومن ثم، فعندما تعتمد دولة طرف تشريعًا معينًا يجب أن يكون هذا التشريع متماشيًا مع متطلبات المادة 26 بمعنى ألا يكون محتواه تمييزيًا. وبعبارة أخرى، فإن تطبيق مبدأ عدم التمييز الوارد في المادة 26 لا يقتصر على الحقوق المنصوص عليها في العهد"[2].

إضافة إلى هذا فبعد أن استقر اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على إقرار الصفة التكاملية لمبدأ منع التمييز عدلت تدريجيا عن اجتهادها بأن خرق مبدأ منع التمييز في الاتفاقية يفترض انتهاكًا لمادة أخرى في الاتفاقية[3].

أقرّت المحكمة هذا التوجه الجديد في قضية "النظام اللغوي البلجيكي" " Régimes linguistiques belges"، إذ أرسى الحكم الصادر في هذه القضية المبدأ القانوني باعتبار المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مكملة لكل مادة منصوص عليها في الاتفاقية، ومن ثم استقر اجتهاد المحكمة الأوروبية على أن خرق هذه المادة من الاتفاقية الأوروبية لا يستوجب إثبات انتهاكٍ متزامنٍ لمادة أخرى في الاتفاقية.

جاء في حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الحماية المنصوص عليها في المادة 14 من الاتفاقية، لا يمكن اعتبارها قائمة بذاتها، فهي تتصل بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وإن أي إجراءٍ تتخذه دولة طرف في الاتفاقية ومتوافقٍ مع الالتزامات التي ترتبها إحدى مواد الاتفاقية، يمكن أن ينتهك المادة 14، إذا ما أعتبر تلك المادة مع المادة 14 من الاتفاقية، وأن هذه الأخيرة جزء متمم

1 – JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, op cit, p 84.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18، مرجع سابق، الفقرة 12.

3 – JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, op cit, p 86.

ومكمل لكل مادة من مواد الاتفاقية[1].

أوضحت المحكمة هذا المفهوم بالإشارة إلى المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950[2]، إذ إن المادة المذكورة لا تلزم الدول الأطراف بتأسيس محاكم استئنافية، ولكن الدول التي تؤسس هذا النظام القضائي، تعد منتهكةً لشرط عدم التمييز، إذا منعت أفرادًا من استعماله دون سببٍ مشروعٍ في حين هو متاح لأفراد آخرين في الدعاوى المماثلة[3].

وبعد ذلك تطور موقفها إلى رفض التطبيق المحدود للمادة 14 باقتصاره على القضايا التي تثبت فيها انتهاك مترفق لمادة أخرى في الميثاق. لأن هذا التطبيق المحدود يقلل وإلى حد كبير، من جدوى شرط عدم التمييز، وأكدت المحكمة اتجاها هذا في "قضية الاتحاد الوطني للشرطة البلجيكية" "Affaire Syndicat National de la Police Belge c./Belgique" لعام 1975[4].

مهما كان، فإن الطبيعة المستقلة لمبدأ عدم التمييز يميل إلى تحويل الالتزام السلبي الواقع على الدولة في موضوع عدم التمييز إلى التزام إيجابي يهدف إلى تحقيق المساواة في المعاملة.

ثالثا – مبدأ منع التمييز في اتفاقية سيداو بين خاصية الاستقلالية وخاصية التكاملية:

إن القيام بإسقاط ما أشرنا إليه من توضيح مفهوم تكاملية مبدأ منع التمييز ومفهوم استقلاليته على الأحكام الواردة في اتفاقية سيداو، تبيّن أن مبدأ منع التمييز ضد المرأة في الاتفاقية ليس له صفة التكاملية؛ بمعنى أن أي ادعاءٍ بالتمييز يجب أن يثبت انتهاكين، يتمثل الأول في انتهاكه لأحد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، ويكون الثاني متمثلا في خرق مبدأ عدم التمييز.

وبالتالي لا يقبل أي ادعاءٍ بالتمييز ما لم يثبت المدعي أن مبدأ عدم التمييز قد انتهك وأيضًا أحد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية.

---

1 – C.E.D.H, "Affaire de certains aspects des régimes linguistiques belges", op cit, § 10.

2 – انظر: المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

3 – C.E.D.H, "Affaire de certains aspects des régimes linguistiques belges", op cit, § 08 et § 09.

4 – C.E.D.H, "Affaire Syndicat National de la Police Belge c./Belgique", Arrêt du 27 Octobre 1975, § 44, voir le site : https://hudoc.echr.coe.int/.

ذلك أن باستقراء نص المادة الأولى من الاتفاقية التي نصت على أنه " ***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***"، يفهم أن مبدأ منع التمييز في الاتفاقية حق مستقل، فهي تحظر التمييز أمام القانون وفي الواقع، وفي أي ميدان تحكمه وتحميه سلطاتٍ عامةٍ وفي كل الحقوق حتى تلك التي لم تنص عليها الاتفاقية صراحة وهذا ما يظهر من مجمل معنى نص هذه المادة ومن عبارة "أي ميدان آخر" الواردة فيها.

كما أكدت عليه نصوص أخرى في الاتفاقية نذكر على سبيل المثال المادة 16 الفقرة 01/د التي تنص على أن " ***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:***

د- ...نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني..."، فعبارة "حين توجد المفاهيم في التشريع الوطني" تدل على أن تطبيق مبدأ المساواة المطلقة في كل الحقوق بين الرجل والمرأة حتى وإن كان لم تشر إليها هذه الاتفاقية، وعليه لاشترط الاتفاقية لاعتبار مبدأ منع التمييز منتهكا انتهاك أحد الحقوق الواردة في الاتفاقية.

على كل حال فإن كل المواد الموضوعية في الاتفاقية تنص على منع التمييز ضد المرأة في كل المجالات سواء ذكرتها مواد الاتفاقية أو لم تذكرها.

الفرع الثاني

خصائص خاصة لمبدأ منع التمييز ضد المرأة

توصل الفقه والقضاء إلى أن مفهوم التمييز ضد المرأة هو مفهوم مركب، واستنتج أربع خصائص له، إذ أنه اختلاف في المعاملة (أولاً)، دون مبرر موضوعي (ثانيا)، قائم على أساس الجنس (ثالثًا)، كما تعرض مفهوم التمييز ضد المرأة بصفةٍ خاصةٍ في إطار أعمال وتوصيات لجان حقوق الإنسان إلى توسيعٍ في مضمونه بتأثير عوامل عديدةٍ، مما يضفي عليه الصفة التطورية (رابعًا).

أولاً – اختلاف في المعاملة:

يخضع تعريف التمييز ضد المرأة لمتطلبات تعريف التمييز بصفةٍ عامةٍ، فهو اختلاف في المعاملة بين الرجل والمرأة على حساب هذه الأخيرة[1]، بحيث يمس هذا الاختلاف الأشكال الدنيا لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة والاعتراف والتمتع والممارسة في مجال تطبيق واسع – سياسي واجتماعي ومدني وفي كل المجالات الأخرى –، ويستبعد تمامًا الأخذ في الاعتبار توفر النية في التمييز[2].

كما يجب أن يكون لهذا الاختلاف في المعاملة تأثير أو هدف؛ عرقلة أو هدم الاعتراف بالتمتع أو بممارسة الحقوق شرط أن تكون هذه الحقوق حقوقًا أساسية بالنسبة للمرأة، ويكون ذلك على أساس المساواة بين الرجل والمرأة[3].

لقد أشار نص المادة 01 من اتفاقية سيداو إلى عبارة "الاستبعاد" أو "التقييد" لتعريف التمييز ضد المرأة. وكلمة "استبعاد" أو "تقييد" لها دلالة تنطوي على ازدراء إزاء الغير على عكس عبارة "التمييز" التي لا تحمل هذا النوع من الدلالات. ومع ذلك يبدو، أن هذا التمييز يجب أن يكون ليس في صالح للنساء[4].

وبالفعل فإن سياق الاتفاقية يخبرنا أنه من الضروري أن يكون عنصرًا سلبيًا حاضرًا لكي يتحقق التمييز ضد المرأة.

كما يعتبر هذا الجزء من التعريف ردًا على السؤال فيما إذا تشترط الاتفاقية عنصر الضرر ليتحقق التمييز ضد المرأة. فإن دراسة نص الاتفاقية سمح لنا بالرد إيجابا على هذا السؤال، بينما توصل الفقيه "بوسوي" "BOSSUYT" إلى نتيجةٍ أن الضرر ليس عنصرا

---

1 – لقد أشار الفقيه "ميكين" "Mekean" إلى أن القضاة الأمريكيين يستعملون عبارة عبارة "التمييز ضد" " discriminate again" للتعبير عن التمييز غير المبرر، ويستعملون عبارة "discriminat" بمفردها أو مع عبارة "beteen" للتعبير عن التمييز البسيط بدون إساءة إلى أية جماعةٍ، انظر:

BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le doit international des droits de l'homme, op cit, p11.

2 – LANQUETIN MT, "La discrimination à raison de sexe en droit international et communautaire", droit social, N°12, Décembre 1988, p 808.

3 – BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, op cit, p 42.

4 – MEZA Ofelin, La notion de discrimination dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Canada,1995, p 46.

ضروريا لقيام التمييز، وإن كان في أغلب الحالات تعتبر المعاملة التفضيلية في مجال الحقوق والحريات مواتيةً وإيجابيةً بالنسبة للبعض، وضارة وسلبية للبعض الآخر.

واستنتج "بوسوي" "BOSSUYT" ذلك من خلال تعريف معاهدات حقوق الإنسان، كما يرى أنه: "إذا كان من نتائج ممارسة التمييز تعرض المساواة في المعاملة إلى التقويض أو الطمس، فإن ذلك لا يجعل الضرر بمثابة عنصرٍ أساسي لقيام التمييز، كما أنه ليس إن كان غالبا ما ينتج الضرر في حالة ممارسة التمييز، بالتالي النتيجة من التمييز تكون حتمية الضرر"[1].

حذا "بوسوي" "BOSSUYT" حذو المذهب الفقهي المعروف بـ"الفصل في ظل المساواة"، الذي يرى أن هناك تمييز دون ضرر.

ولكن لا يمكن موافقة هذا الرأي، لأن التهميش الاجتماعي الذي أشار إليه هذا الاتجاه – "الفصل في ظل المساواة" – يسبب أضرارًا للسود ويعتبر تمييزًا.

على ذلك فإن مفهوم التمييز في اتفاقية سيداو لا يذهب في الاتجاه الذي يؤكد على وجود تمييز دون أضرارٍ، لأن حالات التمييز التي تهدف الاتفاقية استئصالها هي كلها غير مواتيةٍ للمرأة.

فيظل هذا التفسير مؤكدًا عند قراءة نصوص الاتفاقية باللغة الإسبانية "menoscabar" واللغة الانكليزية "impair"، إذ توحي إلى معنى أقوى من المعنى المنسوب إلى العبارة باللغة الفرنسية "compromettre". نستنتج أنه يعتبر الضرر في اتفاقية سيداو نتيجة وأثرا للتمييز[2].

تسعى كل التدابير التي اقترحتها الاتفاقية إلى التخلص من القواعد والأوضاع التي قد يكون لها تأثير سلبي على المرأة[3]، مثال على ذلك التمييز ضد المرأة في مجال التعليم ومشاركتها في الأنشطة الترفيهية، حسب الأدوار النمطية، والتمييز في التوظيف وفي الضمان الاجتماعي.

علاوة عن ذلك، لا تعتبر التدابير التفضيلية تمييزية، ومن المعلوم أن هذه التدابير وضعت لتحسين وضع المرأة، ومن ثم ليس كل معاملةٍ تمييزيةٍ تجاه النساء دليلاً على تمييزٍ

1 – BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, op cit, p 125.

2 – MEZA Ofelin, La notion de discrimination dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 47.

3 – Ibid, p 42.

ضد المرأة بمفهوم الاتفاقية، إنما التمييز في غير صالح المرأة هو وحده يعتبر كذلك[1].

إذن فكرة التمييز ليست فكرة نظرية بحتة، وإنما هي دائمًا تتعلق بفكرة المعاملة، وهي تتضمن عملاً أو امتناعًا عن عمل، كما تعني أن تعمل أو لا تعمل شيئًا ما فيما يتعلق بشخصٍ ما، ويمكن أن تتضمن إنكارًا لحقوق، أو فرضًا لأعباءٍ، أو ضمانًا لمزايا غير قانونية لأشخاصٍ آخرين، وفي كل هذه المواقف يجب أن تكون النّتيجة غير مبررةٍ لعدم المساواة[2].

فمدلول "التمييز" "discrimination" ليس مرادفًا لمعنى التفرقة "différenciation" أو مراعاة الفوارق بين الأفراد في المعاملة أمام القانون، ذلك أن مراعاة الفوارق يقصد بها تحقيق اعتبارات المساواة والعدالة بين المراكز غير المتساوية، بينما ينصرف التمييز إلى صور من التفرقة في المعاملة ضد فئةٍ أو جماعةٍ معينةٍ من الأفراد لاعتبارات اجتماعية أو عنصرية فحسب[3].

فبعد دراسة معمقة لمفهوم التمييز في القانون الدولي لحقوق الإنسان، توصل الأستاذ "بوسوي BOSSUYT" إلى أن تعريف التمييز يقوم على التعسف، أي التمييز في المعاملة في الاعتراف أو في التمتع أو في ممارسة حق من حقوق الإنسان أو حريةٍ أساسيةٍ مؤسسةٍ على سببٍ يتعارض مع هذا الحق أو هذه الحرية[4].

وبالتالي، يعتبر التعسف مساسًا واعتداءً على المساواة في المعاملة بين الأفراد، سواء بين المواطنين، أو بين المواطنين والأجانب المقيمين معهم في دولةٍ واحدةٍ، وقد كانت هذه المعاملة غير متساوية ومبنية على حججٍ وأسانيدٍ غير منطقية تعتبر أساسًا للتمييز، فغياب هذه الحجج المنطقّية للمعاملة غير المتساوية تشكل تمييزًا.

---

1 – MEZA Ofelin, La notion de discrimination dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 44.

2 – جمال قاسمية، منع التمييز في القانون الدولي لحقوق الإنسان وآثارها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2008، ص 39.

3 – فاطمة شحاتة زيدان، الحماية القانونية طبقا لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، دار الكتاب القانونية، مصر، 2009، ص 04.

4 – BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, op cit, p 128.

لقد سبق للجنة الأوروبية لحقوق الإنسان تعريف التعسف، في قضية النّقابة الوطنية للشرطة البلجيكية ضّد الحكومة البلجيكية، مركزةً على جانب المعاملة إذ قالت أنّ: "التمييز في المعاملة بدون مبرر موضوعي ومنطقي هو تعسف"[1].

إذن ليست كل معاملة تمييزيةٍ، تشكل تمييزًا غير قانوني ومن ثم يكون القانون معنيًا بها، فيمكن أن يكون التمييز حقًا عادلاً متى كان مؤسسًا على مؤهلاتٍ أو قدراتٍ فرديةٍ لبعض الأشخاص، مثل تكريم ورعاية الطلاّب الموهوبين دون بقية الطلاّب.

تبقى الأجهزة الإدارية والتنفيذية في الدولة هي التي تلتزم بتحقيق المساواة في المعاملة بين جميع المواطنين، بغض النظر عن انتماءاتهم العرقية أو الدينية أو الجنس... الخ.

فعندما يوجد الأفراد في ظروف متماثلة، فإنه يكون من حقهم معاملتهم بالطريقة ذاتها من قبل السلطات الإدارية والتنفيذية في الدولة، ويترتب على ذلك التزام هذه السلطات بالسماح لكل فردٍ بالحصول على الحقوق التي يقرها القانون في الدولة، وفقًا لقدراته وصفاته ومواهبه، وليس اعتمادًا على انتمائه العرقي أو اللغوي أو الجنسي، ويتجلى ذلك بصورةٍ واضحةٍ في مجال الحصول على الوظائف العامة.

على ذلك، تتحمل الدولة مسؤوليتها الدولية اتجاه مواطنيها، واتجاه الأجانب المقيمين لديها، إذا ما قامت إحدى سلطاتها الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائّية بأيّ تصرفٍ يخل بالمساواة بين مواطنيها، أو بين مواطنيها والأجانب المقيمين لديها بصفةٍ قانونيةٍ وشرعّيةٍ، وكان هذا التصرف مبنيًا على أسس تعسفيّة، أي الغرض منها تمييزًا تحقيريًا اتجاه فئة معيّنة من المواطنين أو الأجانب لسبب من الأسباب[2].

إن التمييز يوائم العديد من المصطلحات الشائعة كالإقصاء والتقييد والتفضيل، أية واحدة من هذه المصطلحات ستكون كافية لإقامة دعوى لأغراض التمييز، وعلى الرغم من أن المعاملة التفضيلية هي شرط أساسي لتوافر التمييز، إلا أنها ليست كافيةً في حد ذاتها لإنشاء دعوى تمييزٍ.

1 – نقلاً عن: جمال قاسية، منع التمييز في القانون الدولي لحقوق الإنسان وآثارها، مرجع سابق، ص 156.

2 – المرجع نفسه، ص 158.

ثانياً – اختلافٍ في المعاملة دون مبررٍ موضوعيٍ ومعقولٍ:

لا يعني مبدأ المساواة وعدم التمييز أن كافة حالات التمييز بين البشر هي غير قانونية بمقتضى القانون الدولي. يوضح الدكتور "أحمد أبو الوفا" في ذلك أنّ: "أيّ تمييزٍ أو تمايزٍ تقرره الدولة بين ذوي الأوضاع المتماثلة يجب أن يستند إلى أسسٍ موضوعيةٍ معقولةٍ، الأمر الذي يعني أن التمييز يتواجد إذا وجد الفرد نفسه دون تبريرٍ كافٍ ومعقولٍ، وعلى غير أسسٍ موضوعيةٍ، يتم معاملته أقل من فردٍ آخر يتماثل معه في الوضع القانوني"[1].

لقد اقتضى التمييز الواقعي بين الجنسين في التمتع بالحقوق وممارستها إلى إيثار المرأة بوسائل تفضيليةٍ من شأنها ضمان مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية، ووصف هذا التمييز بأنه إيجابي[2]. أي تمييز موضوعه منح امتيازات لصالح المرأة بغرض التقليص من التمييز الجنسي الذي تعاني منه والذي فرضته بعض العوامل الثقافية والاجتماعية كالعادات والتقاليد التي تضع المرأة في مرتبةٍ دونيةٍ مقارنةٍ بالرجل[3].

أكدت لجنة حقوق الإنسان على أن عدم التمييز بجانب المساواة أمام القانون والتساوي في حمايته دون أي تمييزٍ يشكل المبدأ الأساسي والعام المتصل بحماية حقوق الإنسان.

كما تلاحظ أنّ: "التمتع بالحقوق والحريات على قدم المساواة... لا يعني نفس المعاملة في كل الحالات"، وتدعم اللجنة هذا الرأي بالإشارة إلى أن أحكامًا معينةٍ من العهد نفسه تتضمن تمييزاً بين الأشخاص، مثل الفقرة 05 من المادة 06[4] التي تحظر

---

1 – أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، مجموعة محاضرات، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، الدورة 36، ستراسبورج، فرنسا، 2005، ص 143.

2 – لقد لاقى "مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة" صعوبة في تعريفه بسبب طابعه المركب، حيث تختلط فيه الاعتبارات القانونية، الاعتبارات الفلسفية والسياسية والاجتماعية من جهة. وبسبب الدلالات اللفظية المتناقضة للمصطلحات التي يتركب منها من جهة أخرى، ذلك أن الجمع بين لفظين متناقضين داخل المصطلح نفسه يجعله متضاربًا، فالقول بأنّ تمييزًا ما ايجابي يحمل في دلالته تناقضًا لأن كل تمييز هو بالضرورة سلبي، مهما كانت صعوبات تعريف المبدأ فإنّه يتضح وجود اتفاق على أنّ التّمييز الايجابي هو إجراء استثنائي يهدف لحماية بعض الأشخاص المحرومين وتصحيح اللامساواة الموجودة بينهم، لعقابي سميحة، "مبدأ التمييز الإيجابي كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2018، ص 185.

3 – المرجع نفسه، ص 184.

4 – انظر: المادة 06 الفقرة 05 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

الحكم بعقوبة الإعدام على جرائم ارتكبها أشخاص دون الثامنة عشرة من العمر، أو تنفيذ هذه العقوبة على الحوامل[1].

إضافة إلى ذلك، يتطلب مبدأ المساواة في بعض الأحيان أن تتخذ الدول الأطراف إجراءاتٍ تصحيحيةٍ لتقليل أو إزالة الظروف التي تسبب إدامة التمييز الذي يحظره العهد... فإن هذا إجراء يمثل تمايزا مشروعا بموجب العهد طالما اقتضته الحاجة لتصحيح التمييز الواقع بالفعل.

وعند النظر في الإدعاءات بوقوع انتهاكات للمادة 26 من العهد في بلاغاتٍ مقدمةٍ بموجب البروتوكول الاختياري، أكدت اللجنة على أن: "الحق في المساواة أمام القانون والمساواة في التمتع بحماية القانون بدون تمييزٍ لا يجعل من كل تمايز في المعاملة تمييزاً فالتمايز القائم على أساس المعايير المعقولة والموضوعية لايعّد من قبيل التمييز المحظور في إطار معنى المادة 26"[2].

هكذا، يقع على اللجنة، في الحالات ذات الصلة التي تعرض عليها، مهمة البحث فيما إن كانت الدولة الطرف المعنية قد التزمت بتلك المعايير.

يجب الإشارة في هذا المقام إلى موقف الاجتهاد القضائي الأوروبي من مسألة مفهوم التمييز، فذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية "عبد العزيز وكابالي وبالكاندالي" ضد "المملكة المتحدة" "Abdulaziz Cebales et Balkandali c/ Royaume-Uni" إلى أن التفرقة ليس بالضرورة تمييز إلا إذا كان غير مبررٍ بطريقةٍ موضوعيةٍ ومعقولةٍ، إضافة إلى شرط التوافق مع الغاية المنشودة. فنكون بصدد تمييز فقط في الحالات التي يكون فيها الفرد أو الجماعة قد عُملوا معاملةً أسوأ من المعاملة التي تلقاها غيرهم وذلك من دون سبب موضوعيٍ واضحٍ[3].

---

1 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18، مرجع سابق، ص 201.

2 – الجمعية العامة، الدورة 42، البلاغ رقم 172/1984، س.و.بروكس ضد هولندا (الآراء المعتمدة في 09 أفريل 1987)، الوثيقة رقم A/42/40، الفقرة 13، ص 150.

3 – C.E.D.H, "Affaire Abdulaziz Cebales et Balkandali c/ Royaume-Uni", (Requête n° 9214/80; 9473/81; 9474/81), 28 Mai 1985, § 82, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int, consulté le 11-09-2016.

كما أكدت هذه المحكمة على هذا الموقف مرةً أخرى في قضية "تلمينوس ضد اليونان" "Thlimmenos c./Grece"، فذهبت إلى أنّ الحق في عدم الخضوع للتمييز يكون محل إنكارٍ، عندما تقوم الدولة دون مبررٍ موضوعيٍ ومعقولٍ بمعاملة جميع الأشخاص الذين يتمتعون بمراكز قانونيةٍ أو فعليةٍ مختلفةٍ معاملةً متساويةً[1].

لقد كان للمجلس الدستوري الفرنسي أيضا دور من خلال اجتهاده في تفسير الأسباب الموضوعية لتبرير التمييز، فقد جعل تحقيق المصلحة العامة مبررا لبعض تجاوزات المشرع لمبدأ المساواة.

وتجلى ذلك بوضوح عندما صرح أن: "أن مبدأ المساواة لا يشكل عقبة في وجه المشرع عندما يريد تجاوز المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العام"، لكنه لم يمنح هذه الإجازة للمشرع على إطلاقها، بل أوضح في قرار سابق له أنه: "ليس من حق المشرع اللجوء إلى أي أسباب تتعلق بالمصلحة العامة لكي يصل من خلالها إلى التمييز في المعاملة، لأنه لابد من وجود رابط ضروري وعلاقة منطقية ما بين القاعدة النوعية (التي تميز بالمعاملة) والمصلحة العامة المحددة التي يهدف إليها القانون"[2].

والأبعد من هذا، لم يتنازل القاضي الدستوري الفرنسي للمشرع عن سلطة تقدير العلاقة الضرورية بين تحقيق المصلحة العامة والتمييز في المعاملة، بل أوجزها له في إحدى حيثيات قراراته بأنها "المصلحة العامة هي المصلحة المتعلقة باستمرارية المرفق العام".

ثالثا – اختلافٍ في المعاملة قائم على أساس الجنس:

تختلف البواعث ودوافع التمييز التي تناولتها الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان حيث اكتفت بعض هذه الاتفاقيات بأساسٍ واحدٍ أو أكثر للتمييز. هذا ما نجده في اتفاقية سيداو التي تحظر التمييز على أساس واحد وهو الجنس، وذلك من خلال التعريف الوارد بموجب نص المادة 01 منها.

---

1 – C.E.D.H, "Affaire Thlimmenos c./Grèce", du 06 Avril 2000, § 44, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int.

لقد أكدت لجنة حقوق الإنسان على المفهوم نفسه الذي توصلت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية تلمينوس، انظر: لجنة حقوق الإنسان، الوثيقة رقم: A/45/40، مرجع سابق.

2 – نقلاً عن: محمد منير حساني، "الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016، ص 195.

يحمل التمييز على أساس الجنس أو ما يعرف بالتفرقة الجنسية مدلولا جد واسع، فهو قد يعني التمييز على أساس الخلقة، أي التفرقة بين الذكر والأنثى، كما يمكن أن يعني الكراهية التي تتولد لدى البعض فتجعلهم يشعرون بأنهم جنس أرقى من جنس غيرهم، وجعل الخيار بينهما يستند إلى الصفات الشخصية والخلقية، دون مراعاة مبدأ الجدارة[1].

قد يقوم التمييز على أساس نوع الجنس على أساس معاملة المرأة بطريقةٍ مختلفةٍ بسبب تكوينها البيولوجي، مثل رفض توظيف المرأة لأنها قد تصبح حبلى؛ أو بسبب افتراضات مقلوبة، مثل وضع المرأة في الوظائف الأدنى على افتراض أنها غير مستعدة لتكريس الكثير من وقتها للعمل كما هو الحال بالنسبة للرجال[2].

لكي يكون هناك تمييز ضد المرأة في مفهوم اتفاقية سيداو يتطلب الحرمان من المعاملة المتساوية على أساس نوع الجنس في أحد الحقوق المعترف بها في القانون الدولي.

تعد الحقوق الواردة في اتفاقية سيداو حقوقًا للإنسان وحريات أساسية خاصة بالمرأة. حيث تبين من دراسة مضمونها أنّه من بين الحقوق والحريات المذكورة فيها تلك التي تنفرد بها النساء والتي تتصل فقط بنوع الجنس، منها: الحقوق المتعلقة بدورها في الإنجاب (الحمل، الأمومة، الإرضاع). بينما تتعلق الحقوق الأخرى الواردة في الاتفاقية بالتمييز الجسماني كما هو وارد في ديباجة الاتفاقية[3].

ولقد تم إحلال مصطلح "الجندر" محل مصطلح "الجنس"، وبالتالي إحلال مصطلح "الجندرية" تدريجيا محل "المساواة بين الجنسين" في المواثيق الدولية، فالجنس يشمل الذكر والأنثى، أمّا الجندر فيشمل كل الأنواع الرجل والمرأة والشواذ بكل أنواعهم، إذ تم تكرار المفهوم الواحد أكثر من مرّةٍ وإدماجه ضمن أكثر من محورٍ، لضمان تكريسه وتفعيله، فتم تفعيل العنف المبني على الجندر، شكل من أشكال التمييز وفقًا للمادة 13 من اتفاقية

---

1 – دنش رياض، "منع التمييز في ضوء اتفاقية سيداو (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضّد المرأة)"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 228.

2 – لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 16، الوثيقة رقم: E/C.12/2005/4 ، مرجع سابق، فقرة 11.

3 – MEZA Ofelin, La notion de discrimination dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 48.

سيداو، في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وعلى رأسها المساواة في الاستحقاقات الأسرية، وكذلك جميع الجوانب الأخرى المتعلقة بالحياة الثقافية.

رابعًا – الطبيعة التطورية والتوسعية لمبدأ منع التمييز ضد المرأة:

كشفت لجنة سيداو إلى جانب الأشكال الكلاسيكية للتمييز ضد المرأة – تمييز مباشر وتمييز غير مباشر – شكلاً آخر للتمييز "خاص بحالة النساء"، إذ أتاح التفسير الديناميكي لهذه اللجنة ملء الثغرات الموجودة في نص هذه الاتفاقية وتكييفها مع تطور النظريات المتعلقة بالمساواة[1].

وأدركت لجنة سيداو أنها أغفلت تضمين مصطلح التمييز – الذي قامت عليه الاتفاقية – لمصطلح "العنف القائم على الجندر" "Gender Based Violence"، إذ اقتصر التمييز على ثلاثة أشكال فقط، هي: التفرقة، الاستبعاد، والتقييد، ولم يرد مصطلح العنف في الاتفاقية منذ البداية، ولكي تستدرك لجنة سيداو ذلك، أصدرت التوصية رقم 19 لعام 1992، التي وسعت من مفهوم التمييز ضد المرأة الذي يجب أن تلتزم الدول بالقضاء عليه، فنصت هذه التوصية على: "إن العنف القائم على أساس نوع الجنس هو شكل من أشكال التمييز الذي يكبح قدرة المرأة على التمتع بحقوقها وحرياتها على قدم المساواة مع الرجل"[2].

وانتهت من ذلك إلى القول بأن تعريف "التمييز ضد المرأة" الوارد في المادة 01 من اتفاقية سيداو يتضمن العنف القائم على أساس نوع الجنس[3]، وإلى أنّ مثل هذا العنف قد يخرق أحكامًا محددةً في الاتفاقية بصرف النظر عما إذا كانت تلك الأحكام قد ذكرت العنف صراحةً أم لم تذكره.

لقد حددت اللجنة تعريف العنف القائم على أساس نوع الجنس بأنّه: "العنف الموجه ضد المرأة بسبب كونها امرأة أو العنف الذي يمس المرأة على نحو جائر ويشمل الأعمال التي تلحق ضررًا أو ألمًا جسديًا أو عقليًا أو جنسيًا بها، والتهديد بهذه الأعمال، والإكراه

1 – NIVARD Carole, "La convention, un outil pour l'égalité", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, p 115.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، "العنف ضد المرأة"، 1992، الوثيقة رقم: A/47/38، الفقرة 01.

3 – المرجع نفسه، الفقرة 06.

وسائر أشكال الحرمان من الحرية"[1].

ويشمل العنف المبني على أساس الجنس حسب هذا التعريف التحرش[2] والاعتداء الجنسي والاستغلال التجاري للمرأة والاتجار بها والممارسات الثقافية مثل ختان النساء والإجبار على الزواج، وإصابتها بالعقم والإجهاض القسريَّين، والعنف الأسري الذي يشمل الضرب والاغتصاب وغيرها من أشكال الاعتداء الجنسي والعنف النفسي، وكما يعتبر زواج الفتاة تحت سن الثامنة عشر عنفا ضد الطفلة.

سمح هذا التكييف الذي تم اعتماده على نطاقٍ واسعٍ في الاتفاقيات الدولية[3] وفي إطار قرارات المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان[4] بإدراج مكافحة العنف ضد المرأة ضمن التزامات الدول.

يجب التذكير هنا أنه حتى زمن ليس ببعيد، كانت ممارسات العنف ضد المرأة تعتبر شأنًا خاصًا، يقتصر التدخل فيه على الجمعيات غير الحكومية المناهضة للعنف، "إذ لم يكن يسمح الخوض في حياة النساء التي لا تزال في حيّز المحرم والمقدس". استمر هذا

---

1 – قامت لجنة حقوق الإنسان في عام 1994، استنادًا إلى هذا الإعلان–إعلان القضاء على العنف ضد المرأة–، بتعيين مقررة خاصة تعنى بمسألة العنف ضد المرأة، وأسبابه وعواقبه. وتقدم المقرّرة تقارير سنوية إلى اللّجنة، ومن المحاور التي تعالجها هذه التقارير السنوية الأسباب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تجعل المرأة عرضةً للعنف، والعواقب الاقتصادية والاجتماعية للعنف الذي تتعرّض له داخل الأسرة، وفي المجتمع المحلي، وفي الحياة العامة، انظر: سونيلا أبيسيكيرا، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دراسة ضمن ورشة عمل فاي فاي، يوجياكارتا، على الموقع التالي: http://hrlibrary.umn.edu/arab/M4.pdf، ص 93، تاريخ الاطلاع 23 ماي 2016.

2 – يقصد بالتحرش كل سلوكٍ غير مرغوبٍ فيه يهدف إلى الحطّ من كرامة شخص ما وخلق بيئةٍ من الخوف أو العداء أو الإهانة أو التّحقير أو الكراهية له وذلك لسبب من أسباب التّمييز المعروفة أو يستتبع ذلك. وتشمل المضايقة الجنسية أيّ سلوكٍ مقيت ومتعمد أساسه الجنس، مثل الملامسات البدنية والعروض المادية، والملاحظات ذات الطابع الجنسي وعرض المواد الإباحية والمطالب الحسية سواء بالقول أو بالفعل، انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، "العنف ضد المرأة"، مرجع السابق، الفقرة 18.

3 – تقرير الأمين العام، "دراسة متعمقة بشأن جميع أشكال العنف ضد المرأة"، الدورة 61، الوثيقة رقم: A/61/122/Add.1، الفقرة 131.

4 – Voir à titre d'exemple :

- CEDH, "Affaire Opuz c. Turquie", Arrêt du 09 Juin 2009, § 200 : la violence domestique est "Une forme de discrimination à l'égard de la femme", voir le site : https://hudoc.echr.coe.int, consulté le 11 Décembre 2015. Voir aussi :
- C.E.D.H, "Affaire Eremia c./République de Moldova", Arrêt du 28 Mai 2013, § 145, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int, consulté le 11 Décembre 2015.

الأمر مألوفا حتى تاريخ انعقاد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في فيينا 1993، حيث أكد على أن العنف ضد المرأة هو انتهاك لحقوق الإنسان الأساسية[1].

المطلب الثالث

تحويل فكرة المساواة الحرفية بين الجنسين إلى واقع عملي تطبيقي

لا تؤدي المساواة القانونية إلى المساواة الفعلية، ولابد لهذه الغاية من معاملة الناس في بعض الأحوال معاملةً مختلفةً تراعي ظروفهم الخاصة، وذلك عن طريق اتخاذ تدابير خاصةٍ أو إيجابيةٍ لمصلحة الفئات التي تعاني من التمييز.

فلقد تضمنت اتفاقية سيداو في موادها من 2 – 6 مجموعةً من الالتزامات الملقاة على كاهل الدول الأطراف فيها والتي تتعهد بالقيام بها من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة بانتهاج سياسةٍ تستهدف تحقيق ذلك، وباتخاذ التدابير الخاصة والمؤقتة أو المناسبة في كافة الميادين.

يتبين بالتالي أن ثمة التزاماتٍ ثلاثةٍ أساسيةٍ بالنسبة لجهود الدول الأطراف الرّامية إلى القضاء على التمييز ضد المرأة، فيكمن الالتزام الأول في اتخاذ تدابير ضرورية (تشريعية وسياسية) للقضاء على التمييز ضد المرأة (الفرع الأول)، ويتمثل الالتزام الثاني في اتخاذ التدابير الخاصة المؤقتة لتعجيل المساواة بين الجنسين من الناحية الواقعية (الفرع الثاني)، أما الالتزام الأخير فيكون في اتخاذ التدابير الخاصة بتغيير الأدوار النمطية القائمة على التمييز ومنع الاتجار بالمرأة جسديًا (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اتخاذ التدابير التشريعية والسياسية لبلوغ المساواة الفعليّة بين الجنسين

لا يكفي دائمًا التّأكيد على مبدأي المساواة وعدم التمييز في الاتفاقية في حد ذاتهما لكفالة المساواة الحقيقية. وقد يلزم أحيانًا اتخاذ تدابير تشريعيةٍ معيّنةٍ خاصةٍ ومؤقّتةٍ من أجل إعادة المستضعفين أو المهمشين من الأشخاص أو المجموعات إلى مستوى المساواة الحقيقية نفسه الذي يتمتع به الآخرون، حسب ما أكدت عليه المادة 02 من اتفاقية سيداو (أولاً)، وعلى التزام الدول باتخاذ كل التدابير المناسبة لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين، وفقا للمادة 03 من اتفاقية سيداو (ثانيًا).

1 – رندة الفخري عون، التمييز ضد المرأة في ضوء أبرز الوثائق الدولية–دراسة مقارنة–، مرجع سابق، ص ص 85–126.

أولاً – اتخاذ تدابير تشريعية للإعمال الفعلي للمساواة بين الجنسين:

تفرض المادة 02 من اتفاقية سيداو على الدول الأطراف الإعمال الفعلي للحقوق[1]، بذلك تكون الدول ملزمة بإظهار النتائج وليس فقط التوقف عند أطر المساواة التي تكون قوية على الورق[2]. من هنا فإنّ الاتفاقية تشدد على ضرورة أن تشكل المساواة ركيزة ممارسة المؤسسات هذا ما يعرف بالتزام النتائج[3].

ولا تلتزم الدول فقط بإدانة جميع أشكال التّمييز ضد المرأة بل تلتزم أيضًا اتخاذ الإجراءات المختلفة للقضاء على هذا التمييز، فعليها أن تأخذ بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، للعمل على القضاء على التّمييز ضد المرأة.

يجب على الدول الأطراف في وفائها بالتزاماتها بموجب الاتفاقية وضع حدودٍ زمنيةٍ وأهدافٍ معينة، لا يمكن التذرع بالافتقار إلى الموارد أو تدني مستوى النمو لتأجيل الوفاء بالالتزامات على اعتباراتٍ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية[4].

يتضمن التزام الدول بموجب نص المادة 02 بشكلٍ خاصٍ إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في قوانينها الوطنية وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ، وإلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزًا ضدها، واتخاذ التدابير المناسبة، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك اعتماد ما يناسب من جزاءاتٍ، لحظر كل تمييزٍ ضد المرأة من جانب أيّ شخصٍ أو منظمةٍ أو مؤسسة، بما في ذلك فرض حماية قانونيةٍ فعالةٍ لحقوقها، عن طريق المحاكم والمؤسسات العامة الأخرى.

وتطالب بنود المادة 02 من الاتفاقية الدول الأعضاء بصفةٍ عامةٍ بإيجاد القوانين التي تعمل على إزالة التمييز ضد المرأة في كافة الأحكام واللوائح، سواء كانت هذه الأحكام صادرةً عن أشخاصٍ أو ناتجة عن تقاليد أو أعراف.

---

1 – انظر: نص المادة 02 من اتفاقية سيداو.

2 – لا يخلو هذا النموذج من المشاكل، فقد يعتبر أرباب العمل وغيرهم من الأشخاص أن تأمين المساواة الفعلية يستوجب أعباء وتكاليف إضافية، انظر: دليل حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منظمة العمل الدولي من أجل حقوق المرأة لمنطقة آسيا والمحيط الهادي، مرجع سابق، ص 43.

3 – المرجع نفسه، ص 40.

4 – NIVARD Carole, " La convention, un outil pour l’égalité ", in, La convention pour l’élimination des discriminations à l’égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, p 125.

كما لا يكفي مجرد إيراد بنودٍ مضادةٍ للتمييز في التشريعات، فالاتفاقية تطالب الدول الأطراف بأن تحمي حقوق المرأة على نحوٍ فعالٍ، وأن تعطي المرأة فرصًا للتظلم من التمييز والحماية منه. وينبغي أن تضمن التشريعات عقوباتٍ لردع التمييز ضد المرأة، وإنشاء نظام لتقديم الشكاوى أمام الهيئات القضائية والمحاكم[1].

هذا ويتعين على الدول الأطراف أن تتخذ تدابير للقضاء على التمييز في كل من المجالين العام والخاص. ولا يكفي الاجتهاد لتحقيق "مساواة على المستوى الرأسي" بين الجنسين للمرأة كفرد تجاه السلطات العامة، بل ينبغي أيضًا للدول أن تعمل على ضمان عدم التمييز على"المستوى الأفقي" حتى داخل الأسرة[2].

وعليه تشكل المادة 02 مع سابقتها – المادة 01 – جوهر الاتفاقية وموضوعها وغرضها الأساسي وهو السعي للسيطرة على كل النواحي التشريعية والقانونية الخاصّة بكل بلدٍ، لذا نجد الاتفاقية تنتقل من نطاقٍ إلى آخر بتدّرجٍ ونظامٍ، فهي تبدأ من مستوى الدستور إلى القانون إلى أعمال المحاكم الوطنية إلى مستوى تصرفات السلطة العامة إلى مستوى الأفراد وتختم بمستويين متكاملين.

أولهما تعديل أية تشريعاتٍ تعتبر تمييزية (من وجهة نظر الاتفاقية).

أما ثانيهما إلغاء جميع أحكام قوانين العقوبات الوطنية باعتبار الاتفاقية ناسخة لغيرها من التّشريعات والأحكام، ومن ثم تشكل تلك المادة ببنودها حزمةً أو منظومةً تستدعي بعضها بعضًا، وهو ما يجعل نطلق عليها "المادة المنظومة"[3].

فبالتالي يمكن القول أن هذه المادة تنظم خطوات يجب على الدول اتخاذها كما يلي:

البند (أ) يجعل الاتفاقية تتدخّل في إطار سيادة الدولة، وما يحدّد دستورها من معالم أساسّيةٍ تبنى على أساسها قوانينها، فإن كانت المساواة بمعنى التماثل التّام جزء من دستورها

1 – رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء دنيا الطباعة والنشر، مصر، 2008، ص 79.

2 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة: الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، الأمم المتحدة، نيويورك، 1995.

3 – رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، مرجع سابق، ص 80.

انعكس هذا بلا شكٍ على قوانينها، بالإضافة إلى ما تفرضه هذه المادة من العمل على مستوى تلك القوانين ذاتها.

كذلك ورد المعنى نفسه في البند (ب) الذي يعمل على مستويين الأول: المستوى الإيجابي وهو تدخل بغرض التدابير التشريعية، والثاني: هو المستوى السلبي يعني وضع جزاءاتٍ لمرتكبي فعل التمييز.

وكذا البند (ج) الذي يعمل على تقنين الاتفاقية داخل الأنظمة القانونية للدول عبر عمل المحاكم الوطنية.

أما البند (د) يعمل على مستوى السلطات والمؤسسات العامة وهو المستوى الواقعي في فرض الاتفاقية، حيث تمثل تلك المؤسسات دولاب العمل الحكومي اليومي وهي ضروريّة لفرض نمط الاتفاقية من خلال الممارسات اليومية[1].

كما يعمل البند (هـ) على مستوى الأفراد، الوحدة الأساسية.

وبمقتضى البند (و) تتعهد الحكومات بتعديل أو إلغاء ليس فقط القوانين وإنما الأنظمة والأعراف والممارسات، وبذلك تصبح الاتفاقية أعلى من مصادر القانون عند أغلب المجتمعات (الدين – العرف – التقاليد).

تخالف هذه المادة أحكام الشريعة الإسلامية كونها لا ترمي فقط إلى المساواة المطلقة والتماثل التّام في التعليم والعمل والمجالات العامة، بل تمتد لتشمل قوانين الأسرة أيضًا، أو ما يسمى "بقوانين الأحوال الشخصية"، وهي أخصّ خصائص المجتمعات والشعوب لاعتماد هذه القوانين على أسس دينيةٍ وخصوصيّاتٍ حضاريةٍ وثقافيةٍ، وبمقتضى هذه المادة تصبح جميع الأحكام الشرعية المتعلّقة بالنساء لاغيةً وباطلةً ولا يصح الرجوع إليها أو التعويل عليها.

بمعنى إذا كان المجتمع الإسلامي مرجعيته الإسلام، فإن خطورة الاتفاقية تكمن تحديدًا في البند (و) من المادة 02 كونه يجعل الاتفاقية مرجعية في حد ذاتها، أي لا تستمد معياريتها إلا من ذاتها، بمعنى أنه لا يُحتج عليها بشيءٍ خارجٍ عنها، ويحتج بها على كل شيءٍ (أعراف – تقاليد – أديان – ثقافات – قوانين)[2].

---

1 – رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، مرجع سابق، ص 81.

2 – هدى عبد المنعم، "دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة =

على ذلك، فهي تدعو إلى تغيير جميع النظم المجتمعية والأعراف التي تمثل خروجًا على مبدأ المساواة الذي تقرّه الاتفاقية، وتأتي الفقرة (ز) وهي الأخيرة في المادة 02 لتنص صراحة وبمزيد من التأكيد على إلغاء جميع الأحكام التي تشكل تمييزًا ضد المرأة.

لذلك فليس من المبالغة القول إن المادة 02 هذه تمثل روح الاتفاقية التي تحول الاتفاقية من مجرد طرح أفكار ومبادئ نظرية لحقيقة واقعية على الأرض، لذلك تحفظت الكثير من الدول العربية عليها، مثل: مصر، سوريا، المغرب، العراق، البحرين، الجزائر، قطر، ليبيا.

ثانيًا – اتخاذ التدابير المناسبة لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين:

تنص المادة 03 من اتفاقية سيداو على أنه: "***تتّخذ الدول الأطراف في جميع الميادين ولاسيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعية منها، لكفالة تطوّر المرأة وتقدّمها الكاملين. وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتّع بها على أساس المساواة مع الرجل***".

يشير نص هذه المادة إلى الطبيعة الشمولية لاتفاقية سيداو التي تغطي جميع مجالات حياة المرأة، فضلاً عن عدم تحقيق المساواة الرياضية بين الرجل والمرأة وذلك لضمان التطور الكامل للمرأة والتمتع الفعلي بحقوقها الأساسية[1].

كما يلاحظ أنّ هذه المادة تتحدث عن التدابير المناسبة لكفالة تطور المرأة ولكنها لم تبين مفهوم تطور المرأة أو حدود هذه الحريات وماهيتها.

ويردُ في هذه المادة تحديد للتدابير المناسبة التي يجب اتخاذها في جميع الميادين لتنفيذ السياسات المبينة في المادة 02، وتؤكد المادة 03 بأنّه ما لم تتّخذ الدول تدابير فعالةً لتعزيز تقّدم المرأة وتطورها، لن تستطيع أن تتمتع تمامًا بحقوق الإنسان الأساسيّة المكفولة في الاتفاقيات الأخرى.

تلتزم الدول الأطراف بموجب المادة 03 بتقديم تقارير عن المؤسسات المسئولة عن تصميم التدابير الخاصّة المؤقتة وتنفيذها وتقييمها. ويجوز أن تكون هذه المسؤولية مخّولة

=(سيداو) نموذجًا"، بحث مقدم في المؤتمر الدولي حول "أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية"، جامعة طانطا، مصر، 2008.

1 – NIVARD Carole, "La convention un outil pour l'égalité", op cit, p 128.

لمؤسساتٍ وطنيةٍ قائمةٍ، من قبيل وزارات شؤون المرأة، أو إدارات شؤون المرأة التابعة لوزارات أو لمكاتب رئاسية.

وتوصي لجنة سيداو بأن تضمن الدول الأطراف أن يكون للمرأة بصفةٍ عامةٍ، والفئات النسائية المتضررة بصفةٍ خاصةٍ، دورا في تصميم وتنفيذ وتقييم هذه البرامج. ويوصى بصفةٍ خاصّةٍ، بالتعاون والتشاور مع المتجمع المدني والمنظمات غير الحكومية الممثلة للمرأة.

الفرع الثاني

اتخاذ التدابير الخاصة المؤقتة لتعجيل المساواة الفعليّة بين الجنسين

تميز الاتفاقية بين "الحقوق بحكم القانون" "de jure" و"الحقوق بحكم الواقع" " de facto" فهي في هذا الصدد، لا تقر فقط بالتمييز الراهن، وإنمّا تقر أيضًا التمييز الذي كان قائما في الماضي وتدخل مفهوم التدابير التصحيحية الرامية إلى مكافحة آثار هذا التمييز الماضي الذي يترك المرأة عاجزةً أمام الرجل[1].

تعرف التدابير الخاصة المؤقتة بأنها عبارة عن أسلوب يتمثل في إرساء اللاَمساواة الشكلية ذلك بمعاملة مجموعة أفراد معاملةً تفضيليّةً من أجل بلوغ المساواة الحقيقّية[2].

كما يمكن اعتبارها أحكاما خاصة ترمي إلى تسريع إحقاق مساواة المرأة، تلزم أية سلطةٍ عامةٍ أو شخصٍ أو منظمةٍ أو مؤسسةٍ، وهي قد تتخذ شكل ظروفٍ تمكينيةٍ أو قواعد تفضيليّةٍ تصب في مصلحة المرأة، حتى ولو كان التمييز محظورًا أو توفرت الضمانات القانونية للمساواة، من شأن هذه التدابير تيسير قدرة وصول المرأة إلى الفرص وتسريع عجلة إحقاق المساواة الفعلية[3].

عرف الأستاذ "سوكرامنيان" "SOUCRAMANIEN" هذه الإجراءات على أنها: "اختلاف قانوني في المعاملة أنشئ بصفةٍ وقتيةٍ، والذي تؤّكد السلطة التشريعية بصفةٍ صريحةٍ أنّ الهدف منه هو تفضيل فئةٍ معيّنةٍ من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين على

---

1 – دليل حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منظمة العمل الدولي من أجل حقوق المرأة لمنطقة أسيا والمحيط الهادي، مرجع سابق، ص 32.

2 – SOUCRAMANIEN Mélin-F, "Les adaptations du principe d’égalité à la diversité des territoires", R.F.D.A, N° 05, Ed.Dalloz, 1997, p 911.

3 – دليل اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، منظمة العمل الدولي من أجل حقوق المرأة لمنطقة أسيا والمحيط الهادي، مرجع سابق، ص 60.

حساب فئةٍ أخرى بهدف التّقليص من اللاَمساواة الفعليّة الموجودة بصفة مسبقة بينهما"[1].

تشكل هذه التدابير إجراءً مهمًا لمواجهة التّمييز المنهجي، وتنص المادة 04 من اتفاقية سيداو على أن: "***أ – لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تّدابير خاصّة مؤقّتة تستهدف التّعجيل بالمساواة الفعلّية بين الرجل والمرأة تمييزًا بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكّنه يجب ألا يستتبع، على أيّ نحو، الإبقاء على معايير غير متكافئةٍ أو منفصلةٍ، كما يجب وقف العمل بهذه التّدابير متى تحقّقت أهداف التّكافؤ في الفرص والمعاملة.***

ب– لا يعتبر اتّخاذ الدول الأطراف تدابير خاصّة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك تلك التّدابير الواردة في هذه الاتفاقية، إجراءًا تمييزًيا".

يفهم من نص هذه المادة أنه حتى إذا منحت المرأة مساواةً قانونيةً (شرعًا)، فإن ذلك لا يضمن تلقائيًا أنها ستعامل في الواقع معاملةً متساويةً (مساواةً واقعيةً).

إذن تعجيلاً لتحقيق مساواةٍ حقيقيةٍ للمرأة في المجتمع وفي مكان العمل، يسمح للدول بـأن تستخدم تدابير علاجيةً خاصّةَ طوال استمرار وجود أوجه عدم المساواة. وهكذا تصل الاتفاقية إلى أبعد من مفهوم "المساواة الرسمية" الضيق وتحدّد أهدافها كمساواةٍ في الفرص ومساواةٍ في النتائج. والتّدابير الايجابيّة شرعيةً وضروريةً معًا من أجل بلوغ هذين الهدفين[2].

لذا ترى لجنة سيداو أنّه ينبغي أن تهدف التّدابير المتخذة من جانب الدول الأطراف بموجب المادة 04 فقرة 01 إلى التعجيل بتحقيق مشاركة المرأة على قدم المساواة في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو أيّ ميدان آخر.

ولا تنظر اللجنة إلى تطبيق هذه التدابير على أنه استثناء من قاعدة عدم التمييز، بل، على أنّه تأكيد لكون التدابير الخاصّة المؤقّتة جزءًا من إستراتيجيةٍ ضروريةٍ من جانب الدول الأطراف موجهة إلى تحقيق المساواة الفعليّة أو الموضوعية للمرأة والرجل في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، فهي لا تقيم تمييزًا ضّد الرجل[3].

تشير المادة 04 الفقرة 01 من الاتفاقية صراحةً إلى الطابع "المؤقت" لهذه التدابير

---

1 – SOUCRAMANIEN Mélin-F, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Ed. Economica, Paris, 1999, p 207.

2 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، مرجع سابق، ص 41.

3 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 25، "الفقرة 01 من المادة 04 من الاتفاقية "التدابير الخاصة المؤقتة"، 2004، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.8، الفقرة 18.

الخاصّة. لذلك ينبغي ألا تعتبر هذه التدابير ضرورية إلى الأبد، حتى وإن كان معنى "مؤقت" قد يؤدي في الواقع إلى تطبيق هذه التّدابير لفترةٍ طويلةٍ من الزمن. وينبغي أن تحدد مدة سريان تدبيرٍ خاصٍ مؤقتٍ بنتيجته الوظيفية استجابةً لمشكلةٍ محدّدةٍ ولا بفترةٍ من الزمن سبق تعيينها.

ثمة فرق واضح بين الغرض من "التدابير الخاصّة" تحت الفقرة 01 من المادة 04 من الاتفاقية وتلك المتعلقة بالفقرة 02. فالغرض من الفقرة 01 من المادة 04 من الاتفاقية هو التّعجيل بتحسين وضع المرأة لتحقيق مساواتها الفعليّة أو الموضوعيّة بالرجل، ولإحداث التغييرات الهيكلية والاجتماعية والثقافية الضرورية لتصحيح الأشكال والآثار الماضية والرّاهنة للتّمييز ضّد المرأة وذلك لتوفير تعويض لها، وهذه التدابير ذات طابعٍ مؤقتٍ[1].

بينما الفقرة 02 من المادة 04 تنص على معاملة المرأة والرجل بشكلٍ غير متطابقٍ بسبب الفروق البيولوجية بينهما وهي إجراءات حماية الأمومة، التي تعتبر تدابير ذات طابعٍ دائمٍ[2].

تحاول هذه المادة إيجاد تبريرٍ لإيراد بعض القوانين الخاصّة بالمرأة دون الرجل، في محاولةٍ لاسترضاء الحركة الأنثوية الراديكالية التي ترفض وجود خطاب تمييزي بين الرجل والمرأة.

كما يؤكد استخدام تعبير التمييز الإيجابي عزم الاتفاقية على وجوب تغيير الدول عادات وأعراف شعوبها، وذلك ليقينها بأنّ هذا الأمر لا يأتي بمفرده، بل لابد من فرض ذلك بقّوةٍ، وهذه القوة تتجسد في الاتفاقية من خلال "التمييز الايجابي".

ويسمح هذا النص للدول بأن تستخدم تدابير علاجية خاصة طوال استمرار وجود عدم المساواة، وهكذا تصل الاتفاقية إلى أبعد من مفهوم المساواة الرسميّة الضيّق، وتحدّد أهدافها كمساواةٍ في الفرص ومساواةٍ في النتائج والتدابير الإيجابية.

كما يفهم من نص المادة 04 أنه يتطلب من الدول الأطراف أن تستخدم التدابير المؤقتة والخاصة، ولكن ليست مجبرةً بذلك. وأنّ هذه التّدابير ليست تمييزية، خاصّةً منها التي تهدف إلى حماية الأمومة[3].

---

1 – تستخدم الأعمال التحضيرية للاتفاقية مصطلحاتٍ مختلفةٍ لوصف "التدابير الخاصة المؤقتة" الواردة في الفقرة 01 من المادة 04 منها. ولقد استخدمت اللجنة نفسها في توصياتها العامة السّابقة مصطلحاتٍ مختلفةٍ، وتساوي الدول الأطراف في كثير من الأحيان بين "التّدابير الخاصة" في معناها التّصحيحي والتعويضي والتعزيزي، ومصطلحات "العمل الإيجابي" و"الإجراءات الإيجابية" و"التدابير الإيجابية" و"التمييز العكسي" و"التمييز الإيجابي". وتظهر هذه المصطلحات من المناقشات ومختلف الممارسات التي توجد في ظروف وطنية مختلفة.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 25، مرجع سابق، الفقرة 16.

3 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de =

غير أنه لم يأت نصّ هذه المادة بمفهوم التّدابير المؤقتة الخاصّة، إنمّا اكتفى بالتّأكيد على أنّه: "... ***ولكنه يجب ألا يستتبع بأي حالٍ، كنتيجةٍ له، الإبقاء على معايير غير متكافئةٍ أو منفصلةٍ؛ كما يجب وقف العمل بهذه التّدابير عندما تكون أهداف التّكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحقّقت***".

وعليه، حددت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة طبيعة ومغزى الفقرة 01 من المادة 04 في توصيتها العامة رقم 25[1] من أجل تنفيذه الكامل أثناء تنفيذ الاتفاقية[2].

كما تعتبر اللجنة أن "المساواة في النتائج هو المرادف المنطقي للمساواة الفعليّة أو المساواة الموضوعية"، وهذه النتائج يمكن أن تكون ذات طابعٍ نوعيٍ أو كميٍ، ومع ذلك فإنّه قبل وضع أي تدبيرٍ خاصّ فإنه يجب تحديد الأسباب الأساسّية للتمييز وعدم المساواة، وفي هذا تقول اللجنة أن: "ولن يتحسن وضع المرأة ما دامت الأسباب الأساسيّة للتمييز ضدها ولعدم المساواة الذي تعاني منه لم تعالج بشكلٍ فعّالٍ"[3].

وأضافت أنه ثمة فئاتٍ من النساء، اللاتي يعانين، زيادة إلى معانتهن من التمييز الموجَّه ضدّهن بسبب أنهنّ نساء، يتعرضنّ أيضا لتّمييز متعدّد الأشكال قائم على أسباب إضافية من قبيل العنصر، أو الهوية العرقيّة، أو الدينّية، أو الإعاقة، أو السن، أو الطبقة، أو الطائفة الاجتماعية أو غير ذلك من العوامل.

تنطوي هذه المادة على التفرقة بين الرجل والمرأة لصالح المرأة، أي أنها تلغي هنا قانون المساواة نفسه، وتقرر تمييزًا لصالح المرأة، فيما تم تعريفه بـ"التمييز الإيجابي" وإذا كان من الجائز – حسب منطق هذه المادة – أن نميز بين الرجل والمرأة لتمايز الظروف، فلماذا لا يكون الأصل هو اختلاف الظروف، ومن ثم اختلاف قوانين التعامل، وليس محاولة خلق قوانين تفرض التماثل على واقع هو متمايز بذاته، خاصة إذا كانت تلك القوانين إلهية المصدر، ولها جذور راسخة في نفوس معتنقيها. أي لماذا لا يكون "العدل" وليس "التماثل" في المساواة هو الهدف الذي تحاول أن تسعى إليه أيّة اتفاقية في مجال المرأة، والعدل يقوم

=l'Organisation des Nations Unies, thèse de doctorat, Université de Paris II, 2007, p 206.

1 – يلاحظ أن لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 05 لسنة 1988، اكتفت بتوصية الدول بأن تعمل على زيادة الاستفادة من التدابير الخاصة المؤقتة، مثل العمل الإيجابي أو المعاملة التفضيلية أو نظم الحصص، من أجل زيادة إدماج المرأة في مجالات التعليم والاقتصاد والسياسة والعمل، انظر: الوثيقة رقم:A/43/38، ص 160.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 25، مرجع سابق، الفقرة 02.

3 – المرجع نفسه، الفقرة 10.

على المساواة بينهما فيما اتفقا فيه، ويخالف بينهما فيما اختلفا فيه، ويقّنن لكل وضعٍ بحسبه، وليس بحسب ما تفرضه رؤية التّماثل التام[1].

الفرع الثالث

تغيير الأدوار النمطية القائمة على التمييز ومنع الاتجار بالمرأة جسديًا

إنّ المواقف التقليدية التي تعتبر المرأة تابعة للرجل أو ذات دورٍ نمطي تكرس الممارسات الشائعة التي تنطوي على العنف أو الإكراه، مثل العنف وإساءة التصّرف في الأسرة، والزواج بالإكراه، وختان الإناث. وأوجه التعصب والممارسات هذه قد تبرر العنف القائم على نوع الجنس على أساس أنه شكل من أشكال حماية المرأة أو التحكم فيها (أولاً). كما تساهم هذه المواقف في استغلال المرأة تجاريا باعتبارها أدوات جنسية وليست بشرًا سويًا (ثانيًا). وهذا بدوره يسهم في العنف القائم على أساس نوع الجنس.

أولاً – تغيير الأدوار النمطية القائمة على التمييز ضد المرأة:

تكمن أهمية اتفاقية سيداو في أنها تضيف نصوصًا جديدةً أساسيةً إلى الصكوك الدولية الأخرى التي تتناول أيضًا المساواة وعدم التمييز.

فتطالب المادة 05 من الاتفاقية من الدول بتعديل الأنماط الثقافية والاجتماعية والقضاء على الأدوار النمطية للمرأة "Stereotyped Role"، ودون تفسير ماهية الأدوار النمطية[2]، وإن كانت تعني أنه ليس هناك أنماط خاصة لنساء باعتبارهن نساء، وليست هناك أنماط خاصة للرجال باعتبارهم رجال، ومن ثم فهناك إمكانية واسعة لتبادل الأدوار.

كما تلزم المادة 05 من الاتفاقية بإزالة كافة العوائق التي تعرقل إحقاق مساواة المرأة والتي ترتكز على المواقف والممارسات الثّقافية والتّقليدية السلبيّة، وتختلف أشكال التمييز المرتبطة بالعادات والممارسات مثل تلك التي ترتكز على التفسيرات الثقافية والدينية، إذ تلزم الاتفاقية الدول بتغيير ليس فقط القوانين والتشريعات، وإنما أيضًا العادات والممارسات التي تشكل نوعًا من التمييز ضد المرأة، ويشكل أي إخفاقٍ في تغيير العادات والممارسات

1 – اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو، رؤية نقدية من منظور شرعي، مجمع البحوث الإسلامية، البحوث التأليف والترجمة، الأزهر، 1998، ص 54.

2 – انظر: المادة 05 من اتفاقية سيداو.

التّمييزية خرقًا لأحكام الاتفاقية[1].

ولقد نادت المادة 10/ج الخاصة بالتعليم بضرورة إزالة أي مفاهيم نمطية عن دور الرجل والمرأة في جميع مراحل التعليم، عن طريق الكتب المقررة المستخدمة في النظام الدراسي التي كثيرًا ما تقوي الأنماط الجامدة غير المتغيرة المنطوية على عدم المساواة.

لذلك يجدر بالدول الأطراف إطلاق التدابير الرامية إلى تغيير النظرة النمطية إلى المرأة على أنّها أدنى مرتبةٍ من الرجل والمضي في تنفيذ هذه التدابير. كما أنّ دور العادات والممارسات التمييزية ضمن العائلة يثير القلق أيضا في هذا المجال، فهي قد قيدت ممارسة المرأة لحقوقها الأساسية، وذلك ليس فقط ضمن حدود العلاقات الأسرية ولكن أيضاً في الميدان العام، ومن هنا يجدر بالدول الأطراف التنبيه في كافة الأوقات إلى قدرة العادات على التسرب إلى المؤسسات العامة والخاصة، مما يستدعي اتخاذ التدابير اللازمة لتغييرها وتحويل الأفكار النمطية والمواقف التّمييزية[2].

إلا أن كثرة استخدام الاتفاقية لهذه العبارة في ديباجتها[3] وفي أثنين من موادها، وتردد استخدام هذا اللفظ تسع مرات في تفسير الأمم المتحدة للاتفاقية تبين أن الدور المقصود هنا هو دور الأم المتفرغة لرعاية أطفالها.

---

1 – ROMAN Diane, "Stéréotypes de genre et rôles traditionnels : La dimension émancipatoire de la convention", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, p 145.

لكن نتساءل هنا هل يمكن للقانون أن يلغي التقاليد؟، أو بشكل أكثر دقة، هل يمكن لمعاهدة دولية أن تغير التحيزات والسلوك التقليدية؟ فإن حسب البعض الإجابة على هذا السؤال تكون بالنفي، إذ أنهم يشككون في الطبيعة القانونية والإلزامية لنص هذه المادة – المادة 05 من اتفاقية سيداو –، بينما يرى البعض الآخر أنه بما أن الدولة بإمكانها سن نصوص قانونية لضمان المساواة الشكلية، فيمكن لها سن قوانين لتغيير تصرفات الأفراد المتجذرة في عادات وتقاليد قديمة.

ذلك لأن إنكار قدرة القانون على تغيير سلوك وعادات الأفراد هو – على سبيل المثال – تجاهل للتحول العميق والسريع نسبياً الذي شهدته الدول الغربية في القرن العشرين، إذ تغير النموذج الثقافي عند الغرب خلال بضعة عقود، وهذا التحول دليل على أن التغيرات الثقافية بهذا الحجم ممكنة وفي نطاق زمني قصير:

ROMAN Diane, "Stéréotypes de genre et rôles traditionnels : La dimension émancipatoire de la convention", op cit, p 144.

2 – دليل اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 61.

3 – التي تنص على أنه: "... وإذ تدرك أن دور المرأة في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساسًا للتّمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلّب بدلاً من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل، وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلّب إحداث تغيير في الدور التّقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة، ...".

وتصف هذه الاتفاقية الأمومة بأنها وظيفة اجتماعية يمكن أن يقوم بها أيّ إنسانٍ آخرٍ، ولذا نادى تفسير الأمم المتحدة للاتفاقية بضرورة وضع نظامٍ "إجازة آباء" لرعاية الطفل، وبضرورة توفير شبكات من دور رعاية الطفل حتى تتفرغ الأم لمهمتّها الأساسيّة وهي العمل بأجرٍ خارج البيت[1]. وينفي تعريف الأمومة بأنها وظيفة اجتماعّية من اختصاص الأم، ويساوي عطفها وحنانها بغيرها، لدرجة تمكنه من القيام بهذا الدور وبنفس النجاح.

علمًا أن استخدام هذه العبارة هو أمر وثيق الصلة بمفهوم "النوع الاجتماعي"، أي أن الرجل ليس رجلاً لأنه كذلك، بل لأن التنشئة الاجتماعية هي التي تجعل ذلك رجلاً وتلك امرأة.

فليست هناك أنماط خاصة للنساء باعتبارهن نساء وليست هناك أنماط خاصة للرجال باعتبارهم رجالاً، ومن ثم فهناك إمكانية واسعة لتبادل الأدوار، باعتبار الأدوار "محايدة" بل ووصف دور المرأة في مجال الأسرة بـ"الأنماط الجامدة"[2].

لقد شُهد انتشارا للأنماط الجامدة لدور الجنسين خصوصا المفهوم التّقليدي لدور المرأة في الأسرة. فكثير من النساء منعن من التعليم لأن دورهن في المقام الأول هو العناية بالأسرة. وفضلاً عن ذلك، فغالبا ما اعتبر دورا عديم الأهمية ولا يحتاج في حد ذاته إلى التّعليم.

ويطلب من الدول الأطراف في الفقرة الفرعية (ب) من المادة 05 أن تضمن أن يشمل التّعليم تفهمًا صحيحًا لدور الأمومة الهام كوظيفةٍ اجتماعيةٍ. ويطالب أيضًا في هذه المادة بأنّ تعترف الدول بأنّ تربية الأطفال مسؤولية يجب أن يشارك فيها المرأة والرجل، وليس مهمّة تنهض بها المرأة وحدها.

يستدعي ذلك إلى حدٍ كبيرٍ إقامة هياكل أساسية اجتماعية (على سبيل المثال، نظم لإجازة الآباء) من شأنها أن تجعل من الممكن المشاركة في واجبات الأبوين[3].

إذن النتيجة الحتمية لما تدعو إليه الاتفاقية في المواد 02/و، 05 و10/ج أن المرأة لا يمكن أن تحقق حريتها وتنال حقوقها إلا من خلال فرض نمط اجتماعي من خارج إطار الأسرة،

---

1 – نهى القاطرجي، "قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، دراسة حالة لبنان"، بحث مقدم لمؤتمر أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات الدولية، جامعة طانطا، مصر، من 7 إلى9 أكتوبر 2008، ص 17.

2 – رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، مرجع سابق، ص 126.

3 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، مرجع سابق، ص 19.

عبر رفض جميع القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تقيم تمييزا ضد المرأة (المادة 02/و)، والسؤال هنا: ما هي المعايير التي يمكن اعتمادها لتقييم الأنظمة والأعراف حتى نحكم عليها إن كانت تمثل تمييزا ضد المرأة أو لا؟ خاصة وأن الاتفاقية قدمت تعريفًا غامضًا لمصطلح "التمييز ضد المرأة".

ثانياً – منع جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلالها في البغاء:

تحث اتفاقية سيداو الدول في المادة 06 [1] على اتخاذ جميع التدابير المناسبة لمكافحة الاتجار بالنّساء والدعارة الاستغلالية.

يعتبر نص هذه المادة مهما من حيث الحرص على منع استغلال المرأة، وإن كانت تستلزم إضافة القوانين التي تمنع هذا الاستغلال، خاصّةً تلك التي تتعلّق بالفساد الإعلامي ومنع الابتزاز الجنسي.

وهذا الأمر لم تلحظه اتفاقيات الأمم المتحدة التي لا تعتبر الزنا أمرًا مشينًا بحق المرأة إلا في حالة حصل الأمر بالإكراه، أما إذا كان الأمر برضى الطرفين، فهو حق مشروع ومطالب به لتعلقه بالحرية الشخصية للأفراد، والتي تحرص مثل هذه الاتفاقيات على حمايتها من جهةٍ، ولكونه يساعد على منع الزواج المبكر الذي تدعو الاتفاقية إلى تجنبه من جهة أخرى[2].

فمن الضروري أن تنظر الدول، لدى معالجتها هذه المشاكل، في الأحوال التي تشكّل الأسباب الجذرية لبغاء المرأة: التخلف، الفقر، وسوء استعمال العقاقير، والأمية، وانعدام فرص التدريب والتعليم والعمل. ويجب أيضًا على الدول الأطراف أن توفّر للنّساء بدائل للبغاء بأن تخلق لهن فرصًا بواسطة رد الاعتبار والتدريب على العمل وبرامج الإحالة إلى الوظائف[3].

تكّرس هذه المادة خلاصة فكر "الحركة الأنثوية الراديكالية" "Radical Feminism"، التي

---

1 – انظر: المادة 06 من اتفاقية سيداو.

2 – نهى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، دراسة حالة لبنان، مرجع سابق، ص 19.

3 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، المرجع السابق، ص 20.

رفعت شعار "My Body is My Own"، أي حق المرأة الكامل في التحكم في جسدها، فقد طالبت المادة 06 بمكافحة "استغلال" دعارة المرأة، والاتجار بها، وليس مكافحة الدعارة ذاتها، بمعنى أن عملها في الدعارة لحساب نفسها يدخل ضمن نطاق تحكّمها في جسدها، أمّا إذا استغلّ آخرون هذا العمل لحسابهم، فإن هذا هو ما طالبت الاتفاقية بسن التشريعات لمكافحته.

كان من المستحسن لو أن الاتفاقية حثت الحكومات على منع كّل ما يعرض المرأة للامتهان بإرادتها أو رغمًا عنها، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية التي وفرت سبل العيش الكريم للمرأة، إلى حّد إلزام أدنى أقاربها بالإنفاق إن لم يكن لها مال، وفرضت عليها ستر جسدها صيانةً لها[1].

تأخذ الاتفاقية في المادة 06 بالمبدأ المعلن عنه في اتفاقية قمع الاتجار بالأشخاص واستغلال بغاء الغير لعام 1949[2]. إذ تلتزم الدول الأطراف بمكافحة الاتجار بالنساء واستغلالهن في الدعارة والتي تعتبر صورة من صور العنف الممارس ضّد النساء.

لقد أخذت لجنة سيداو موقفًا وأصدرت توصيات حول بعض المواضيع[3] التي لم تشر إليها الاتفاقية والتي تدخل في إطار مكافحة التّمييز ضّد المرأة[4].

ففي أعقاب "مؤتمر نيروبي" حول المرأة والذي تناول حقًا للمرة الأولى هذه المسألة، طلبت اللجنة من الدول الأطراف تقديم تقارير حول العنف ضد المرأة في بلدانهم، بما في ذلك التّدابير المتخذة لحمايتهم[5].

---

1 – جمال الدين عطية، محمد كمال الدين إمام، ... وآخرون، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو CEDAW رؤية نقدية... من منظور شرعي، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، 2000، ص 21.

2 – أبرمت اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير في 02 ديسمبر 1949، دخلت حيز النفاذ في تاريخ 25 جويلية 1951، انضمت إليها الجزائر بتحفظ في تاريخ 11 سبتمبر 1963، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادر في 14 سبتمبر 1963.

3 – لقد نظرت اللجنة في مسألة الآليات الوطنية والبيانات الإحصائية والعنف ضد المرأة وحول ختان الإناث ومكافحة وباء فيروس نقص المناعة البشرية والنساء ذوات الإعاقة.

4 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 215.

5 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 12، "العنف ضد المرأة"، 1989، الوثيقة رقم: A/44/38.

وفي عام 1992، قرّر خبراء اللجنة دراسة أثناء التّحضير للمؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، المادة 06 والمواد الأخرى للاتفاقية تتعلق بالعنف ضّد المرأة، والتّحرش الجنسي فضلاً عن استغلال النّساء. فنصت التوصية التي أخذتها اللجنة في هذا الشأن بداية من فقرتها 01، على أنّه: "العنف القائم على نوع الجنس هو شكل من أشكال التمييز الذي يكبح قدرة المرأة على التمتع بحقوقها وحرياتها على أساس المساواة مع الرجل"[1].

على ذلك فالعنف القائم على أساس نوع الجنس قد يخرق أحكامًا محددة من الاتفاقية بصرف النظر عما إذا كانت تلك الأحكام ذكرت العنف صراحة أم لم تذكره، ويجب إدانة كل أشكال العنف سواء ارتكبت من قبل الدولة أو باسمها أو من قبل شخصٍ أو منظمةٍ أو مؤسسةٍ. وفي هذا الصدد، تؤكّد اللجنة أنه: "التّمييز في الاتفاقية لا يقتصر على أعمال من الحكومات أو باسمها" (انظر المواد: 2(هـ) و2(و)، و(5)). مثال ذلك أن المادة 2/هـ من الاتفاقية تطالب الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة.

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، "العنف ضد المرأة"، 1992، الوثيقة رقم: A/47/38، الفقرة 06.

المبحث الثاني

تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في كل المجالات

عرفت اتفاقية سيداو عدم التمييز ضد المرأة في نص المادة 01 بصورة ضيقت من نطاقه، وأصبح التمييز بسبب الجنس الممنوع بموجب هذه الاتفاقية هو ذلك النوع من التمييز الذي يجهض تمتع النساء بحقوقهن وحرياتهن الأساسية في جميع الميادين اقتصادية كانت أم السياسية أو أي ميدانٍ آخر، ومن خلال استقراء هذه المادة يتبين أن الهدف الذي تسعى إليه الاتفاقية هو الدعوة للأخذ بمبدأ المساواة الكلية والفعلية بين المرأة والرجل في مختلف المجالات، ومن ثم فإن أي تمييز يكون على أساس الجنس ينبغي القضاء عليه بشتى الوسائل القانونية.

على ذلك فإن العمود الفقري الذي تقوم عليه الاتفاقية يكمن في نص موادها على المساواة في مجالات متعددةٍ بعينها، وهذه المواد تدعو إلى وجوب تحقيق المساواة المطلقة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مجال الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية من أجل بلوغ مساواةٍ فعليةٍ بين الرجل والمرأة (المطلب الأول)، وفي مجال الحقوق السياسية والمدنية (المطلب الثاني)، وفي مجال حقوقٍ أخرى والتي تتضمن حق المساواة في "الاستحقاقات العائليّة" و"القروض البنكية" و"الحق في المشاركة في الأنشطة الترويحية" وحقوق المرأة الريفية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في الحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية

استحوذت حقوق المرأة الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية على اهتمام المجتمع الدولي خلال العقود الماضية بشكلٍ متزايدٍ. ذلك أن زيادة الاعتراف بالمساهمة الرئيسية التي تقدمها المرأة في الاقتصاد العالمي من خلال جهودها الإنتاجية والإنجابية، وكذلك الاعتراف باستمرار تهميشها على المستوى الاجتماعي، من خلال التوجهات الجديدة في الحياة الاجتماعية والثقافية، والتي تسعى إلى تحديد نفاذ المرأة إلى الحياة العامة، أدت جميعًا إلى وضع حقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية في بؤرة الاهتمام.

على ذلك تناولت الاتفاقية كفالة تحقيق مساواة فعلية بين الرجل والمرأة في التمتع بالحقوقٍ الاجتماعيةٍ والثقافيةٍ (الفرع الأول)، كما تناولت كفالة تحقيق تمتع المرأة بحقوقٍ اقتصادية متساويةٍ بصورة فعليّة مع الرجل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المساواة الفعليّة في الحقوق الاجتماعية والثقافية

لاشك فيه أن المساواة بين الرجل والمرأة يجب أن تكون في كافة ميادين المعرفة والعلم والثقافة وغيرها، ومن ثم فإنها تعتبر من أهم الحقوق التي تناولتها المواثيق الدولية والقارية، وكذلك نصّت عليها القوانين الوطنّية.

وعليه، فقبل أن تلتحق المرأة بعالم الشغل، لابد أن تكون مؤهلة للعمل، فكلما كان مستواها التعليمي والمهني أعلى كلما كان حظها في العمل أوفر وأسهل، فحقّها في التعليم ثابت لها مناصفة مع الرجل (أولاً)، كما أنّ توفير الرعاية الصحية لها على قدم المساواة مع الرجل تتحقق معه بقية الحقوق الأخرى (ثانيًا).

أولاً – المساواة الفعليّة في مجال حق التعليم:

يعتبر التعليم حقا لا يمكن المساس به، فهو نقطة بداية كل الحقوق ووسيلة لضمانها.

أكدت جميع المواثيق الدولية أنّ التّعليم حق ثابت لجميع المواطنين، وتضمنته أيضًا الدساتير الوطنية داخل أيّة دولة، والبعض جعل التعليم إلزاميا على كامل الإقليم حتّى يدفع المواطنين لتأدية واجب التعليم[1].

لقد تعاونت الأمم المتحدة مع المنظمات الدولية، وبصفةٍ خاصةٍ منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "اليونسكو" من أجل نشر التعليم في ربوع المعمورة واستئصال الأميّة

1 – لقد تم الاعتراف بالحق في التعليم عالميًا منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948، ومنذ ذلك الحين نصت عليه مختلف الاتفاقيات الدولية (أهمها اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989) وغيرها من الاتفاقيات، وفي 14 ديسمبر 1960 اعتمد المؤتمر العام لليونسكو اتفاقية مكافحة التمييز في مجال التعليم ودخلت حيز النفاذ في 22 ماي 1962، انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 68–581، المؤرخ في 15 أكتوبر 1968، ج.ر.ج.ج، العدد 87، الصادر في 29 أكتوبر 1968.

كانت هذه الاتفاقية – ولا تزال– أول وثيقةٍ دوليةٍ ملزمةٍ على مستوى القانون الدولي تهدف إلى تنمية مفهوم حق الجميع في التعليم بأبعاده كافة.

وتوعية المجتمع، إذ أعلنت عام 1975 سنة تعليمية دولية، وتتبع كلّ فردٍ بالحقّ في التّربية والتّعليم.

أما اتفاقية سيداو فقد خصصت المادة 10[1] للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان التّعليم، وتحقيق شروطٍ متساويةٍ في التّوجيه الوظيفي والمهني والحصول على الدرجات العلميّة من المؤسسات التعليمية، وكذلك التساوي في المناهج وإجراء الامتحانات وتشجيع التعليم، وتضييق الفجوة في ميادين المعرفة بين الرجل والمرأة[2].

بهذا تقضي الاتفاقية على المفاهيم والمعوقات التي تقيم التمييز ضد المرأة في مجال التّعليم، فقبل إقرار الاتفاقية كانت نسبة تعليم النساء في التّعليم العالي ضئيلةً مقارنةً بالرجال، كما كانت المرأة في الريف محرومةً من التعليم، لكن بمجرد مصادقة الدول على الاتفاقية، شهد مطلع الثمانينات تطورًا ملحوظًا فيما يخص بنهوض المرأة في قطاع التّربية، فأصبح تعليم المرأة من بين الأولويات التي تهتم بها الحكومات، وفي الوقت نفسه أصبحت المرأة تنظر إلى التّعليم نظرةً جديدةً، من خلال إبراز قدراتها العلمية والمساهمة في بناء ترقية المجتمع[3].

يمكن تقسيم التزامات الدول الأطراف بموجب المادة 10 من الاتفاقية تقسيمًا مناسبًا إلى ثلاث فئاتٍ:

1 – الالتزام بتكافؤ الفرص، هناك أمكنة قليلةً جدًا في العالم يرفض فيها للمرأة الحقّ في التّعليم، ولكن المساواة الحقيقيّة في التّعليم تتطلّب إيجاد ضماناتٍ محدّدةٍ وفّعالةٍ لضمان إتاحة الفرصة للطالبات لدراسة المناهج نفسها والوصول إلى غيرها من فرص التّعليم والمنح الدراسيّة التي تتاح للطلاب.

2 – يقع على الدول الأطراف واجب القضاء على الأنماط الجامدة غير المتغيرة لدور الجنسين في النظام الدراسي وعن طريقه[4].

---

1 – انظر: المادة 10 من اتفاقية سيداو.

2 – اعترفت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بالحق في التعليم لكل طفلٍ (ذكر أو أنثى) في المادة 11 منها، وألزمت الدول الأطراف تحقيق وضمان هذا الحق للجميع على أساس تكافؤ الفرص باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق ذلك.

3 – عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 69.

4 – نشير إلى أن موضوع الكتب المقررة المستخدمة في المدارس فهي كثيرًا ما تقوي الأنماط الجامدة غير المتغيرة والتقليدية المنطوية على عدم المساواة، وبخاصة تلك المنطبقة على العمل والمسؤوليات المنزلية ومسؤوليات الآباء والأمهات.

3 – سد الفجوة القائمة في مستويات التّعليم بين الرجل والمرأة. فيجب على الدول أن تنشئ برامج تعطي المرأة فرصة العودة إلى المدرسة أو حضور دوراتٍ دراسيةٍ تدريبّيةٍ خاصّةٍ، وبهذه الطّريقة، ستتاح للنساء اللواتي لم يتمتعن بميزة المساواة في الماضي فرصة الالتحاق بالركب فيتمتّعن بذلك بدورٍ متساوٍ في مكان العمل وفي المجتمع بأسره[1].

يلاحظ أن صياغة نص المادة 10 من اتفاقية سيداو تسمح بتوفير التعليم في مؤسسةٍ منفصلةٍ لكل من الجنسين. ولم تأخذ هذه الاتفاقية بمضمون نص المادة 02 الفقرة 02[2] من اتفاقية اليونسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم لعام 1960، التي تؤكد على أن التعليم المنفصل يجب أن يظّل تعليمًا طوعيًا ويجب تقديم الضمانات نفسها ومنح الجودة نفسها والبرامج نفسها[3].

لم يتم تحقيق هذا الحق في عام 1979، فقد كشفت إحصائياتٍ في إطار المؤتمر العالمي للمرأة في المكسيك الصعوبة التي تواجهها الفتيات والنّساء للوصول إلى التّعليم. فأغلبية الأميين في العالم هم نساءٌ، لذلك أضاف محرّري الاتفاقية إلى هذا النصّ واجب ضمان تحقيق: "التساوي في فرص الإفادة من برامج مواصلة التعليم، بما في ذلك برامج تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي، ولاسيما البرامج التي تهدف إلى التّعجيل بقدر الإمكان بتضييق أيّ فجوةٍ في التّعليم قائمةً بين الرجل والمرأة"[4].

---

1 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، مرجع سابق، ص 23.

2 – انظر: نص المادة 02 الفقرة 02 من اتفاقية اليونسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم لعام 1960.

3 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 200.

4 – لقد جرى التشديد بشكلٍ دوريّ على المساواة في تمتّع الفتيات بالحق في التعليم في الملاحظات الختامية لهيئات معاهدات حقوق الإنسان على تقارير الدول الأطراف، حيث وردت 46 إشارة لهذا الموضوع فيما بين عامي 2014 و2015 فقط. كما تناولت آليات مختلفة للإجراءات الخاصة أيضًا هذه المسألة في تقاريرها وفي بلاغاتها. وفي عامي 2015 و2016، قُدّمت للدول خلال جولات الاستعراض الدوري الشامل الخاصة بها 51 توصية تتعلق بحق الفتيات في التعليم؛ وقُبل منها 49 توصية.

بالإضافة إلى خطتي الأهداف الإنمائية للألفية (2000–2015) وأهداف التّنمية المستدامة (2015–2030)، سلّمت العديد من الصّكوك السياسية غير الملزمة بالحاجة إلى ضمان المساواة في تمتّع الفتيات بالحق في التعليم، بما في ذلك المؤتمر الدولي للسكان والتنمية (1994)؛ إعلان ومنهاج عمل بيجين (1995)؛ إطار عمل داكار (2000)؛ إعلان وإطار عمل إنشيون (2015)؛ مبادرة الأمم المتحدة لتعليم البنات، نقلاً عن: التقرير السنوي لمفوض الأمم=

على عكس نص المادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[1]، والمادة 13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لعام 1966[2]، فإن اتفاقية سيداو لم تأخذ بمبدأ إلزامية ومجانية التعليم وبالخصوص التّعليم الابتدائي، ويعتبر هذا المبدأ في المراحل الأولى من أولويات ومهمات الدولة الحديثة، حيث قننته بعض الدول في قوانينها الداخلية منذ أكثر من مائة وتسعين عامًا، فالدنمرك أخذت به عام 1817 وفرنسا عام 1882 بل اعتبرت غياب الأبناء عن المدرسة مخالفةً للقانون[3].

على ذلك تم تعديل الفقرات 03، 04 و05 من المادة 10 من اتفاقية سيداو من طرف اللجنة الثالثة للهيئة العامة للأمم المتحدة للأخذ بعين الاعتبار برنامج عمل عشرية الأمم المتحدة للمرأة[4].

لقد أشارت لجنة سيداو إلى حالة أخرى للتمييز ضد المرأة، والتي تتمثل في أنّ بعض المؤسسات التعليمية لا يسمح دائما للأُمهات من المراهقات بإعادة الالتحاق بالمدارس

=المتحدة السامي لحقوق الإنسان وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، "تحقيق المساواة في تمتع كل فتاة بالحق في التعليم"، الدورة 35، 2017، الوثيقة رقم A/HRC/35/11، ص 03.

1 – انظر: المادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

2 – انظر: المادة 13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.

3 – أسامة عرفات أمين عثمان، حقوق المرأة في المواثيق الدولية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2003، ص 127.

4 – BOUET-DEVRIERE Sabine, Le droit international des droits de la femme: L'universalité en question , thèse de doctorat, Universitéde Reims Champagne-Ardenne, 1999, p 90 .

يلاحظ باستقراء الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام 1950 أنها قد خلت من الإشارة إلى الحق في التعليم أو حق الثقافة بصفةٍ عامةٍ، فهل يعني ذلك أنّه لا توجد هناك أمية عند هذه الشعوب أم ماذا؟ ولقد تدارك القائمون على النّاحية التّعليمية بهذه الدول والعمل على إدراجه في بروتوكولٍ إضافيٍ جاء فيه على أنّ الدولة في مباشرتها لوظائف التربية والتّعليم، يجب عليها احترام حق الآباء في القيام بهذه التربية والتّعليم طبقًا للمعتقد الدّيني في أيّة دولةٍ، فمثلاً نجد أن تركيا باعتبارها دولة إسلامية إلّا أنّ النظام الحاكم بها في الوقت ذاته علمانيًا، فكان لها تحفظ على النص على ألا يمس القانون التركي الخاص بتوحيد التعليم. في حين تحفظت دول غير تركيا مثل اليونان وانجلترا والسويد وجمهورية المالديف، حيث جاء تحفظ السويد مثلاً على أنّ الدولة لا تستطيع أن تمنع الآباء طبقًا لعقيدتهم الفلسفية، حقّ إعفاء أبناءهم من الالتزام بأخذ قسطٍ من التّعليم في المدارس العامة، ولا بإعفائهم من الالتزام بأخذ قسطٍ من التّعليم المسيحي في هذه المدارس، ولكن يعفى من هذا القسط الأطفال الذين يتّبعون ديانةً أخرى غير مسيحيةٍ، انظر: سيد إبراهيم الدسوقي، الحماية الدولية لحقوق المرأة على ضوء اتفاقية منع التمييز الجنسي، دار النهضة العربية، د.س.ن، الهامش 01، ص 115.

الإعدادية بسبب الفكرة الشائعة وهي أنّ "صغار الأمهات سيكون لهن أثر سلبي على سائر الفتيات"، على حين أنّ الآباء من المراهقين لا يمنعون من الالتحاق بالمدارس[1]. ولقد طلبت اللّجنة من الدول الأطراف في الاتفاقية أن تضمن المناهج الدراسّية تثقيفًا جنسيًا يناسب أعمار التلاميذ والقيام بحملاتٍ للتّوعية لمنع الحمل بين المراهقات.

قد يؤدي إسهام المرأة في إثراء الموارد البشرية للمجتمع، والذي يتّم عن طريق التّعليم والتوعية بدوره إلى السيطرة على كثيرٍ من المشكلات الوطنّية، مثل التحكم في النمو السكاني، وانخفاض وفيات الأطفال والرضع، وتحسين المستوى الصحّي والغذائي للأسرة، وتعليم الأبناء والمشاركة في صنع القرار، ومواجهة الضّغوط البيئيّة والإسكانيّة.

يُستنتج أنه من الضّروري أن يُمنح للمرأة الفرصة الكاملة في المشاركة في التنمية الاجتماعية والنمو الاقتصادي لخدمة المجتمع، ولن يتحقق لها ذلك إلا بالنهوض بثقافتها وتعليمها[2].

ثانياً – المساواة الفعليّة في مجال الرعاية الصحية:

لا يعني مفهوم الصحة في القانون الدولي العام فقط عدم إصابة الفرد بالمرض وإنمّا يعني حالة السلامة الكاملة البدنية والعقلية والاجتماعية[3].

يعد هذا الحق من أحد الحقوق الإنسانية الأساسية الذي أكدت عليه كافة المواثيق الدولية المعنية ولاشك أن المرأة لا تنحصر عنها هذه الرعاية، بل أن الرعاية الصحية لها تزيد عن الرجل لأنها تحمل وتلد وترضع وليدها[4].

تعتبر المرأة ذات خصوصيةً في جانب الرعاية الصحية التي تحتاجها، فهي تواجه تهديداتٍ مختلفةٍ إذ تتعرض وهي طفلة لمعاملةٍ تمييزيةٍ وأشكالٍ مختلفةٍ من الانتهاكات في أكثر مناطق العالم لكونها أنثى، وبما أن الحمل والولادة يعرضان المرأة لمجموعة من الأخطار الصحية وكذا مضاعفات الحمل والولادة تشكّلان سببًا رئيسيًا من أسباب وفيات

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 57، 2002، الوثيقة رقم :A/57/38(Part II)، الفقرة 57.

2 – خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، سوتير الأرزطية، مصر، 2007، ص 48.

3 – منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 181.

4 – المرجع نفسه، ص 182.

النساء والأطفال، فقد نصت مجموعة الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة على حقّ المرأة في الرعاية الصحية اللازمة لها، وعلى الدول الأطراف أخذ جميع التدابير المناسبة لحصول المرأة على الرعاية الصحية وبما فيها من تنظيم للأسرة، وتوفير خدماتٍ مناسبةٍ فيما يتعلق بالحمل والولادة وكذلك تغذيةٍ مناسبةٍ أثناء الحمل والرضاعة[1].

وتناولت اتفاقية سيداو حق المرأة في الرعاية الصحية في المادة 12 منها[2] حينما أوجبت على الدول الأطراف اتخاذ جميع التّدابير المناسبة للقضاء على كل أشكال التمييز ضّد المرأة في مجال الرعاية الصحية، بحيث تضمن لها على قدم المساواة مع الرجل الحصول على كافة خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلّقة بتنظيم الأسرة، والخدمات المجانية عند الاقتضاء وكذلك التغذية الكافية أثناء الحمل والرضاعة.

لقد تم إدخال نص المادة 12 على الاتفاقية بعد تحريرها، نتيجة أعمال المؤتمر الدولي في مكسيكو حول المرأة سنة 1975[3]، الذي أدرك صعوبة حصول النساء على الرعاية الصحية بسبب التمييز الذي تعاني منه في هذا المجال، فكانت القرارات 05، 09، 15 المتخذة أثناء المؤتمر أساس تحرير نصّ المادة 12[4].

كما يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه أن الاتفاقية كونها اتفاقيةً دولية خاصة بالمرأة قدمت للمرأة كافة أوجه الرعاية الصحية المختلفة في جميع مراحل حياتها بالمساواة مع الرجل، كفلت للمرأة أيضًا حق تنظيم الأسرة حيث أن كثرة الإنجاب من أشد العوامل خطورة على صحة المرأة، وكان من أهم أسباب الوفاة عند المرأة لاسيما في الدول المتخلفة، إذ تعرض حق المرأة في تنظيم النسل للمعارضة في بعض الدول بسبب العرف الاجتماعي السائد فيها أو المفهوم غير الصحيح للدين، أو حاجة المجتمعات الريفية إلى عددٍ كبيرٍ من الأولاد لكي يعملون في الأراضي في مهنة الزراعة مع أبنائهم[5].

---

1 – عبد الكريم مسعود محمد أدبيش، الحقوق السياسية والاجتماعية للمرأة في المواثيق الدولية مع التطبيق على الحالة الليبية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2011، ص 72.

2 – انظر: المادة 12 من اتفاقية سيداو.

3 – انظر: المؤتمر الدولي مكسيكو للمرأة عام 1975، مرجع سابق.

4 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 194.

5 – عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 95.

غير أنه عند مقارنة نص هذه المادة – المادة 12 من اتفاقية سيداو – مع نص المادة 12 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[1] فإنّ النصّ الثاني جاء ضيقًا وأقل تفصيلاً من النص الأول، فيعترف هذا الأخير بحق كل إنسانٍ في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه، إلا أن هذا التعريف لا يحدّد محتوى الحق في الصحّة نظراً لأنه من غير الواضح ما إذا كان "التمتع بأعلى مستوى من الصحة"، يجب أن ينظر إليه في ضوء الظروف الوطنية لدولة ما أم في ضوء الاقتصاد العالمي[2].

ومن المؤكد أنه على صعيد بعض القضايا، فإن أعلى مستوى يمكن التمتع به في ضوء الأوضاع الوطنية لبعض الدول لا يتماشى مع ما هو مقرّر ضمن الحدّ الأدنى لمحتوى الحق في الصحة الذي يحق للأفراد التمتع به في أية ظروفٍ (كالتطعيم، العلاج الطبي والرعاية الطبية لكبار السن...)، زيادة على ذلك حددت الإجراءات والتدابير الواجب اتخاذها لضمان التمتع بهذا الحق، وذلك بتهيئة ظروفٍ من شأنها تأمين الخدمات الطبيّة للجميع في حالة المرض.

كما أدرج نص المادة 12 من اتفاقية سيداو التخطيط العائلي، إذ نصت الفقرة 02 منها على أنّه من حق المرأة الاستفادة من الخدمات اللازمة والمجانية في أثناء الحمل والولادة وحقّ التغذية الكافية أثناء الحمل والرضاعة[3].

اهتمت لجنة سيداو بموضوع صحة المرأة في توصيتها العامة رقم 24[4]، إذ تعتبر التدابير الرامية إلى القضاء على التمييز ضد المرأة غير مناسبةٍ إذا كان نظام الرعاية الصحية مفتقرًا إلى الخدمات اللازمة للوقاية من الأمراض التي لا تصيب إلا المرأة وكذا الكشف عن تلك الأمراض ومعالجتها.

وأنه من قبيل التمييز أن ترفض الدولة الطرف أن تكفل قانونًا للمرأة أداء خدماتٍ معّينةٍ في مجال الصحة الإنجابية. وعلى سبيل المثال، إذا رفض مقدمو الخدمات الصحية أداء

---

1 – انظر: المادة 12 فقرة 01 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

2 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 195.

3 – تعتبر اتفاقية سيداو الاتفاقية الوحيدة التي تعالج مسألة التّخطيط العائلي، انظر:

ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 196.

4 – لجنة القضاء على التميز ضد المرأة، التّوصية العامة رقم 24، "الصحة والمرأة"، 1999، الوثيقة رقم: A/54/38.

تلك الخدمات بدافع الاستنكاف الضميري (أي ضمائرهم لم تسمح لهم بتقديم تلك الخدمات)، تعين اتخاذ التدابير الكفيلة بإحالة المرأة إلى جهاتٍ بديلةٍ توفر تلك الخدمات[1].

كما دعت الاتفاقية أيضًا إلى اتخاذ تدابير خاصة لحماية صحة المرأة المسنة والمرأة المعوقة والمرأة الريفية التي تعاني من صعوبة الوصول فعليًا إلى الخدمات الصحية.

وفي الأخير دعت الاتفاقية الدول الأطراف أن تتّخذ الخطوات اللّازمة لتيسير إمكانية الوصول ماديًا واقتصاديًا إلى الموارد الإنتاجّية لاسيما للرّيفيّات[2].

ولم تقتصر مسألة صحة المرأة فقط على نص المادة 12 من اتفاقية سيداو، وإنما ثمة نصوص أخرى فيها مرتّبطةً بها ولها تأثير على الصحّة، وتشمل هذه المواد الأخرى المادة 05/ب، التي تقتضي من الدول الأطراف كفالة أن تتضمن التربية الأسرية تفهمًا سليمًا للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية.

والمادة 10 التي تقتضي من الدول الأطراف كفالة تكافؤ فرص الحصول على التعليم، وبذلك تمكن المرأة من الحصول على الرعاية الصحية بسهولةٍ أكبرٍ، وخفض معدلات ترك الدراسة بين الطالبات، الذي ينجم في معظم الأحيان عن الحمل قبل الأوان؛ والمادة 10/ح التي تنص على أن تتيح الدول الأطراف للمرأة والفتاة إمكانية الوصول إلى معلوماتٍ تثقيفّيةٍ محدّدةٍ لمساعدتهما على ضمان رفاه الأسرة، بما فيها معلومات ومشورة بشأن تنظيم الأسرة.

إضافة إلى ذلك المادة 11 التي تتعلق، جزئيا، بحماية صحة المرأة وسلامتها في ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب، والحماية الخاصّة من أنواع العمل الضّارة خلال فترة الحمل، وتوفير إجازة الأمومة المدفوعة الأجر.

كذلك المادة 14 الفقرة 2/ب التي تقتضي من الدول الأطراف أن تكفل للمرأة في المناطق الريفية نيل تسهيلاتٍ العناية الصحية الملائمة، بما في ذلك المعلومات والنصائح والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة، والفقرة 2/ح من المادة نفسها التي تلزم الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولاسيما فيما يتعلق بالإسكان، والإمداد بالكهرباء والماء، والنقل، والاتّصالات، وكلها أمور بالغةً الأهمّية للوقاية من الأمراض ونشر الرعايّة الصحية الجيدة.

---

1 – لجنة القضاء على التميز ضد المرأة، التّوصية العامة رقم 24، "الصحة والمرأة"، 1999، الوثيقة رقم: A/54/38، الفقرة 11.

2 – لجنة القضاء على التّميز ضّد المرأة، التوصية العامة رقم 24، مرجع سابق، الفقرات 07، 24، 25.

وفي الأخير تقتضي الفقرة 1/ه من المادة 16 من الدول الأطراف أن تكفل للمرأة حقوقًا متساويةً مع حقوق الرجل تجعلها تقرر بحريةٍ وبشعورٍ بالمسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفلٍ وآخرٍ، وفي الحصول على المعلومات والتّثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق. كما أن الفقرة 2 من المادة 16 تُحرم خطبة الأطفال وزواجهم، وهذا التحريم عامل هام في منع الضرر البدني والنفسي الذي ينجم عن الإنجاب المبكر.

الفرع الثاني

المساواة الفعليّة في الحقوق الاقتصادية

ترتبط الحقوق المالية للمرأة بنشاطها الاقتصادي وأدائها ووجودها داخل المجتمع، ومن بين تلك الحقوق حقين يثار حولهما دائمًا الكثير من التساؤلات حول مدى مساواتها فيهما بالرجل، وردا في اتفاقية سيداو، إذ بموجبهما تتحرر المرأة من الأعراف والتقاليد التي فرضها عليها المجتمع وهما الحق في العمل (أولاً) وحقها في الملكية (ثانيًا).

أولاً – المساواة الفعليّة في مجال حق العمل:

ينطوي عمل المرأة على تمييز كبير بالمقارنة مع عمل الرجل، والسبب يرجع في الغالب إلى العادات والتقاليد السائدة في بعض المجتمعات، أهمها احتكار العمل للرجال[1].

تناولت اتفاقية سيداو المساواة بين الجنسين في الحق في العمل في المادة 11[2] منها والتي استندت إلى كثير من الحقوق التي طالبت بها منظمة العمل الدولية للمرأة وتعزيزها[3]، ومن أهم هذه الحقوق ما يلي:

---

1 – نسيمة جلاخ، الحماية الدولية لحقوق المرأة في المواثيق الدولية، الإعلانات والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 155.

2 – انظر: المادة 11 من اتفاقية سيداو.

3 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، مرجع سابق، ص 24.
تضمنت المبادئ الأساسية لمنظمة العمل الدولية سنة 1919 النص على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الأجر، ونصت الاتفاقية رقم 3 لسنة 1919 على حماية الأمومة للمرأة العاملة، كما نص إعلان فلادليفيا سنة 1944 على عدم التفرقة بين البشر بسبب الجنس أو العرق وحقهم جميعا في العمل، ولقد وردت العديد من الاتفاقيات التي تحرص على مناهضة التمييز، وتوفير معاملة اقتصادية عادلة، والقبول بالوظائف العامة والخاصة، والتعيين والترقية وتوفير فرص التدريب المهني والصحة والسلامة المهنية والرفاهية ومعدلات الأجور.
ومن بين هذه الاتفاقيات على سبيل المثال: الاتفاقية رقم 82 لسنة 1947 بشأن السياسية الاجتماعية في الأقاليم غير المتمتعة بالسيادة، والاتفاقية رقم 100 لسنة 1951 بشأن المساواة في أجور العمال والعاملات عند تساوي العمل،=

أ- المساواة الفعليّة عند الالتحاق بالعمل وفي حرية اختياره:

يعتبر مبدأ المساواة المهنية بين الرجل والمرأة بناء اجتماعي ناتج عن المواجهة بين الإنجازات الثقافية والمبادئ الدينية للبلاد، وهو بذلك، يتأثر بالضرورة بالخصائص الثقافية لكل دولة[1].

إن التشغيل هي المرحلة التي تسبق الدخول الفعلي للعمل، وأول ما يواجه المرأة المقبلة على عالم الشغل، فلا بد من تحقيق المساواة في هذا النطاق، التي تقتضي وضع شروط موحدة في الالتحاق بالعمل من غير أي تمييز أو أولوية.

لقد أكدت منظمة العمل الدولية على مبدأ تكافؤ الفرص وجعلت المساواة في المعاملة بين الرجل والمرأة من ضمن أهدافها وسياساتها، ونادت بالمساواة من غير أي تمييز لجميع البشر أيا كان جنسهم في الحق في العمل[2].

كما اعترفت جل المواثيق الدولية من جانبها بحق كل شخص في العمل سواء رجل أو امرأة، بشروط عادلة ومرضية ولهم كل الحرية في اختيار عملهم، وهذا ما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 23 فقرة 01، وأقره أيضا العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادتين 06 و07[3].

أما اتفاقية سيداو نصت في مادتها 11 الفقرة 1/أ، ب، ج على التزام الدول الأطراف باتخاذ تدابير القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها

=وبموجب الاتفاقية رقم 103 لسنة 1952 تم توسيع نطاق تطبيق الاتفاقية رقم 3 لسنة 1919 فمنح العاملات في المؤسسات الصناعية وغير الصناعية والمهن الزراعية وداخل المنازل حماية الأمومة بعد أن كان ذلك يقتصر على العاملات في الصناعة والتجارة، والاتفاقية رقم 111 لسنة 1959 بشأن حظر التميز في المهن والوظائف، وإعلان المنظمة في مؤتمر العمل الدولي لسنة 1975 بشأن خطة عملها نحو تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة للمرأة العاملة، والاتفاقية رقم 156 لسنة 1981 بشأن المساواة في الفرص والمعاملة بين الرجال والنساء ذوي المسؤوليات العائلية، والاتفاقية رقم 171 لسنة 1990 بشأن العمل الليلي.

1 – AUROUET-HIMEUR Aurélie, L'égalité professionnelle homme-femme, étude de droit français et de droit algérien, p 39.

2 – انظر: المادة 01 من الاتفاقية رقم 111 الخاصة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة والعمل والتوظيف، اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 25 جوان 1958، في دورته 42، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 15 جوان 1960، وصادقت عليها الجزائر بتاريخ 22 ماي 1969 بموجب الأمر رقم 69-31، ج.ر.ج.ج، العدد 49، الصادر في 06 جوان 1969.

3 – انظر: المادة 23 الفقرة 01 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والمادة 06 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

الحقوق نفسها على أساس التساوي مع الرجل لاسيما:

أ) الحق في العمل بوصفه حقا غير قابل للتصرف لكل البشر،

ب) الحق في التمتع بنفس فرص التوظيف، بما في ذلك تطبيق معايير الاختيار نفسها في شؤون التوظيف،

ج) الحق في حرية اختيار المهنة والعمل، والحق في الترقي والأمن، وفي جميع مزايا وشروط الخدمة والحق في تلقي التدريب وإعادة التدريب المهني... الخ[1].

يلاحظ أن المادة 11 الفقرة 01/أ من اتفاقية سيداو أكدت بقوة بلاغية رائعة على أن الحق في العمل من "الحقوق الطبيعية – غير القابلة للتصرف – لكل الجنس البشري"، ثم أضيفت إلى الفقرة السابقة الفقرة (ب) التي تنص على ضمان التمتع بنفس الحق في فرص التوظيف بما فيها تطبيق معايير الاختيار نفسها في شؤون التوظيف. فتثير هذه الفقرة مسألة العراقيل الثقافية التي تحصر عمل المرأة فقط في المهام المنزلية[2]، وفي هذا الصدد أتيحت للجنة سيداو فرصة إدانة وجود هذه الممارسات في نصوص تشريعية وطنية، وأكدت على أن الأحكام التي تحول دون وصول المرأة إلى بعض الوظائف تكرس تمييز فعلي بين الرجل والمرأة وعلى ذلك لا تتلاءم مع اتفاقية سيداو[3]، كما يعتبر تمييزا ضد المرأة أيضا وضع شروط يمكن تلبيتها من قبل الرجال فقط، أو بتخصيص مميزات لا تمتلكها المرأة أو تمتلكها المرأة بدرجة أقل من الرجال، مثل اشتراط طول أو وزن معين دون أن تكون هذه المعايير المطلوبة من مستلزمات طبيعة الوظيفة المعروضة[4].

فيعتبر حق المرأة في المساواة في الالتحاق بالعمل كوسيلة لزيادة في تمكينها، وهي مدرجة

---

1 – لقد حظي التكوين والتدريب المهنيين باهتمام كبير من منظمة العمل الدولية، فقد أصدرت بشأنه توصيات متعددة واتفاقية واحدة نذكر منها: التوصية رقم 57 لسنة 1939 بشأن التدريب المهني، والتوصية رقم 88 سنة 1950 بشأن التدريب المهني للكبار بما في ذلك المعوقين، والاتفاقية رقم 140 سنة 1974 بشأن الإجازة الدراسية المدفوعة الأجر، والمعتمدة من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 08 جوان 1974، ودخلت حيز النفاد في تاريخ 23 سبتمبر 1976.

2 – ROMAN Diane, "Egalité professionnelle et sécurité économique, les droits sociaux dans la convention", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, p 251.

3 – Rapport de l'Arabie Saoudite, 2008, Doc des N.U N° : CEDAW/SAU/CO/2, § 32.

4 – أحمد داود رقية، "مبدأ عدم التمييز في التشغيل ضد المرأة في قانون العمل"، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 16.

أيضًا في بعض أحكام الاتفاقية التي تهدف إلى تعزيز مشاركة المرأة في التنمية الاقتصادية[1].

وأخيرا يجب قراءة أحكام الاتفاقية بالاقتران مع أحكام اتفاقيات الحقوق الاجتماعية الأخرى، التي تتيح استكمال نطاق بعض الأحكام، هكذا تناولت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية مسألة حرية تكوين الجمعيات غير المذكورة في الاتفاقية، إذ وجهت الانتباه إلى أنّه: "تنص المادة 03 بالاقتران مع المادة 08 على منح الرجل والمرأة حق تنظيم والانضمام إلى اتحادات العمال التي تعالج الشواغل الخاصة بهم. وفي هذا الصدد، ينبغي إيلاء اهتمام خاص لخدم المنازل، والنساء في الريف، والنساء العاملات في صناعات تهيمن عليها نساء، والنساء العاملات في المنازل اللاتي غالبا ما يحرمن من هذا الحق"[2].

رغم ذلك فإن ليست كل تفرقة بين الجنسين تعتبر تمييزًا في كل الأحوال، فالمعاملة التفضيلية القائمة على المتطلبات المتأصلة للوظيفة تعتبر ممارسة مشروعة، فحيثما لا يوجد ما يسيء إلى المساواة في الفرص لا يعتبر تمييزاً.

ب- المساواة الفعليّة في الحق في الضمان الاجتماعي:

أولت اتفاقية سيداو اهتماما كبيرا بالحق في المساواة بين الجنسين في الضمان الاجتماعي ونصت المادة 11 الفقرة 01/ه على التزام الدول الأطراف في الاتفاقية بضمان حق المساواة للمرأة مع الرجل في الضمان الاجتماعي، ولاسيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر. ويمكن قراءة حكم هذا النص بالاقتران مع نص المادة 13/أ من الاتفاقية ذاتها التي تعترف بالحق المتساوي في الاستحقاقات العائلية.

وأضافت في هذا السياق الاتفاقية في نص المادة 14 الفقرة 2/ب منها على أن تستفيد المرأة الريفية بصورة مباشرة من حقها في الضمان الاجتماعي ومساواتها بالمرأة الحضرية[3].

لقد جاءت الصياغة التفصيلية لنص المادة 11 الفقرة 01 تحدد نطاق التطبيق خلافًا لنص المادة 09 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[4] الذي يبقى

1 – انظر: المادة 13/ب ونص المادة 14 من اتفاقية سيداو.

2 – لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 16، 2005، الوثيقة رقم: E/C.12/2005/4.

3 – انظر: المادة 14 الفقرة 2/ب من اتفاقية سيداو.

4 – انظر: المادة 09 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.

حكمًا عامًا[1].

مع ذلك، فإن هذا الحق يخص فقط النساء اللواتي لهن وظيفة مدفوعة الأجر، بالتالي يستبعد العمل غير المدفوع الأجر مثل العمل المنزلي أو العمل لحساب الشركات العائلية.

كما اهتمت لجنة سيداو بوضع النساء المسنات، إذ أقرت بعض المبادئ حول المساواة في الحصول على معاشات التقاعد في توصية عامة بشأن وضع المسنات، ولاحظت اللجنة في ذلك أن "تتحمل الدول الأطراف التزاماً بتيسير مشاركة المسنّات في العمل المأجور دون تمييز على أساس سنهن أو جنسهن. وينبغي أن تكفل الدول الأطراف إيلاء عناية خاصة لحل المشاكل التي قد تواجه المسنات في حياتهن العملية، وأن تكفل عدم إكراههن على التقاعد مبكراً أو ما شابه ذلك من حالات"[2].

وعلى أي حال، ينبغي على الدول حسب اللجنة أن تقدم لكافة النساء ممن ليس لديهن معاش تقاعدي آخر أو لا يستطعن بالقدر الكافي تأمين دخلهن، معاشات تقاعدية غير قائمة على الاشتراكات تكون كافية وعلى قدم المساواة مع الرجال، وينبغي أن تتيح العلاوات الممولة من الدولة وتيُسّر حصول المسنات عليها، لاسيما منهن من يعشن في مناطق نائية أو ريفية[3].

تجدر الإشارة أنه إلى جانب اتفاقية سيداو، سبق أن نصت العديد من الاتفاقيات الدولية على حق المساواة بين الجنسين في الضمان الاجتماعي نذكر منها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة 07/ب منه.

كما كان لمنظمة العمل الدولية دورا فعالا وبارزا في تجسيد الحق في الضمان الاجتماعي، وذلك من خلال الاتفاقيات الصادرة عنها، التي وضعت أحكاما عامة تطبق على الجميع رجالا ونساءً من غير أي تمييز نذكر على سبيل المثال الاتفاقية رقم 102 لسنة 1952 بشأن المعايير الدنيا للضمان الاجتماعي.

---

1 – جاءت صياغة نص المادة 11 الفقرة 01 تماثل صياغة نص المادة 02 من الاتفاقية رقم 118 حول المساواة في المعاملة (الضمان الاجتماعي) المعتمدة في إطار منظمة العمل الدولية في 28 جوان 1962، ومع ذلك يضيف نص المادة 02 فائدتين للنساء وهي إعانات الورثة والإعانات العائلية.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 27، " المسنات وحماية حقوقهن الإنسانية"، الوثيقة رقم: CEDAW/C/GC/27، الفقرة 41.

3 – المرجع نفسه، الفقرة 44.

وعليه فإن إعمال الحق في الضمان الاجتماعي يكفل الظروف المادية اللازمة لتحقيق المستوى المعيشي الكافي، فهو يحمي الأشخاص من ظروف الفقر وحالات انعدام الأمان المادي التي تشكل تهديدًا للحياة.

ج- الحماية الخاصة لصحةِ المرأة في العمل

يمثل نص المادة 11 الفقرة 01/و من اتفاقية سيداو حكما محوريا: فهو يهدف إلى ضمان حماية الصحة المهنية على أساس المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة مع الاعتراف في الوقت نفسه بالاختلاف في الوضع بينهما، ويظهر تعقيد النص في بيانه الذي يكرس: "الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب"، ولكن تفسير اللجنة للنص ذهب أبعد من ذلك، ويهدف إلى مكافحة التمييز القائم على أساس النوع الاجتماعي من خلال العمل بشكل خاص على مكافحة التحرش الجنسي في العمل[1].

1 – حماية الأمومة في العمل

تضيف اتفاقية سيداو إلى الحق في الحماية الصحية حماية الوظيفة الإنجابية للمرأة التي أثارت نقاشا طويلا لاسيما فيما يتعلق ببعض الأعمال الشاقة، فاعتبرت بعض الدول أن التكوين الجسدي للشخص لا يتوقف على نوع الجنس، ولكنه معياراً يطبق على الرجال والنساء على السواء.

هذا الموقف يفترض أن الرجال لهم نفس الوظيفة الإنجابية مع النساء، ولا يزال الاختلاف البيولوجي والتكوين الجسدي بين الرجال والنساء محل نقاش، إذ في أحيان كثيرة تستند الدول عليه لتبرير سن نصوصٍ قانونيةٍ تحت لواء المساواة التي تؤدي في نهاية المطاف إلى عدم المساواة الفعلية[2].

إن ما يجب التنويه إليه أن الأمومة كانت تمثل فيما سبق عائقا في النشاط الاقتصادي في نظر البعض، إذ كان استخدام النساء متوقفا على تقديم شهادة تثبت العقم[3]، مما أدى إلى

1 – MOSCHEL Mathias, "« Unité fondamentale » De discrimination ?", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, 2014, p 258.

2 – Idem.

3 – انظر: مكتب العمل الدولي، التقرير الخامس، حماية الأمومة في العمل، "المساواة في العمل: مواجهة التحديات"، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشان المبادئ الأساسية في العمل الذي عرض على المؤتمر العمل الدولي، منشورات منظمة العمل الدولي، جنيف، 2007، ص 12.

حرمان النساء الحوامل والمرضعات من دخول عالم الشغل، إلا أن القانون الدولي غير النظرة السلبية للأمومة[1]، بوصفها وظيفة سامية في المجتمع، مما اقتضى صياغة أوضاع إنسانية وحمائية لها وذلك بالقضاء على التمييز في فرص العمل بسبب الأمومة، مع منح العاملة امتيازات خاصة، والتي تتمثل في عطلة الأمومة، إعانة الأمومة، ضمان الدخول للعمل بعد الوضع، والحق في الإرضاع.

هذا ما أكدت عليه المادة 11 الفقرة 01/و من اتفاقية سيداو بنصها على أنّه:" ***الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل[2]، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب"***.

أكدت أيضًا هذه المادة في فقرتها 02 على أنه: " ***توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة وضمانا 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 للعائلات الاجتماعية".

فباختصار، تتعلق أحكام الأمومة في اتفاقية سيداو بحماية لما ينبغي أن يكون اختيارًا حرًا للمرأة، من خلال حظر التمييز القائم على الأمومة وتكريس حقها في إجازة أمومة مدفوعة الأجر[3].

---

1 – ألزمت المادة 09 من اتفاقية حماية الأمومة رقم 183 المعتمدة من المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، في تاريخ 15 جوان 2000 اتخاذ التدابير اللازمة لمنع تمييز في الاستخدام بسبب الأمومة بما فيها حظر اشتراط على المرأة عند التشغيل إجراء اختبار مبينا للحمل أو تقديم شهادة تفيد إجراءات هذا الاختبار.

توجد أحكام متعلقة بحماية الأمومة في اتفاقيات دولية وتوصيات دولية أخرى، ومن أمثلة ذلك الاتفاقية رقم 140 لسنة 1958 بشأن شروط استخدام عمال المزارع والتي خصصت الجزء السابع منها المواد من 46 إلى 50 لحماية الأمومة، وأيضا الاتفاقية رقم 149 لسنة 1977 بشأن استخدام وظروف عمل العاملين بالتمريض، والتوصية الملحقة بها رقم 157.

2 – لقد سبق أن حظر تشغيل النساء في بعض الأعمال التي تمثل خطورة كبيرة على صحتها، في الاتفاقية رقم 42 لعام 1934 بشأن تعويض الأمراض المهنية.

3 – أكدت اتفاقيات حماية الأمومة الثلاث – اتفاقية رقم 03 بشأن استخدام النساء قبل الوضع وبعده، والاتفاقية رقم 103 لعام 1952 بشأن حماية الأمومة، أخيرا اتفاقية رقم 183 لسنة 2000 الخاصة بمراجعة اتفاقية حماية الأمومة – على حق المرأة في تلقي إعانات نقدية في أثناء إجازة الأمومة. =

لقد شددت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في هذا الموضوع – في تعليقها العام رقم 19 – على وجوب منح إجازة أمومة مدفوعة الأجر لجميع النساء، وكذلك وجوب تقديم الاستحقاقات لفترة كافية[1]. كما أشارت إلى أنّه: "ولئن كان كل شخص يتمتع بالحق في الضمان الاجتماعي، فإن على الدول الأطراف أن تولي اهتماماً خاصاً للأفراد... وبخاصة النساء"[2].

وعلى وجه التحديد، دعا العهد الدولي الأطراف إلى توفير المساواة بين الرجل والمرأة وضمان إجازة أمومة كافية للمرأة وإجازة أبوة كافية للرجل، وإجازة كافية للوالدين لكل من الرجل والمرأة.

2 – حماية المرأة من التحرش الجنسي

أكدت لجنة سيداو في توصيتها العامة بشأن العنف ضد المرأة على أنّه: "يمكن أن تحدث إساءة بالغة إلى المساواة في العمالة عندما تتعرض المرأة لعنف أساسه نوع الجنس، مثل المضايقة الجنسية في مكان العمل"، وتضيف أنّ: "وتشمل المضايقة الجنسية أي سلوك مقيت ومتعمد أساسه الجنس، مثل الملامسات البدنية والعروض المادية...، هذا السلوك مهينا ويتسبب في مشكلة للصحة والسلامة؛ وهو تمييزي عندما تعتقد المرأة لأسباب معقولة أن اعتراضها يسيء إلى وضعها في العمل..."[3].

إن هذا التركيز على حماية صحة المرأة في العمل يدل على أن اهتمام اللجنة يتجاوز حماية النساء بوصفهن من تنجب، ولكن أيضا يأخذ بعين الاعتبار الجنس: الصور النمطية

= ولم تحدد اتفاقية سيداو مدة عطلة الأمومة، في حين حددتها الاتفاقية رقم 103 لعام 1952 في أول الأمر بـ 12 أسبوعا، إلا أن هذه المدة عدلت إلى أن وصلت إلى 14 أسبوعا في نص المادة 01/04 من الاتفاقية رقم 183 لسنة 2000، وتحصل المرأة الحامل على هذه الإجازة بمجرد تقديمها شهادة طبية تثبت من خلالها تاريخ وضع الحمل.

1 – وفي هذا لقد قام البرلمان الأوروبي بوضع تعريف للتمييز في منشور 05 جويلية 2006 على أنه: "هي معاملة أقل تفضيلاً لامرأة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة بالمعنى المقصود في هذا المنشور"، مثل" مقاطعة الحصول على الحقوق خلال فترة إجازة الأمومة"، انظر:

Parlement Européen, Articles 2.2 et 9, Directive 2006/54/CE, du 5 Juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, J.O, L 204 du 26-07-2006.

2 – لجنة حقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 19، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.1)، الفقرة 32، ص 156.

3 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، مرجع سابق، الفقرتين 17 و18.

الثقافية المرتبطة بالجنس، وعدم المساواة في علاقات القوة والظروف المعيشية، وهشاشة وظائف النساء، كل هذه العوامل تساهم في تعرض النساء للتحرش الجنسي[1].

ويقود هذا الاعتبار للجنس اللجنة إلى مطالبة الدول الأطراف في الاتفاقية بالتشريع بشأن التحرش الجنسي في العمل واعتماد تشريعات وقائية كافية.

زيادة إلى ذلك، أحاطت لجنة سيداو العاملات المهاجرات باهتمام خاص، فأكدت في توصيتها العامة رقم 26 بأنه: "وتعاني العاملات المهاجرات من إساءة المعاملة الجنسية والتحرشات الجنسية والعنف البدني بدرجة أكبر...، وتعاني العاملات المنزليات بصفة خاصة من الضعف إزاء الاعتداءات البدنية والجنسية، والحرمان من الغذاء والنوم، والقسوة على أيدي أصحاب الأعمال..."[2].

د – المساواة الفعليّة في الأجر عن العمل ذي القيمة المتساوية

يعتبر الأجر[3] حقا من حقوق العامل، والتزام واقع على صاحب العمل، كما أن الأجر لا يقتصر على الأجر الأساسي فقط، وإنما يشمل جميع التعويضات المقدمة للعامل مقابل العمل المؤدى.

المرأة العاملة مثلها مثل الرجل يجب أن تتلقى أجرا مقابل استخدامها على أن يكون هذا المقابل متساويًا والأجر الذي يتلقاه الرجل من غير أي تفرقةٍ ترجع لجنسها، لاسيما أن المردود المقدم من قبلها سيكون – حتما – نفسه المقدم من الرجل في الوظيفة أو العمل.

منذ البدايات الأولى للتنظيم الدولي للعمل استبق مبدأ المساواة في الأجر بين الرجل والمرأة المبادئ الأخرى كالمتعلقة بالتكافؤ والتساوي في المعاملة، حيث تصدر مبدأ تكافؤ الأجر لدى تكافؤ العمل "دستور منظمة العمل الدولية"، التي أنشئت عام 1919، وهذا الاهتمام المبكر بالمبدأ من قبل منظمة العمل الدولية أمر بديهي، ذلك أن المنطق يقتضي

1 – ROMAN Diane, "Egalité professionnelle et sécurité économique, les droits sociaux dans la convention", op cit, p 260.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التّوصية العامة رقم 26، "العاملات المهاجرات"، 2008، الوثيقة رقم: A/64/38، الفقرة 20.

3 – قد عرفت الاتفاقية رقم 100 الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل التي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 29 جوان 1951 الأجر على أنّه: "في مصطلح هذه الاتفاقية:

(أ) تشمل كلمة "أجر" الأجر أو الراتب العادي، الأساسي أو الأدنى، وجميع التعويضات الأخرى، التي يدفعها صاحب العمل للعامل بصورة مباشرة أو غير مباشرة، نقدا أو عينا، لقاء استخدامه له".

البدء بالمطالبة بالتساوي بالأجر قبل المطالبة بالتمتع بالمساواة في حقوق أخرى مثل فرص التدريب والترقي، فالأجر هو أهم عنصر علاقات العمل على الإطلاق[1].

على الرغم من إبرام اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 100 لسنة 1951 بشأن المساواة في الأجور، والتقدم الذي أُحرز في تعزيز مبدأ عدم التمييز، فما تزال هناك عقبات كثيرة تحول دون التمتع الكامل بهذا الحق في بلدان كثيرة[2]. ومع أن التشريعات الوطنية في معظم البلدان تكرس مبدأ المساواة في الأجر عن الأعمال المساوية في القيمة، فإن التفاوت في الأجر ما يزال قائماً في الواقع العملي. وبشكل أساسي تُضار النساء من التمييز فيما يتعلق بالأجر، إلا أن ذلك قد يحدث أيضاً استنادا على أي معيار من المعايير التي تحظرها اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 111 لسنة 1958 بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة.

لقد كرست اتفاقية سيداو مبدأ المساواة بين الجنسين في الأجر في نص المادة 11 الفقرة 01/د كما ما يلي: "... ***الحق في المساواة في الأجر بما في ذلك الاستحقاقات، والحق في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المتساوية وكذلك المساواة في المعاملة وفي تقييم نوعية العمل***".

ولنكون في صدد وظائف ذات قيمة متساوية، تؤكد الاتفاقية رقم 100 المتعلقة بالمساواة في الأجور في المادة 03 الفقرة 01 منها على ضرورة التقييم الموضوعي للوظائف بغض النظر عن الشخص الذي يشغلها وفق معايير مدروسة بدقة مسبقًا أو ما يسمى

---

1 – محمد أحمد إسماعيل، التنظيم القانوني لعمل المرأة في القانون المصري المقارن (مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 14.

2 – إن الفارق الأكبر في الأجور بين الرجال والنساء يوجد بالولايات المتحدة الأمريكية، إذ تتقاضى المرأة 64.20 دولار في المتوسط مقابل كل مئة دولار يحصل عليها الرجل، وفق تقرير منظمة العمل الدولية الصادر في ديسمبر عام 2014.

كما كشفت المنظمة أنّه في 26 دولة أوروبية شملها التقرير يجب أن تحصل النساء على أجور أعلى من الرجال بنسبة 0.9%، لكن أجورهن الفعلية تقل بنسبة 18.9% عن الرجال.

ولا تتمتع أغلب النساء العربية بالمساواة في الأجر، فوضع المنتدى الاقتصادي العالمي لعام 2014، تقرير حول واقع الفجوة بين الجنسين في الأجور في الدول العربية، فكانت الكويت حسب هذا التقرير في المرتبة الأولى عربيًا في تقليل الفجوة وتلتها الإمارات ثم قطر فتونس ثم البحرين والجزائر وجاءت بعدها سلطنة عمان، ثم مصر والمغرب فالأردن ثم لبنان، وحلت سوريا واليمن في المرتبتين الأخيرتين، نقلاً عن: خالد يوسف، "المرأة والرجل... مساواة في العمل وتمييز في الأجور"، في تاريخ 08 مارس 2015، على موقع دوت:

http://www.dotmsr.com/news/204/221760/، تاريخ الاطلاع: 18 جانفي 2017.

"تصنيف الوظائف"[1]، هذا ما ذهبت إليه لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 13، إذ أكدت على أنّه رغم ما يرد في تقارير الدول الأطراف من إشارة إلى أنّه حتى بعد الاعتراف بمبدأ تساوي أجور العمال في الوظائف المتساوية القيمة في تشريعات كثير من البلدان، لازال يتطلب بذل الكثير لضمان تطبيق ذلك المبدأ عمليا، بغية التغلب على التمييز بين الجنسين في سوق العمل، وينبغي تشجيع الدول التي لم تصادق بعد على الاتفاقية رقم 100 الصادرة عن منظمة العمل الدولية في سبيل تحقيق التنفيذ الكامل لاتفاقية سيداو.

كما أكدت اللجنة أن العمل بلا أجر يشكل نوعًا من استغلال المرأة والذي يتنافى مع الاتفاقية[2]، ولكن إلى حد الآن لم تعمل اللجنة على تطوير تفسيرها لهذا الموضوع، بينما قامت هيئات دولية أخرى بتوضيحه أكثر، نذكر في ذلك ما توصلت إليه المقررة الخاصة حول الفقر المقدح وحقوق الإنسان، التي اعتبرت أن عدم الاعتراف بالأهمية الاجتماعية والاقتصادية للعمل المنزلي يعتبر انتهاكًا عالميًا لحقوق المرأة، ويؤدي التوزيع الجنساني[3] للمهام والمسؤوليات المنزلية إلى إدامة حالة من عدم الإنصاف وعدم المساواة بين الجنسين، إذ تعمل النساء في الدول المتقدمة والدول النامية على السواء ساعات عمل أكثر من الرجال حينما يؤخذ في الحسبان العمل غير المدفوع الأجر.

بيد أنه بسبب التمييز الهيكلي، فإن العمل الذي تقوم به المرأة في المنزل ينظر إليه باعتباره من الأعمال التي لا تتطلب مهارات وأقل قيمة بالنسبة إلى المجتمع، بما يعني أن الرجال لا يحصلون فقط على الأجور الأعلى، ولكن أيضًا على المزيد من الاعتراف بمساهماتهم. ومن شأن هذا الوضع أن يكرس اعتماد نساء كثيرات على الرجال اجتماعيًا

1 – غالبًا ما تشمل هذه المقاييس، الشهادة أو المستوى التعليمي أو التكويني، التجربة أو الخبرة المهنية، حجم المسؤولية ومستواها... الخ، فالتحديد بهذه الطريقة يكون على أساس المنصب الذي يشغله العامل أو العاملة وليس على أساس من يشغل هذا المنصب رجلًا كان أو امرأة ، وبدا بذلك التقليل من الفوارق في معدلات الأجور ومنح العلاوات، انظر: جلطي أعمر، "مجالات منع التمييز ضد المرأة العاملة في مفهوم اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان"، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 05، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 119.

2 – C.E.D.E.F, R.G N° 16, Femmes travaillant sans rémunération dans des entreprises familiales, 10ème session, 1991, Doc N.U, N°: A/46/38.

3 – تشير عبارة الجنسانية إلى ما يشكله المجتمع من هوية وسمات وأدوار للمرأة والرجل، وإلى المعنى الثقافي الذي يفرضه المجتمع على الاختلافات البيولوجية، انظر:
C.E.D.E.F, RG N° 33, L'accès des femmes à la justice, 2015, doc N° CEDAW/C/GC/33, § 07.

وماليًا، وبالتالي يحد من قوتهن واستقلاليتهن[1].

لذلك يجب على الدول أن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة التي تكفل إزالة التأثير غير المتناسب للعمل غير المدفوع الأجر في مجال الرعاية على تمتع النساء بحقوقهن، وتهيئة الظروف اللازمة لضمان الاضطلاع بهذا العمل على أساس من المساواة بين الرجال والنساء.

ثانياً – المساواة الفعليّة في مجال حق الملكية:

يعرف حق الملكية على أنه سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفًا مطلقًا عينًا ومنفعةً واستغلالاً، بالإضافة إلى الحق بالميراث، الذي يعرف بأنّه استحقاق الإنسان لشيء ينتقل إليه من شخص آخر بعد موته[2].

كرست اتفاقية سيداو المساواة المطلقة بين الجنسين في إدارة الممتلكات في الفقرة 02 من المادة 15 فحثت الدول الأطراف على ضرورة منح النساء حق إدارة ممتلكاتهن، وذلك باتخاذ إجراءات إيجابية تتمثل في إلغاء أو تعديل كل نص قانوني من شأنه يقيد الأهلية القانونية للمرأة، وأكدت عليه كذلك المادة 13[3] والمادة 16 الفقرة 01/ح من الاتفاقية نفسها[4].

يبدو أن هذا الحكم بدون جدوى، إن لم يثبت خلال المؤتمرات العالمية المعنية بالمرأة، ولاسيما مؤتمر مكسيكو، مدى صعوبة حصول المرأة على قرض لضمان استقلالها المالي والتجاري. ولقد أعربت الجمعية العامة أيضًا عن قلقها لأن العديد من المؤسسات المالية تمارس التمييز ضد المرأة، لأنها تعتبر أن هناك الكثير من المخاطرة في الإقراض لها، وأنّه في أجزاءٍ كثيرةٍ من العالم، فإنّ العادات والتقاليد الوطنية والمحلية تحظر على المرأة الدخول في المعاملات مالية[5].

---

1 – تقرير المقررة الخاصة المعنية بالفقر المدقع وحقوق الإنسان، "الفقر المدقع وحقوق الإنسان"، 2013، الوثيقة رقم: A/68/293، الفقرة 12.

2 – اللجنة الوطنية الأردنية لشؤون المرأة، "المرأة وحق الملكية والميراث" حقائق وسياسات مقترحة، 2010، ص 08.

3 – انظر: المادة 13 من اتفاقية سيداو.

4 – انظر: المادة 16 الفقرة 01/ح من اتفاقية سيداو.

5 – A.G. Résolution. 3522(XXX),"Amélioration de la condition économique des femmes afin qu'elles participent efficacement et rapidement au développement de leur pays", adoptée le 15 Décembre 1975.

تذكر لجنة سيداو في تفسيرها لأحكام هذه المادة أنه: "عندما يتعذر على المرأة إبرام عقد من العقود أو الحصول على قرض مالي أو لا يمكنها أن تفعل ذلك إلا بموافقة من زوجها أو بموافقة أو ضمان من قريب من الأقرباء الذكور، فإنها تحرم عندئذ من الاستقلال الذاتي القانوني.

إن أي تقييد من هذا القبيل يمنعها من حيازة أموال تكون هي مالكتها الوحيدة ويمنعها من الإدارة القانونية لأعمالها التجارية أو من إبرام أي شكل أخر من أشكال العقود. ومثل هذه القيود تحد بشكل خطير في قدرة المرأة على القيام بشؤونها بنفسها وشؤون مُعيلها"[1].

بالتالي، حقوق المرأة في الملكية مهمة جدًا لأنها تعتبر من الأمور الأساسية التي ترتبط بأمنها الاقتصادي، بالحالة الاجتماعية والقانونية وأحيانا ببقائها على قيد الحياة.

كما أن ملكية الأراضي تمكن المرأة من توفير الدخل والحصول على الإحساس بالأمان. فبدون حقوق الملكية لن تشارك النساء في صنع القرارات المنزلية ولن تلجأ إلى الأصول خلال الأزمات (سواء كان طلاق أو وفاة الزوج أو أي وضع آخر صعب). إضافة إلى ذلك فإنّ تمتع المرأة بحقوق الملكية يخفف من حدة العنف المنزلي والتمييز وغيرها من انتهاكات حقوق الإنسان، وله تأثير إيجابي على المشاركة السياسية وتمكين المرأة.

المطلب الثاني

تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في مجال الحقوق السياسية والحقوق المدنية

توصف الحقوق المدنية والسياسية بأنها حقوق سلبية، بمعنى أنه لا يتعين على الدولة ضمانًا للامتثال الفعلي سوى الامتناع عن التدخل في ممارسة الأفراد لها، فهي حريات لا يطلب من الدولة إلا أن ترفع يدها عنها، وسن تشريعات تكبح تدخل السلطة التنفيذية في ممارسة الأشخاص لحرياتهم وحقوقهم السياسية.

وقد نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على المساواة ما بين الرجل والمرأة في الحقوق التي تضمنها، وضرورة التمتع بها لكلا الجنسين دون أي تمييز، ولكن ذلك لم يمنع من إعادة التأكيد والتفصيل لهذه الحقوق في اتفاقية سيداو. خاصة وأنه تبين بعد

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، "المساواة في الزواج وفي العلاقات الأسرية"، 1994، الوثيقة رقم: A/49/38، الفقرة 07.

فترة من تطبيق أحكام العهد عدم تحسن وضعية النساء فيما يتعلق بالحقوق السياسية والمدنية، خاصة وأن النص على حقوق المرأة السياسية والمدنية في إطار اتفاقية عامة، لم يراعي خصوصية المرأة، وترتب على ذلك عدم إيلاء الاهتمام الكافي من الدول الأطراف في العهد للنساء. من هذا المنطلق، أعادت اتفاقية سيداو التأكيد على ما ورد في العهد من حقوق سياسية ومدنية باعتبارها حقوق إنسان للمرأة. لذا سيتم إلقاء الضوء على أهم الحقوق السياسية (الفرع الأول) والحقوق المدنية (الفرع الثاني)، التي تدعو اتفاقية سيداو من خلالها لتحقيق المساواة الفعلية فيما بين الجنسين.

الفرع الأول

المساواة الفعليّة في الحقوق السياسية

يقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التي يكتسبها الفرد باعتباره منتسبًا إلى دولةٍ معينةٍ ويحمل جنسيتها ويعتبر من مواطنيها، وبواسطتها يسهم في إدارة شؤون هذه الدولة[1]. لقد حثت بعض اتفاقيات حقوق الإنسان على ضرورة منح النساء الحق في التصويت وفي المشاركة في تسيير الشؤون العامة للبلاد، ومن أهم هذه الاتفاقيات اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة، كما عالجت اتفاقية سيداو هذه الحقوق مجددًا، حيث تؤكد في ديباجتها، على أهمية مشاركة المرأة في عملية صنع القرار، وعددت هذه الحقوق في المادتين 07 و08[2] من الاتفاقية اللتان تؤكدان على المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة في المشاركة في الحياة السياسية (أولاً)، ونص المادة 09 من الاتفاقية المتعلق بحقوق الجنسية الذي يمثل أيضًا جزءاً من الحقوق السياسية، إذ لها أهمية بالغة في حياة المرأة كإنسان أولاً وامرأة ثانياً ومواطنة ثالثاً (ثانيا).

أولاً – المساواة الفعليّة في حق المشاركة في الحياة السياسية والعامة:

إن القضاء على التمييز ضد المرأة في المشاركة في الحياة السياسية له مفهوم، كما أن هذه المشاركة قد تكون على المستوى الوطني، كما قد تكون على المستوى الدولي.

أ – مفهوم المشاركة في الحياة السياسية والعامة

أكدت اتفاقية سيداو في المادة 07/ب على الحق في المشاركة على قدم المساواة بين

1 – عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 37.

2 – انظر: المادتين 07 و08 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

الرجل والمرأة في الحياة السياسية والعامة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي.

وعليه قامت لجنة سيداو بتعريف عبارة "الحياة السياسية والعامة" في التوصية العامة رقم 23 كما يلي: "... الحياة السياسية والعامة لبلد ما... يشير إلى ممارسة السلطة السياسية، وخاصة ممارسة السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية والإدارية. ويشمل المصطلح جميع جوانب الإدارة العامة وصياغة السياسات وتنفيذها على الأصعدة الدولي والوطني والإقليمي والمحلي..."[1].

فالمعنى الأكثر شيوعًا لمفهوم المشاركة السياسية هو: "قدرة المواطنين على التعبير العلني والتأثير في اتخاذ القرارات سواء بشكل مباشر أو عن طريق ممثلين يفعلون ذلك"[2].

وتمر المشاركة السياسية بمراحل مختلفة، تبدأ بالاهتمام بالشأن العام أو السياسي بعدها تتطور إلى الانخراط السياسي ثم تتحول إلى القيام بنشاط سياسي[3]، والذي يتم بأحد الوجهين:

يتمثل الأول في الترشيح في الانتخابات، والذي يقصد به الحق في الترشح لعضوية المجالس سواء البرلمان أو المجالس المحلية من خلال التقدم بطلب الترشح للجهة المختصة

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 23، "الحياة السياسية والعامة"، 1997، الوثيقة رقم: A/52/38، الفقرة 05.

2 – إيمان بيبرس، المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي، جمعية نهوض وتنمية المرأة، مشهرة برقم 3528، القاهرة، 2010، على موقع التالي: http://adew.org/ar/documentations/ResearchesPDF/6.pdf ، تاريخ الاطلاع: 21 ديسمبر 2014.

3 – لقد قرر حق النساء في التصويت في الدول التي تدعي الديمقراطية والعدالة جد متأخرًا مقارنةً مع الدول العربية الإسلامية التي كرست أغلبيتها هذا الحق بمجرد حصولها على الاستقلال، فيما عدا دولة الكويت والسعودية اللتان تحرمان نسائهما من ممارسة هذا الحق الأساسي، إذ منح للنساء الحق في التصويت في كل من الدانمرك 1915، بريطانيا والاتحاد السوفياتي 1918، وألمانيا في 1919. ولم تحصل المرأة نتيجة لذلك على هذا الحق في الولايات المتحدة الأمريكية إلا بعد 72 عاما، أي في 26 أفريل 1920 إثر التعديل التاسع عشرة للدستور الأمريكي.

أما باقي الدول الغربية، فكانت مترددة ومتمسكة بالفكرة التي تجعل السياسة من اختصاص الرجال فقط، ففي فرنسا مثلاً، لم يمتد الحق في التصويت إلى النساء إلا بمقتضى المرسوم الذي أصدره الجنرال ديغول في عام 1944، وكان يجب الانتظار في بلجيكا أربع سنوات أخرى أي في 1948 لكي تتمتع النساء بهذا الحق، أما سويسرا دولة الديمقراطية، فإنها لم تكرسه إلا بمقتضى استفتاء 07 فيفيري 1971، وأخيرًا دولة ليشتنشتاين التي انتظرت إلى غاية عام 1984 لكي تمنح النساء هذا الحق، انظر:

BEN ACHOUR. Rafaa, "Femme et constitution, dans la non discrimination à l'égard de la femme, entre la convention de Copenhague et le discours identitaire", Colloque de Tunis, 13 – 16 Janvier 1988, I.O.R.T, Tunisie, 1989, p 158.

وعرض برنامج انتخابي أمام المواطنين مع ضرورة تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في مجال الترشح[1]، كما يتطلب الحق في الاقتراع أن تضمن الدولة للنساء أن ينتخبن في سرية وألا يجبرن على الانتخاب كما ينتخبْ أزواجهن، وبالتالي يمنعن من التعبير عن آرائهن[2].

ويتمثل الثاني في أن يكون لها صوت في تحديد من يمثلها، حتى يدافع عن حقوقها ويعبر عن مشكلاتها واهتماماتها.

ب- المساواة الفعليّة في حق المشاركة على المستوى الوطني

أخذت اتفاقية سيداو مضمون المادة 07 من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952 التي تكفل الحق في التصويت والحق في شغل المناصب العامة وتأدية الوظائف العامة، ومع ذلك فإن نص المادة 07 وسّع من دائرة الحقوق السياسية للمرأة، إذ نص على حق التصويت في جميع الانتخابات وجميع الاستفتاءات العامة، واعترف لها أيضا في الفقرة (ج) من المادة 07 بالحق في المشاركة في المنظمات والجمعيات غير الحكومية التي تتكفل بالحياة العامة وسياسة الدولة، وقد كانت هذه الإضافة نتيجة المناقشات التي دارت في المؤتمر الدولي حول المرأة في مكسيكو عام 1975.

وكان مندوبو الحكومات على علم أن مشاركة المرأة في الشؤون العامة في بلدانهم محدودة، ومع ذلك لاحظوا انقلاب الأوضاع في السنوات الأخيرة، وهذا التغير كان نتيجة الضغوطات التي تمارسها النساء في بعض الدول في إطار المنظمات والجمعيات النسائية، وهذا ما أراد نص هذه المادة تحقيقه[3].

كما جاء في نص المادة 07 يجب على النساء المشاركة في وضع السياسات الوطنية، وشغل الوظائف العامة على جميع المستويات، بما في ذلك رئاسة الدولة أو الوزارة[4]، وفي

---

1 – خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي–دراسة مقارنة– مرجع سابق، ص 126.

2 – أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص 84.

3 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 181.

4 – يرى جانب من الفقه بأن قضية تولي المرأة المناصب العامة تتحدد نتيجة تفاعل ثلاثة عوامل، الأول قانوني: والذي يتمثل بالنصوص القانونية التي تسوي أو تفرق بين الرجل والمرأة في تولي المناصب العامة، والثاني قضائي يتمثل بموقف القضاء من السلطة التقديرية للإدارة بشأن التفرقة ما بين الرجل والمرأة في تولي المناصب العامة ومدى إقراره=

ذلك ترى لجنة سيداو أنّه: "عندما لا تمثل المرأة على نطاق واسع في المستويات العليا في الحكومة، أو لا تستشار بصورة كافية أو لا تستشار إطلاقاً، يجعل سياسة الحكومة غير شاملة ولا فعالة"[1].

لتسهيل تنفيذ أحكام هذه المادة، ينبغي على الدول الأطراف تقديم المعلومات وأفضل تدريب للنساء، ولوصول المرأة إلى المناصب المنتخبة اقترحت اللجنة تغيير في أنظمة التصويت أو الأخذ بسياسة الحصص، ولتحقيق هذا الغرض يمكن للدول أن تتخذ التدابير الخاصة والمؤقتة الواردة في نص المادة 04 الفقرة 01 من اتفاقية سيداو.

والجدير بالذكر، أن اتفاقية سيداو في مادتها 07 أشارت فقط إلى الحق في التصويت والحق في التمثيل، الشيء الذي قد يُفسر أن الاتفاقية لا تحمي الحقوق السياسية الأخرى، لذلك أكدت اللجنة على أن يشمل الالتزام المحدد في المادة 07 جميع مجالات الحياة العامة والسياسية، ولا يقتصر على المجالات المحددة في الفقرات الفرعية (أ) ، (ب)، (ج)، ولكي تكون هذه المساواة فعالة تتوخى الاتفاقية وجوب أن يتم تحقيقها في إطار نظام سياسي يتمتع فيه كل مواطن بالحق في التصويت، وفي أن ينتخب في انتخابات دورية نزيهة تجرى على أساس التصويت العام وبالاقتراع السري، بطريقة تضمن التعبير الحر عن إرادة جمهور الناخبين[2].

لقد اعتبرت لجنة سيداو أنّ: "... في البلدان التي تشارك فيها المرأة بصورة كاملة وعلى قدم المساواة في الحياة العامة وفي عملية صنع القرار، يتحسن مدى إعمال حقوقها ومدى الامتثال للاتفاقية"[3]، فالمشاركة السياسية للمرأة تسهم في تمكينهن بشكل فعال في الشأن العام، وتعكس تغييرا في الأدوار التقليدية، التي كانت المجتمعات تفرضها على النساء، وتحديدا

=أو تقييده لهذه السلطة ووضع الضوابط لها، والعامل الثالث اجتماعي سياسي يتمثل بمدى تهيؤ المجتمع وتقبله اجتماعيا وسياسيا لعمل المرأة بصفة عامة، ولعدم أفضلية الرجل على المرأة بصفة خاصة. ويلاحظ أن العامل الأخير قد يجعل من النصوص القانونية والأحكام القضائية مجرد هياكل لا روح فيها، عندما يسبق التطور القانوني في المجتمع التطور الاجتماعي والسياسي عندها تغدو النصوص القانونية، بلا شرعية اجتماعية، وعندها تفقد قيمتها الفعلية، انظر: محمد بدران، قانون الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 84.

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 23، مرجع سابق، الفقرة 27.

2 – GOSBON Sophie, "La transfiguration de l’espace public", in, La convention pour l’élimination des discriminations à l’égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A. Pedone, 2014, p 298.

3 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 23، الحياة السياسية والعامة، مرجع سابق، الفقرة 14.

اقتصار دورهن في الشأن الخاص من عمل منزلي ودور إنجابي، ومصادرة حقهن في المشاركة في الحياة السياسية وصنع القرار.

يلاحظ أن مشاركة النساء في الحياة السياسية بشكل عام تأخرت كثيرًا رغم أن المواثيق الدولية أعطتها هذا الحق منذ منتصف القرن السابق، كما أن هذه المشاركة لا زالت محدودة النطاق، بحيث يستطيع المتابع العادي للأخبار ووكالات الأنباء العالمية أن يحصي بكل سهولة عدد هؤلاء النساء اللاتي تقلدن مناصب عامة سياسية وقيادية على مستوى كل دول العالم[1].

ب – المساواة الفعليّة في حق التمثيل على الصعيد الدولي

تنصّ المادة 08 من اتفاقية سيداو على أنه: " ***تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، ودون أي تمييز، فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية***".

حتى ذلك الحين، لم يكن أي صك دولي يمنح هذا الحق للمرأة، وإن كان نص المادة 08 من ميثاق الأمم المتحدة قد سمح لهن شغل مناصب المسئولين الدوليين على قدم المساواة مع الرجال[2].

إلا أن محاولة تطبيق هذا الحكم على الوفود الوطنية فشلت وقد اعتبر المجلس الاقتصادي والاجتماعي أن الأمر لا يتعلق بهن في أي حال.

لقد تمت مناقشة هذا الحق فعلا في المؤتمر العالمي للمرأة في المكسيك لعام 1975، وحسب ما جاء في الفقرة 56 منه وجوب أن تكون للمرأة نفس الفرص المتاحة للرجال لتمثيل بلادهم في المحافل الدولية، وعلى وجه الخصوص في إطار الأمم المتحدة[3].

وتلاحظ لجنة سيداو أنه على المستوى الدولي: "المرأة ممثلة تمثيلا ناقصًا بشكل صارخ في السلكين الدبلوماسي والخارجي لمعظم الحكومات، ولاسيما في أعلى الرتب"[4]. وقد جرت

---

1 – منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 80.

2 – انظر: المادة 08 من ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق.

3 – انظر: تقرير المؤتمر العالمي للسنة الدولية للمرأة، مكسيكو، من 19 جوان إلى 02 جويلية، 1975، مرجع سابق، الفقرة 56.

4 – أصدرت هيئة الأمم المتحدة ومنظمة اليونسكو في هذا الصدد خريطة المشاركة السياسية للنساء في العالم، لعام 2012، وركزت الخريطة على مشاركة النساء في رئاسة الدول والحكومات، وفي تولي المناصب الوزارية. =

العادة على تعيين المرأة في سفارات أقل أهمية بالنسبة للعلاقات الخارجية للبلد، وفي بعض الحالات تتعرض المرأة للتمييز عند تعيينها بسبب القيود المتصلة بوضعها العائلي. وفي حالات أخرى لا تتاح الاستحقاقات الزوجية والعائلية الممنوحة للدبلوماسيين الذكور للمرأة التي تشغل مناصب مماثلة[1]. بل ولعله في معظم وكالات ومؤسسات منظومة الأمم المتحدة، ويتم في كثير من الأحيان حرمان المرأة من فرص الاشتغال بالعمل الدولي بسبب افتراضات متعلقة بمسؤولياتها المنزلية[2].

لقد قامت لجنة مركز المرأة باتخاذ تدابير لتحسين وضع المرأة في الأمانة العامة للأمم المتحدة وفقًا للمادة 08 من ميثاق الأمم المتحدة، وبناءً على توصية اللجنة عبرت الجمعية العامة في القرار 2715 (د–25) المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 عن الأمل في أن تكون الأمم المتحدة، بما في ذلك هيئاتها الخاصة وجميع الوكالات الحكومية الدولية التابعة للمنظمات الداخلة في منظومة الأمم المتحدة، قدوة تحتذى من حيث الفرص التي تتيحها لتوظيف النساء من المستويات العليا والمستويات الفنية الأخرى[3].

وعليه أحرزت الأمم المتحدة زيادة في نسبة النساء من مستوى كبار الموظفين وصنع السياسات، وبناءً على توصيات مناهج عمل مؤتمر بكين فقد استحدث وظيفة المستشارة الخاصة بقضايا الجنسين والنهوض بالمرأة في الشؤون الاقتصادية والاجتماعية في مكتب الأمين العام.

ثانياً – المساواة الفعليّة في الحق في الجنسية:

إن الجنسية بشكل عام تعني تلك الرابطة القانونية والسياسية القائمة بين الفرد والدولة بحيث يصبح بموجبها أحد سكانها[4].

= ففي مجال رئاسة الدول والحكومات يلاحظ غياب النساء في جميع الدول العربية عن هذه المناصب، أما على المستوى العالمي فهنالك ثماني رئيسات دول من أصل 152 دولة أي ما نسبته 5,3 من المائة، وشكلت النساء نسبة 7,3% من مجمل رئاسة الحكومات حيث وصل عددهن إلى 14 رئيسة حكومة من أصل 193 دولة، انظر: هيئة الأمم المتحدة ومنظمة اليونسكو، على الموقع الآتي: www.un.org/arabic/news/topstory.asp، تاريخ الاطلاع: 11 جويلية 2014.

1 – لجنة القضاء علي التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 23، مرجع سابق، الفقرة 36.

2 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 182.

3 – أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، مركز حقوق الإنسان، المجلد 01، جنيف، 1990.

4 – أحمد زوكاغي، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، سلسلة توصيل المعرفة، دار توبقال، المغرب، =

يستنتج من هذا التعريف أن الفرد وبمجرد اكتسابه لجنسية دولة معينة يصبح تابعًا لها، ويتمتع بكافة الحقوق الوطنية، وتقع على عاتقه كافة المسؤوليات الوطنية، لأن الجنسية كرابطة قانونية وسياسية تنشئها الدولة وتضع قواعدها، وعلى أساسها يكتسب الفرد الصفة الوطنية فيها. وبمعنى آخر فإن الدولة بمنحها للفرد الجنسية فإنها تنسبه لها وتعتبره واحدا من رعاياها وعضوا في الشعب المكون لها والمتمتع بالحقوق والالتزامات المتبادلة بينه وبينها وهذا يدعم وجهة نظر الأنجلوأمريكية القائلة بأن الجنسية رابطة تقوم على علاقة نفعية بين الدولة والأفراد الذين يعيشون على إقليمها وفي ظل حمايتها.

لقد نصت المادة 09 من اتفاقية سيداو[1] على وجوب أن تلتزم الدول الأطراف بأن تعطي المرأة نفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل، فيما يتعلق باكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها، وأن تضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج بأجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

كما احتل حق المساواة بين الأم والأب، فيما يتعلق بجنسية أطفالهما مكانًا بارزًا، حيث ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف بأن تعطي المرأة حقًا مساويًا للرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها، إذ لم تكن هذه المسألة مثارةً من قبل، إلا بعد أن وجدت أنواع من الزيجات، تضيف عبئ على المرأة، خاصةً إن تزوجت بأجنبي أو عديم الجنسية، وأنجبت أطفالاً ثم حصل فراق، ففي مثل هذه الحالات تتحمل المرأة مسؤولية أطفالها، إضافة لحرمانهم من حقوق المواطنة في بلد أمهم، كالحق في التعليم والحق في العلاج، فضلا عن السلامة من خطر الإبعاد عن إقليم دولة أمه[2].

كما يعد الزواج في كثير من دول العالم من أسباب اكتساب الجنسية اللاحقة، وترتب الدول على الزواج المختلط آثار في جنسية الزوجة، فتكتسب المرأة الأجنبية المتزوجة من

=1992، ص ص 33 – 34.

1 – انظر: المادة 09 من اتفاقية سيداو.

إن حق المساواة في الحصول على الجنسية هو حق متاح لجميع الناس، فقد سبق وأن أكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 15 منه، كما جاءت الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة في المادة 15 منها على أحقية المرأة في أن تكون لها جنسية مثلها مثل الرجل.

2 – نجيب أحمد، الجنسية ودور الأم في جنسية أولادها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 104.

وطني جنسية زوجها بما يعرف بمبدأ وحدة الجنسية في الأسرة[1].

فنجد الدول قد تعاملت مع مبدأ وحدة الجنسية بأشكالٍ مختلفةٍ، بعضها رتب على زواج الأجنبية من وطني دخولها حكمًا في جنسيته، بغض النظر عن إرادتها في ذلك، وبعضها الآخر علق دخولها في جنسية زوجها على مرور فترة زمنية معينة على استمرار الزوجية.

غير أن التوجهات التشريعية القائمة على مفهوم وحدة الجنسية في العائلة تعرضت لانتقادات، كونها تتجاهل الاعتراف للمرأة في معرض تنظيم الجنسية بشخصية مستقلة عن زوجها وبشخصية كاملة وغير مقيدة وتخلف أوضاع المرأة ومتطلبات تطوير دورها الاجتماعي والاقتصادي والتربوي، كما تخالف مبادئ القانون الدولي[2]، هذا ما أدى إلى التصدي للأوضاع التشريعية وإدانتها والعمل على تجاوزها، الأمر الذي حصل بداية على صعيد المجتمعات الوطنية التي شهدت تطورًا تشريعيًا مهما تجلى بالانتقال من مبدأ وحدة الجنسية في العائلة إلى مبدأ استقلاليتها في تنظيم الجنسية عند قيام الزواج المختلط[3].

وأكدت لجنة سيداو في تفسيرها للمادة 09 مع المادة 16 من الاتفاقية، على وحدة هذين الحكمين في مكافحتهما النظرة الأبوية والجنسية للعلاقات الأسرية، إذ يعتبر الرجل رب الأسرة الذي يحتفظ باسمه وجنسيته وتنقلا تلقائيا إلى الزوجة والأولاد[4].

كما تؤكد اللجنة على أهمية الجنسية للمشاركة الكاملة في المجتمع، وعندما لا تتمتع المرأة بمركز الرعية أو المواطنة، فإنها تحرم من حق التصويت أو التقدم لشغل وظيفة عامة، وقد تحرم من المنافع العامة ومن اختيار محل إقامتها. وينبغي أن تكون المرأة الراشدة قادرة على تغيير جنسيتها، وينبغي عدم التعسف في إلغائها بسبب الزواج أو فسخ الزواج أو تغيير

---

1 – يقوم هذا المبدأ على اعتبارات مستمدة من مفهوم الأسرة الأبوية التي يؤدي فيها الزوج دورًا أساسيًا ومهمًا يجعل منه فعلاً رب الأسرة وممثلها الوحيد، بحيث تضل المرأة تابعةً له حتى في جنسيته، انظر: فؤاد ديب، المرأة والجنسية والمساواة"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 01، المجلد 24، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص 391.

2 – المرجع نفسه، ص 392.

3 – للإشارة فإن التمييز بين الرجل والمرأة يوجد حتى في الاتفاقية الدولية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة، حيث تنص المادة 03 منها على اكتساب المرأة الأجنبية المتزوجة من وطني جنسية زوجها ولا تنص على نفس الوضع حينما يتعلق الأمر بالرجل الأجنبي الذي يريد اكتساب جنسية زوجته.

4 – MOSCHEL Mathias, "La famille: Unité fondamentale de discrimination", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed. A.Pedone, Paris, 2014, p 227.

الزوج أو الأب لجنسيته[1].

وعليه نستنتج بسهولة أن اعتماد جنسية الزوجة على جنسية زوجها يشكل تمييزًا في التمتع بحقوقها السياسية والمدنية، وكذا حقوقها الاقتصادية والاجتماعية.

للإشارة فإنه تم أيضًا تضمين المساواة في الجنسية بين الرجل والمرأة في نصي المادتين 01 و02 من اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة لعام 1957[2]، وبمقارنة مضمون هذين النصين مع نص المادة 09 من اتفاقية سيداو يتضح أن هذا الأخير جاء أكثر عمومية.

الفرع الثاني

المساواة الفعليّة في الحقوق المدنية

يشير اصطلاح الحقوق المدنية إلى مجموعة الحقوق التي يقررها القانون حمايةً للفرد وتمكينًا له من القيام بأعمال معينة يستفيد منها، وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، فالحقوق العامة هي التي تثبت للشخص بصفته إنسانًا كحق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وأعضائه، وحق الشخص في حماية كيانه الأدبي أو المعنوي، وحرية التنقل وحرمة المسكن وغيرها، وهي حقوق غير قابلة للتنازل أو التصرف فيها لتلازمها مع شخصية الإنسان.

أما الحقوق المدنية الخاصة فيقصد بها الحقوق العائلية، مثل حق النفقة وحق الزوج على زوجته بالطاعة وغيرها[3].

لقد تناولت المادة 15 من اتفاقية سيداو المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في الحقوق المدنية في المجال العام (أولاً)، كما طالبت الاتفاقية الدول باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجال الخاص (ثانيا).

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 06.

2 – عرضت للتوقيع والتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1040(د–11)، المؤرخ في 29 جانفي 1957، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 11 أوت 1958.

ومن الاتفاقيات الإقليمية التي اهتمت بتنظيم جنسية المرأة المتزوجة نجد اتفاقية مجلس أوروبا لتاريخ 06 نوفمبر 1997، التي حرصت على تنظيم مسألة جنسية المرأة المتزوجة تحقيقًا لمبدأ المساواة بين الجنسين، انظر: مواد هذه الاتفاقية ومضمون تحفظات الدول المصادقة عليها على الموقع التالي:
http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/div/2017/09/19/a893/jo

3 – الفرق بين الحقوق السياسية والحقوق المدنية، جريدة الرياض، العدد 13500، المؤرخ في 10 جوان 2005، على الموقع التالي: http://www.alriyadh.com/71240.

أولاً – المساواة الفعليّة في الحقوق المدنية في المجال العام:

إن الحقوق المدنية التي أشارت إليها اتفاقية سيداو في نص المادة 15 منها بشكلٍ صريحٍ في مجملها تمثل جزءًا مهمًا، ولكن ليس شاملاً لكل الحقوق المدنية التي نادت بها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن، ولاسيما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966. ستتم دراسة أهم الحقوق المدنية التي عالجتها اتفاقية سيداو والتي منها: حق التمتع بالمساواة المطلقة في كل من: حق الأهلية القانونية، والحق في اختيار السكن والتنقل، والحق في محاكمة عادلة.

أ- المساواة في التمتع بالأهلية القانونية

المقصود بها قدرة الشخص على ممارسة الشؤون المدنية من إبرامٍ للعقود، وفسخها، وتحمل الواجبات[1].

أكدت اتفاقية سيداو على المساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون في المادة 15 الفقرة 01، وألزمت الدول الأطراف في الفقرة 02 بمنح المرأة في الشؤون المدنية أهلية مماثلة لأهلية الرجل تمامًا وأن تساوي بينهما في فرص ممارستها، بحيث تكفل للمرأة بوجه خاص حقوقًا مماثلةً لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعامله على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

يلاحظ أن نص هذه المادة لم يحدد أي نوع من العقود المراد بها، ولكن يمكن القول أنها تخص كل أنواع العقود بما فيها المدنية والتجارية.

كما ألقت الاتفاقية على عاتق الدول الأطراف التزامًا مفاده اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلةً ولاغيةً[2]. فعندما تكون المرأة غير قادرة على إبرام عقد على الإطلاق أو لا تستطيع الحصول على ائتمان مالي، أو لا تستطيع ذلك إلا بموافقة أو ضمان من زوجها أو من ذكر من أقربائها، تكون محرومة من الاستقلال القانوني، وأي قيد من هذا النوع يمنعها من الانفراد بحيازة الملكية ويمنعها من الإدارة القانونية لأعمالها التجارية الخاصة، ومن إبرام أي

1 – نسيمة جلاخ، الحماية الدولية لحقوق المرأة في المواثيق الدولية (الإعلانات والاتفاقات الدولية)، مرجع سابق، ص 35.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 10.

شكل آخر من أشكال العقود، وهذه القيود تحد بشكل خطير من قدرة المرأة على إعالة نفسها ومن هم في كنفها[1].

بهذا ألغت الاتفاقية التمييز ضد المرأة عموما والمرأة المتزوجة بوجهٍ خاصٍ فيما يتعلق بالأهلية القانونية، إذ أنه بالإضافة إلى التمييز الشائع ضد النساء عمومًا فإنّ المرأة المتزوجة تعاني من أوجه تمييز أخرى، فغالبًا ما يترتب عن الزواج آثار خطيرة تتعلق بملكية الزوجة، فالمرأة من الناحية المالية مجبرة على الاعتماد على زوجها بسبب أنها عرفيًا مخصصةً لدور مدبرة المنزل، ومن ثم فإن العناية بالمنزل والزوج والأطفال هي المهمة التي عليها القيام بها أثناء الزواج بدون مقابل مالي، وتفرض على نطاق واسع قيودًا عديدةً على حق النساء المتزوجات في اكتساب الملكية وإدارتها وحيازتها والتمتع بها والتصرف فيها بما في ذلك الملكية المكتسبة أثناء وقبل الزواج وبناء عليه فإن المرأة المتزوجة قد لا تكون قادرة بدون إذن زوجها أو رضاه، على إبرام العقود الملزمة لكل منهما.

عالجت أيضًا معظم المواثيق الدولية الأخرى حق المرأة في التمتع بأهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وربطت الاعتراف بها بالكرامة الإنسانية[2]. علما بأن الشريعة الإسلامية انفردت عن القوانين كلها بإعطاء المرأة كامل حقوق الأهلية التي يتمتع بها الرجال، فالمرأة في الإسلام تباشر البيع والشراء وتبرم العقود وتفسخها وترفع الدعاوى وتوكل وتتوكل، ولا يشترط لصحة شيء من ذلك إلا تلك الشروط العامة التي تراعى فيها من أجل سلامة التصرفات[3].

ب- المساواة في حرية التنقل وحرية المسكن

تعني حرية التنقل أن يكون المواطن حرًا في السفر والتنقّل داخل بلده وخارجه دون عوائق تمنعه. ويمكن للدول فرض قيود على حرية التنقل واختيار مقر الإقامة ولكنها قيود منظمة بالقانون، مثل حماية الأمن الوطني والنظام العام، ضرورات الصحة العامة... الخ.

لقد أثار حق المرأة في حرية التنقل جدلاً حاداً ومناقشاتٍ كثيرةٍ عند إعداد اتفاقية سيداو

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المرجع السابق، فقرة 11.

2 – انظر على سبيل المثال نص المادة 06 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 16 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

3 – محمد يحي النجيمي، حقوق المرأة في الإسلام واتفاقية (سيداو) قراءة نقدية هادفة، محاضرة مقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منتدى الفكر الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، 28 فيفري 2007.

وفي الأخير تم اعتماده في نص المادة 15 الفقرة 04، على أساس أنّ الاتفاقية أجازت التحفظ.

اعترفت هذه الاتفاقية بأن للمرأة الحق نفسه للرجل في التنقل وحرية اختيار محل السكن والإقامة[1]، إذ جاء في تفسير الأمم المتحدة للاتفاقية بأنّ القانون الذي يجعل مسكن المرأة الدائم متوقفًا على مسكن زوجها يعتبر قانونًا تمييزًا بموجب هذا النص، كما هو الحال القانون الذي يقيد حق المرأة بما في ذلك المتزوجة في اختيار المكان الذي تعيش فيه[2].

إن في الواقع هذا الحق الممنوح للمرأة بهذه الصورة يقف منه الإسلام موقف معارض لاسيما بالنسبة للمرأة المتزوجة.

وعليه قيدت الدول الإسلامية حرية تنقل المرأة المتزوجة لصالح الأسرة التي تنتمي إليها هذه المرأة، حيث أنه من غير المعقول أن تكون الزوجة في مكان ما وأولادها وزوجها في مكان آخر، ويبرر هذا الاتجاه من الدول سلوكه في هذا المجال أن عقد الزواج الذي يربط بين الرجل والمرأة يبيح للرجل حق احتباس زوجته (أي عدم حريتها في التنقل) في مقابل حقها في أن يقوم زوجها بالإنفاق عليها وتوفير متطلبات حياتها على سبيل الإلزام[3].

كما أن هناك دول تعطي المرأة المتزوجة حرية التنقل والسفر مثلها مثل الرجل (الزوج) تمامًا، لأن القول بغير ذلك يتنافى مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يساوي بين الرجل والمرأة في حق تنقل الأشخاص، وأن عقد الزواج بين الرجل والمرأة – كما يقولون – يجب أن يكون أصلاً أساسه التفاهم والثقة المتبادلة بينهما[4]، وأنّ عدم وجود محل إقامة مستقل للزوجة ينتج عنه صعوبات كبيرة في الدول التي يحدد فيها الإقامة اختصاص المحاكم في قضايا الشرعية والزوجية.

---

1 – يعتبر المسكن كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنّه: "المكان الذي يحق للشخص قانونًا أن يشغله"، وهو بموجب القانون الأمريكي: "المكان الذي يأوي إليه الشخص عادة ويختاره لمعيشته"، وينطبق التعريف الأول على كل مكان معد للسكن سواء أقام فيه صاحبه فعلاً وبصورةٍ مستمرةٍ أو كان يتغيب عنه في بعض الأحيان، وسواء أكان هناك من يشرف على المسكن أم لم يكن. ويشترط في السكن أن يكون مخصصًا لذلك، ومشروع للاستعمال، انظر:
COLLIARD Claude Albert, Libertés publiques, 3ème éd, Dalloz, 1968, p 212.

2 – الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضّد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، مرجع سابق، ص 33.

3 – عواطف عبد الماجد إبراهيم، موقف الإسلام من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، مركز دراسات المرأة، الخرطوم، 1999، ص 23.

4 – حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة– حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والاجتماعي والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 108.

فتماشيًا مع هذا الاتجاه نصت المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو على منح المرأة نفس حقوق الرجل في حرية حركة الأشخاص وحرية اختيار سكناهم ومحل إقامتهم، ويمنح هذا النص المتزوجة الحق في تملك مسكن مستقل عن زوجها، وعلى أساس هذا المنظور وضع مجلس أوربا تشريعًا بشأن اختيار مكان السكن[1].

ج – المساواة في المعاملة أمام المحاكم

يشمل مبدأ التماس العدالة المتجذر في مبادئ المساواة وعدم التمييز: "المساواة في الوصول إلى العدالة وتكافؤ وسائل الدفاع، ومعاملة أطراف القضية بعيدًا عن أي شكل من أشكال التمييز"[2].

وتعتبر مبادئ المساواة وعدم التمييز في حق التماس العدالة، الذي يعتبر من الوسائل الأساسية لمعالجة التمييز ذاته. ويستلزم تحقيق المساواة بين الجنسين مساءلة للمؤسسات والجهات المختصة بالإجراءات العلنية بدءً من القضاء وصولاً إلى صناعة السياسات الاقتصادية، بشأن قضايا الإجحاف والظلم والتمييز التي تساهم في إقصاء وإفقار عدد كبير من النساء[3].

إذن الحق في التماس العدالة هو حق للأفراد كافة ذكوراً وإناثًا، ومواطنين وغير مواطنين. وإذا كانت العوائق في إعمال هذا الحق تعترض الرجال والنساء على حد سواء، فإن المرأة تواجه تحديات مغايرة وتعيشها على نحو مختلف.

لقد أوضح المقرر الخاص المعني بالفقر المدقع أنّ: "العوائق الاقتصادية أمام التماس العدالة تشكل تحديًا كبيرًا وغير مقبول في حالة جميع الشعوب التي تعاني من الفقر، إلا أن النساء هن الفئة الأكثر تأثرًا نظرا إلى التوزيع غير المتكافئ للموارد ضمن الأسرة والمجتمع"[4].

وعليه ركزت اتفاقيات دولية عديدة تتناول أوجه التمييز بين الجنسين على حق المرأة في التماس العدالة. وفي طليعة هذه الاتفاقيات، اتفاقية سيداو التي تنص في المادة 02 الفقرة (ج)

---

1 – JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, op cit, p 123.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 32، الحق في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائية وفي محاكمة عادلة، 2007، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)، ص 252، الفقرة 02.

3 – اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، تقرير حول وضع المرأة العربية التماس النساء والفتيات للعدالة: من تصديق الصكوك الدولية إلى تطبيقها، مطبوعات الأمم المتحدة، الأسكو، 2014، ص 12.

4 – اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، تقرير حول وضع المرأة العربية التماس النساء والفتيات للعدالة: من تصديق الصكوك الدولية إلى تطبيقها، مرجع سابق، ص 10.

على إقرار الحماية القانونية الفعالة لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، بطرق متعددة منها إنشاء محاكم وطنية مختصة، وفي المادة 15 الفقرة 02[1] على ضرورة أن تمنح الدول الأطراف المرأة المساواة مع الرجل أمام القانون. ويجب أن تكون سبل الانتصاف متوفرة لمعالجة الانتهاكات، ومتيسرة الكلفة بالنسبة للمرأة التي تود المطالبة بحقوقها أمام الهيئات القضائية المختصة[2].

في هذا أشارت اللجنة إلى أن من العوامل التي تجعل لجوء المرأة إلى القضاء أشد صعوبة ما يلي: الأفكار النمطية القائمة على نوع الجنس والوصم والمعايير الثقافية والأبوية الضارة، والعنف القائم على نوع الجنس، الذي يمس المرأة بوجه خاص، والأمية، والاتجار بالنساء، والنزاعات المسلحة، ومركزها عندما تكون طالبة لجوء، والتشرد الداخلي، وانعدام الجنسية، والهجرة، والترمل، والبعد الجغرافي[3].

وعليه أوصت هذه اللجنة الدول الأطراف بأن تتخذ إجراءات ولإلغاء الحواجز التمييزية التي تعترض وصول النساء إلى العدالة بما في ذلك الإجراءات التي تستبعد شهادة المرأة أو تعطيها مركزًا أقل شأنًا، وكذا حماية النساء والفتيات من تفسيرات النصوص الدينية والأعراف التقليدية التي تضع حواجز أمام وصولهن إلى العدالة، وهو مما يؤدى إلى التمييز ضدهن.

للإشارة فإن الشريعة الإسلامية تعتبر سباقةً إلى ترسيخ مبدأ المساواة وقيم العدل والقسط بين جميع الناس ونشير في ذلك إلى الآيات القرآنية الآتية:" **وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ**"[4]،" **يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ**"[5].

كما أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 في المادة 08 منه والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 أكدا على حق المرأة في المساواة أمام القضاء مثلها

1 – انظر: المادة 15 الفقرة (ج) من اتفاقية سيداو.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 28، مرجع سابق، الفقرة 09.

3 – Comité pour l'élimination de discrimination à l'égard de la femme, R.G. N° 33, "L'accès des femmes à la justice", 2015, Doc. des NU, N°: CEDAW/C/GC/33, § 09.

4 – سورة النساء، الآية 58.

5 – سورة المائدة، الآية 08.

كالرجل تمامًا[1].

وفي الأخير يلاحظ أن مضمون المادة 15 من اتفاقية سيداو ضيق لم يتعرض إلى كل الحقوق المدنية بالتفصيل كما هي واردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. فبالتأكيد منح نص المادة 03 من العهد حق المساواة للمرأة في كل الحقوق الواردة في العهد، لكن ذلك لا ينقص من أهمية اتفاقية سيداو، فقط للإشارة إلى أن نص المادة 15 من اتفاقية سيداو مصغر هذا ما يشرح سهولة تبنيه.

لكن السؤال المطروح هل يمكن تفسير عدم ذكر هذه الحقوق في الاتفاقية يعتبر نكران لتمتع المرأة بها؟ الإجابة بالطبع لا، بما أن هذه الحقوق من القواعد الآمرة في القانون الدولي.

أكدت الاتفاقية على حقوق المرأة ولكن لم تشير إلى الحريات الأساسية ما عاد الحرية في التنقل. ومع ذلك ذكرت عبارة "بحرية" في صياغة أحكام الاتفاقية خصوصًا في نص المادة 16، هل يعود ذلك إلى أن الحريات الأساسية مرتبطة بكل شخص بما أن الأشخاص يولدون أحرار ومتساوون في الحقوق؟ مع ذلك لا تتمتع النساء بالحرية في كل دول العالم، كما أكد عليه "بلوبير فيري نيكول" "BELLOUBET-FERIER Nicole" المساواة هو أساس الحرية وبالتالي فإن المساواة بين الجنسين الذي تهدف إليه الاتفاقية هو شرط أساسي لحرية المرأة[2].

ولم تنص الاتفاقية على الحق في حماية الحياة الخاصة، هل يعود سبب ذلك إلى التخوف من الاختفاء وراء حماية الحياة الخاصة لإخفاء العنف والتمييز في إطار الأسرة؟ فعلى ذلك أكدت لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 21 أنّه: "وكثير من هذه البلدان يؤمن بالنظام الأبوي للأسرة الذي يحابي الأب أو الزوج أو الابن. وفي بعض البلدان إذ شجعت الآراء الأصولية أو غيرها من الآراء المتطرفة على العودة إلى القيم والتقاليد القديمة، تدهورت مكانة المرأة في الأسرة تدهورًا حادًا. وفي بلدان أخرى يعترف فيها بأنّ المجتمع الحديث يعتمد في تقدمه الاقتصادي وفي تحقيق الصالح العام للجماعة على مشاركة جميع

1 – انظر: المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

2 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 185.

البالغين على حد سواء، بغض النظر عن نوع الجنس، جرى نبذ هذه المحرمات والأفكار الرجعية أو المتطرفة بصورة تدريجية"[1]، ومن ثم دعت اللجنة الدول الأطراف إلى تعزيز التطبيق التدريجي للاتفاقية لإحباط أي محاولة لإنكار المساواة للنساء في أسرهن والامتثال لأحكام المواد 09، 15، و16.

ثانيًا – المساواة الفعليّة في الحقوق المدنية في الفضاء الخاص (الحقوق في إطار الأسرة):

إن المطالبة بحماية حقوق المرأة في إطار العلاقة الزوجية مسألة حساسةً جدًا إذ تمس في كثير من الحالات بمبادئ واعتقادات راسخة في أذهان أفراد المجتمع عبر أزمنة بعيدة.

يقول بعض الكتاب بأن قانون الأسرة هو في حد ذاته قانون المرأة وبالتالي من المفروض أن لا يحتوي على ما يشكل تمييزًا ضد المرأة بل يجب أن يحقق لها المساواة الكاملة داخل مؤسسة الأسرة[2].

وفي هذا الصدد منعت اتفاقية سيداو التمييز ضد المرأة في المسائل المتعلقة بالأسرة وذلك وفق ما جاء في المادة 16 منها التي تدعو الدول الأطراف إلى اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية.

كما تضمن أيضًا للمرأة نفس الحق في حرية اختيار الزوج، ونفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، وتمنحها نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم وفق مراعاة مصالحهم وتمنح المرأة أيضا الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل وملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها وألا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرًا إلزاميًا[3].

---

1 – لجنة القضاء على التّمييز ضّد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 42.

2 – نقلاً عن: طالبي سرور، "حقوق وواجبات المرأة في الأسرة"، مداخلة إلى المؤتمر السابع لمركز جيل البحث العلمي حول المرأة والسلم الأهلي، 19 – 21 مارس 2015، طرابلس، لبنان، مركز جيل البحث العلمي، 2015.

3 – انظر: المادة 16 من اتفاقية سيداو.

أ- المساواة في اختيار الاسم العائلي

اسم الشخص هو المعَّبر عن هويته والمميز له عن بقية الأفراد داخل المجتمع، ويرتبط بشكلٍ وثيقٍ بالمجتمع الذي ينتمي إليه وكذا بالأسرة معًا، إذ غالبًا ما يكون للعادات السائدة تأثير في منحه للمولود.

ورغم أهميته، لم تعالجه أغلب اتفاقيات حقوق الإنسان صراحة، بل يمكن استنباطه من الحق في الشخصية القانونية مثل ما هو وارد في نص المادة 16 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[1].

أما بالنسبة للاتفاقيات التي عالجته نذكر من بينها اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 التي كرسته صراحةً في المادة 07 الفقرة 01 منها، والمادة 06 الفقرة 01 من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل.

وأما اتفاقية سيداو كرسته في نصّ المادة 16 الفقرة 01/ز، وتطالب الدول الأطراف فيه أن تؤمن " ***نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة***...".

ولقد أعربت لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 21 عن موقفها في هذا الموضوع أنّه: "ينبغي أن يكون لكل من الشريكين الحق في اختيار اسمه الذي يحافظ به على فرديته وهويته في المجتمع المحلي، ويميزه عن غيره من أفراد المجتمع وعندما تضطر المرأة بموجب القانون أو العرف إلى تغيير اسمها عند الزواج أو عند فسخه، فإنها تحرم من هذه الحقوق"[2].

وفي السياق نفسه أكدت لجنة حقوق الإنسان على أنّه ينبغي كفالة حق كل من الزوجين في الاحتفاظ بالاسم الأصلي لأسرته أو لأسرتها أو في الاشتراك على قدم المساواة في اختيار اسم جديد للأسرة[3].

لقد اهتمت الجمعية البرلمانية لمجلس أوربا بمسألة انتقال اسم الزوج إلى الزوجة بمناسبة عقد الزواج، حيث أصدرت توصية رقم 1271(1995) حول القضاء على التمييز بين الرجل والمرأة في اختيار الاسم العائلي وانتقال هذا الاسم إلى الأولاد، ودعت الدول

---

1 – انظر: المادة 16 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 24.

3 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 19، المادة 23 (الأسرة)، 1990، الوثيقة رقم (HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I، ص 201.

الأعضاء في المجلس إلى وضع قوانين لتنظيم موضوع الاسم العائلي للزوجين بصورة يتفادى انتقال الاسم العائلي من الزوج إلى الزوجة تلقائيًا[1].

كما أقرت اللجنة الوزارية في معرض ردٍ لها على هذه التوصية بوجود نظام قانوني خاص بكل دولة حسب "العادات والآداب المحلية"، ولكنها شددت على أن تلك الأنظمة القانونية الخاصة يجب عليها استبعاد أية أحكام تمييزية.

يلاحظ أن موقف هذه اللجنة يقتصر على المحافظة على الأحكام التمييزية بين الرجل والمرأة فيما يتعلق باختيار الاسم العائلي، وبالتالي فهو يتنافى مع مبدأ المساواة الذي دافع عنه مجلس أوربا[2].

وعليه نددت لجنة سيداو بالقانون الجديد السائد في هولندا على أنه ينتهك المادة 16 فقرة 01(ز) من اتفاقية سيداو، خاصة لأنه يمنح الأب القرار النهائي في إعطاء ابنه اسمًا عندما يتعذر الاتفاق بين الأبوين، ودعت اللجنة الحكومة الهولندية إلى أن تعمل على تغيير هذا القانون ليصبح متماشيًا مع هذا الحكم[3].

إلى جانب القضاء على التمييز بين الجنسين في اختيار الاسم العائلي تلزم اتفاقية سيداو الدول الأطراف باتخاذ التدابير المناسبة لضمان نفس الحقوق الشخصية للزواج والزوجة بما في ذلك اختيار المهنة ونوع العمل ومن ثم يجب أن لكل شريك الحق في اختيار المهنة أو الوظيفة التي تناسب قدراته ومؤهلاته وتطلعاته على أفضل وجه حسبما تنص على ذلك المادة 16 الفقرة 01/ز من الاتفاقية.

ب- المساواة الفعليّة في حرية اختيار الزوج وفي عقد الزواج بالرضا الحرّ والكامل

تدعو اتفاقية سيداو في مادتها 16 الفقرة 01 إلى منح المرأة والرجل نفس الحقوق-على قدم المساواة- في عقد الزواج وفي أثنائه وعند فسخه، وكل ما يمس الأسرة كمؤسسة، ونظام قيم، ونمط حياة.

فحددت اتفاقية سيداو في هذه المادة واجبات الدول الأطراف فيما يخص القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة المسائل المتصلة بالزواج، وذلك بالمطالبة بأن تكفل على أساس

1 - Commission des Questions Juridiques et des Droits de l'Homme, Discrimination entre les hommes et les femmes pour le choix de nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants, Rapport de l'assemblée parlementaire, Doc 7885, 16 juillet 1997.

2 - Idem.

3 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 24، 2001، الوثيقة رقم: A/56/38، الفقرتان 223-224، ص 82.

المساواة بين الرجل والمرأة الحق نفسه في اختيارها للزوج، وذلك برضاها وموافقتها الحرة، وتكون الدول الأطراف منتهكة ومخالفة لبنودها في حالة تقييدها لحرية المرأة في اختيار الزوج أو إجازتها لزواجها بغير رضاها الحر والكامل، وإذا لم تتخذ التدابير الأزمة للقضاء على التمييز ضد المرأة[1].

لقد أشارت لجنة سيداو إلى أن حق المرأة في اختيار زوجها وفي التزوج بحرية هو حق أساسي لحياتها ولكرامتها ومساواتها كانسان، ويعني الرضا الشخصي أن تعبر المرأة عنه بنفسها أمام السلطة المختصة لإتمام الزواج من دون أن يكون لديها ممثلاً أو وليًا، أما المقصود من وراء الرضا الحر فهو أن لا تخضع المرأة لأي ضغط أو تأثير مهما كان نوعه أو مسببه عند إفصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه.

بالتالي أن يسمح للمرأة المسلمة بالزواج من الكتابي من باب التساوي مع الرجل، الذي له الحق في الزواج بكتابية. وتستنكر اللّجنة– في تعليقها– اتخاذ بعض الدول الإسلامية مرجعيات أخرى غير اتفاقية سيداو، وإن العديد من الدول تعتمد في حقوق الزوجين على تطبيق مبادئ القانون العام، أو القانون الديني أو العرفي بدلاً من الاتفاقية.

ذلك ما تبين من دراسة تقارير الدول الأطراف وجود بلدان تسمح بتزويج المرأة أو إعادة تزويجها قسرًا بناءً على العرف أو المعتقدات الدينية أو الأصول العرقية لجماعاتٍ معينةٍ من الناس. وهناك بلدان أخرى تسمح بتدبير زواج المرأة لقاء المال أو نيل الحظوة، وفي بلدان أخرى، يرغم الفقر المرأة على الزواج من أجنبي سعيًا للأمان المالي. ويجب صون حق المرأة في الموافقة على مبدأ الزواج وموعده والشخص الذي تتزوجه، وإنفاذ ذلك قانونًا، رهنا بقيود معقولة على هذا الحق تستند مثلا إلى حداثة سن المرأة أو قرابة الدم التي تربطها بالشريك[2].

أما الحد الأدنى لسن الزواج فقد حددته التوصية الصادرة عن العامة الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1965 في المبدأ الثاني منها على أنّه: "تقوم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج على ألا تقل عن خمس عشر عاما، ولا يجوز التزويج قانونا لمن لم يبلغها ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السن لأسباب جدية

1 – وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 59.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 16.

وتحقيقها لمصلحة طالبي الزواج"[1]، استخدم كل من العهد الدولي للحقوق المدنية والعهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية عبارات سن الزواج أو الاحتلام مما أدى إلى السماح بزواج الشباب الصغار جدًا[2].

أما اتفاقية سيداو فإنها لم تحدده، اكتفت المادة 16 الفقرة 02 على ذكر أن خطوبة وزواج الأطفال ليس لها من الناحية القانونية أي أثر قانوني. غير أنّ عند اعتماد اتفاقية السيداو، لم تعتمد بعد اتفاقية حقوق الطفل وبالتالي مصطلح الطفل كان غير محدّد[3].

وأضافت هذه الفقرة أنّه تتخذ الدول جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعية منها لتحديد سن الزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجلٍ رسميٍ أمرًا إلزاميًا[4]، وقد فسرت لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 21 المقصود "بالسن القانونية للزواج"، حيث اعتبرت اللّجنة أن السن القانوني للزواج هو 18 سنة للرجل والمرأة، وبالتالي رددت اللجنة أحكام المادة 01 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، على عكس هذا النص يلاحظ أن في أغلب الدول الحد الأدنى لسن الزواج يختلف بين الرجل والمرأة فغالبًا ما يكون زواج القاصرة (سن 16 أو أقل) مقبولاً قانونًا[5].

وعليه يحمى نص هذه المادة القاصرات من خوض تجارب مبكرة وفاشلة في الزواج ويسمح للبنت بممارسة حقها في التعليم وخوض تجارب الحياة ويمكن في الوقت نفسه الأسرة من القيام بواجباتها التربوية واتخاذ سلوك ايجابي في تربية التنشئة بما يكفل نجاح الأسرة

1 – انظر: الأمم المتحدة، مجموعة صكوك دولية، المجلد 01، 1993، الوثيقة رقم: A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 696.

2 – ترتبط مسألة تحديد سن الزواج بسن البلوغ والاحتلام، وهذا السن الأخير يختلف من دولة لأخرى، وتؤثر فيه الظروف المناخية للدولة، والظروف الفسيولوجية والعوامل البيولوجية وطبيعة الأجناس، فمثلاً يصل الولد والبنت إلى سن البلوغ والاحتلام في المناطق الحارة كما في السودان ومعظم الدول الإفريقية، وذلك عكس الوضع في أوربا التي يتأخر فيها هذا السن بالنسبة للأولاد الذكور والإناث إلى ما بعد ذلك، انظر: منتصر سعد حمودة، مرجع سابق، ص 227.

3 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 186.

4 – قد ورد ذات الالتزام في اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج لعام 1964 في نص المادة 02 منها.

5 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 187.

واستمرارها في ظروف سليمة، وقد نصت كافة التشريعات الوطنية للبلدان المتطورة على سن الرشد مراعاة لحقوق الطفل.

أما في شأن تسجيل الزواج لم تأخذ المادة 16 من الاتفاقية بأحكام الواردة في نص المادة 03 من اتفاقية 1964 المتعلقة بتحديد الحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، وأن كانت هذه الاتفاقية لا تزال سارية المفعول على الدول الأطراف فيها.

لقد نشأ الالتزام بتسجيل عقود الزواج من أجل وضع حداً للزواج العرفي الذي عادة ما يتم لما يكون البنات غير بالغات السن القانوني للزواج، ويعود عليهن بنتائج سلبية فيما يخص حقوقهن كزوجات، أبعد من ذلك فإنه يمس كذلك بحقوق أطفالهن تجاه والدهم[1].

على ذلك بينت لجنة سيداو فيما يخص المادة 16 الفقرة 02 أنه ينبغي على الدول الأطراف: "أن تشترط أيضًا تسجيل جميع الزيجات سواء تمت وفقاً للإجراءات المدنية أو العرف أو الشريعة. ويمكن للدولة من ثم تأمين الامتثال للاتفاقية وإقرار المساواة بين الشريكين، ووضع حد أدنى لسن الزواج، ومنع التزوج من امرأتين في آن واحد أو تعدد الزوجات، وحماية حقوق الأطفال"[2].

نستخلص مما سبق أن المادة 16 من الاتفاقية تمثل نمط الحياة الغربي، وهي تتجاهل بعض معتقدات شعوب العالم، ومنظوماتها القيمية وأنساقها الإيمانية.

ج- المساواة في اعتلاء المسؤوليات عند الزواج وعند فسخه

يمثل عدم المساواة في إطار الأسرة الأساس الذي تقوم عليه جميع ضروب التمييز الأخرى ضد المرأة[3]، وكثيراً ما يتم تبريره باسم العقائد والتقاليد والثقافة. ويتبين من دراسةٍ

1 – رفيق العلوي، "الزواج العرفي وأثاره على الأسرة الجزائرية"، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الدولي حول قضايا المرأة والإسلام بين مبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، من 13-14 أكتوبر 1999، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 1999.

2 – لجنة القضاء على التّمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 39.

3 – استحقاق المرأة للمساواة في إطار الأسرة أمر معترف به عالميًا، وهو ما تبينه التعليقات العامة ذات الصلة للهيئات الأخرى لمعاهدات حقوق الإنسان: التعليق العام رقم 28 للجنة حقوق الإنسان بشأن المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة (وبخاصة الفقرات 23 إلى 27)، والتعليق العام رقم 19 بشأن حماية الأسرة، والحق في الزواج، والمساواة بين الزوجين، والتعليق العام رقم 16 للجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (وبخاصة الفقرة 27)، والتعليق العام رقم 20 بشأن عدم التمييز في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافيّة. وهناك وثائق سياسيةٍ عالميةٍ هامةٍ، من=

لتقارير الدول الأطراف أنّ حقوق شريكيّ الزواج ومسؤوليتهما في دولٍ عديدةٍ تحكمها مبادئ قانونيةٍ مدنيةٍ أو عرفيةٍ أو شرائعٍ وممارساتٍ دينيةٍ أو عرفيّةٍ، وهي تمييز ضد المرأة ولا تتصاع للمبادئ المنصوص عليها في الاتفاقية[1].

يحدد نص المادة 16 الفقرة 1/ج، د، هـ من اتفاقية سيداو العلاقات بين الوالدين، ويطلب من الدول تحقيق تمتع الزوجان بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات داخل الأسرة، ونطاق هذه المساواة يشمل كافة المسائل الناجمة عن العلاقة القائمة بينهما، مثل اختيار مكان الإقامة وإدارة شؤون البيت وتعليم الأطفال وإدارة الأصول وتطبيق هذه المساواة باستمرار على التّرتيبات المتعلقة بالانفصال قانونًا أو بانحلال عقد الزواج، ويجب تحريم المعاملة التمييزية فيما يتعلق بأسس وإجراءات الانفصال أو الطلاق أو رعاية الأطفال أو الإعالة أو النفقة أو حقوق الزيارة أو فقدان أو استعادة السّلطة الأبوّية وذلك أخذًا بعين الاعتبار مصلحة الفضلى للطفل في هذا الصدد.

باختصار، يعني المساواة أثناء الزواج أنّ الزوج والزوجة ينبغي لهما الاشتراك على قدم المساواة في المسؤولية والسلطة داخل الأسرة، وأوضحت اللجنة فهمها للمادة 16 الفقرة 01/ج من اتفاقية سيداو فبينت أنّ العديد من البلدان تعتمد في النص على حقوق ومسؤوليات الشريكين في الحياة الزوجية، تطبيق مبادئ القانون العام والقوانين الدينية والعرفية بدلاً في الامتثال لمبادئ واردةٍ في الاتفاقية.

وفي نظر اللجنة فإن هذه الاختلافات في القانون وفي الممارسة لها عواقب بليغة التّأثير على المرأة حيث تقيد بشكلٍ دائمٍ حقوقها في التساوي في المراكز والمسؤوليات أثناء الزواج بجعل الرجل هو رئيس الأسرة والمسئول الأول عن اتخاذ القرارات ممّا يخالف الاتفاقية[2].

فيما يتعلق بتقسيم المسئوليات الأبوية المحددة في المادة 16 الفقرة 01/ د، هـ، و من اتفاقية سيداو[3] فإن الاتفاقية تعترف لكلا الوالدين ولو كانا غير متزوجين أو منفصلين أو

=قبيل مناهج عمل بيجين، تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، بيجين، من 04 إلى 15 سبتمبر 1995، مرجع سابق، الفقرة 61.

1 – لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 01.

2 – المرجع نفسه، فقرة 17.

3 – انظر: المادة 16 الفقرة 01/د، هـ، و من اتفاقية سيداو.

حتى من جنس واحد، بالحق في التمتع بالسلطة الأبوية على أطفالهما في كل الأمور المتعلقة بهم من ولايةٍ وقوامةٍ ووصايةٍ وتبنيٍ[1].

كما تبين لجنة سيداو أنه ينبغي: "تعزيزها قانونًا وعند الاقتضاء من خلال المفاهيم القانونية المتمثلة في القوامة وولاية الأمر والوصاية والتّبني، ويتعين على الدول الأطراف أن تكفل بواسطة قوانينها كون الأبوين، بغض النّظر عن حالتهما الزوجية وما إذا كانا يعيشان مع الأطفال أو لا يعيشان معهم أن يتقاسما بالتساوي الحقوق والمسؤوليات تجاه أطفالهما"[2].

تركز المادة 16 من اتفاقية سيداو أيضًا على الحق في الإنجاب، رغم عدم تسميته صراحةً، غير أنّه يستشف من فقرات هذه المادة، ومنها ما جاء في الفقرة 01/ ج على أنّ: "***للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج***"، بمعنى إذا كان الحق في الإنجاب مكفول للزوج، فينبغي أن يكون مكفولاً أيضًا للزوجة، وكذلك الفقرة 01/هـ التي نصّت على أنّه: "***يكون للمرأة نفس الحقوق في أن تقرّر بحريةٍ وبادراكٍ للنتائج عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه***". وهذه الفقرة صريحة في إعطاء الحرية في تحديد عدد أطفالها، أي بمعنى أن الإنجاب حق للمرأة وهي حرة في توقيت الإنجاب من عدمه وفي عدد مرّات الإنجاب.

وتقرر هذه المادة أيضا في فقرتها 01/هـ حق الإنجاب للمرأة فقط، اشترطت على الدول ضمان حق أخر يكون ملازمًا للحق في الإنجاب، وهو حق المرأة في الحصول على المعلومات والتّثقيف والوسائل الكفيلة التي تمكنها من ممارسة هذا الحق[3].

كان حق المرأة في الحمل والإنجاب من أولويات اتفاقية سيداو، وذلك ليس لأنه من الحقوق المهمة ولا لأنه حق مغتصب، وإنما لأن هذا الحق يقترن بالتمييز ضد المرأة، فقد جاء في ديباجة الاتفاقية بأنّه:" ***إنّ الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ تدرك أنّ دور المرأة***

---

1 – يشير نص المادة 03 الفقرة 01 من الاتفاقية رقم 156 إلى المسؤولية المشتركة بين الرجل والمرأة في إطار الأسرة، بينما تعرضت اتفاقية حقوق الطفل إلى المساواة في المسؤولية العائلية بين الزوجين في نص المادتين 05 و07 بصورةٍ أكثر وضوحًا.

أبرمت هذه الاتفاقية في إطار منظمة العمل الدوليّة في 18 نوفمبر 1981، ويمكن اعتبار هذه الاتفاقية على أنها مكملة لاتفاقيات وتوصيات العمل الدولية الهادفة إلى ضمان المساواة في الفرص والمعاملة للعمال من الجنسين، خاصّةً وأن اتفاقية منع التمييز رقم (111) لا تغطي صراحةً التمييزات المبنية على أساس المسؤوليّات العائليّة.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، فقرة 20.

3 – المرجع نفسه، الفقرة 22.

في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساسًا للتّمييز بل إنّ تنشئة الأطفال تتطلب بدلاً من ذلك تقاسم المسؤوليّة بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل".

كما جاء في توصية لجنة سيداو رقم 19 المتعلقة بالعنف ضّد المرأة أنه: "ينبغي للدول الأطراف أن تكفل اتخاذ تدابير لمنع الإكراه فيما يتعلق بالخصوبة والإنجاب"[1]، وأنّ "للتعقيم أو الإجهاض القسريين أثراً سيئاً على الصحة الجسدية والنفسية للمرأة، وفيهما انتهاك لحقوقها في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل آخر"[2].

ولم تأت اتفاقية سيداو بأي نصٍ يبيح الإجهاض، أو يمنعه، ولكن ورد في نص المادة 16 فقرة 01/ه أن للمرأة الحق في الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق، وفي هذه الفقرة غموض قد يُفسّر على أنه دعوة لإباحة الإجهاض، إذ تم استعمال عبارةً الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل[3]. فهل يعتبر الإجهاض من قبيل هذه المعلومات، ومن قبيل الطرق التي تسمح بتنظيم وتحديد النّسل؟

أجمعت الشرائع السماوية كلها على تحريم الإجهاض، بينما اختلفت القوانين الحديثة في ما بينها حيال هذه القضية التي غالبًا ما ترتدي صفةً نوعيةً خاصة بعادات وتقاليد كل بلدٍ.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً اعتبرت المحكمة الدستورية العليا، في قرارها رقم 410 الصادر في عام 1974، بأن الحق في احترام الحياة الخاصة الذي نص عليه التعديل الدستوري الرابع عشر يتضمن الحق للمرأة بأن تقرر إيقاف حملها أو السير به حتى الولادة.

أما اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان فقد استبعدت في قرارها الصادر في 13 أفريل 1980، الحق المطلق بالحياة للجنين، مشيرةً إلى الإجهاض العلاجي في حالة ما إذا كانت حياة أو صحة الأم في خطرٍ، هو أمر مقبول منذ 1950 لدى الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية[4].

---

1 – لجنة القضاء على التمبيز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، مرجع سابق، الفقرة 24/م.

2 – المرجع نفسه، الفقرة نفسها.

3 – لقد تقاسمت المنظمة العالمية للصحة هذا النهج في الإجهاض من حيث حماية الصحة وحقوق الإنسان، انظر:
ROMAN Diane, "Le corps des femmes autonomie et intégrité corporelles dans la convention", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir) ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, p 191.

4 – نقلاً عن: خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط 03، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص ص 329–330.

تلاحظ لجنة سيداو أنه: "... في جميع المجتمعات، كانت أنشطة المرأة التي تؤدي دورها التقليدي في الحياة الخاصة أو المنزلية، تعتبر في منزلةٍ أدنى منذ زمنٍ طويلٍ. وحيث أنّ هذه الأنشطة لا تقدر بثمنٍ لبقاء المجتمع، فلا يمكن تبرير الأخذ بقوانين أو أعرافٍ مختلفةٍ أو تمييزية إزاءها..."[1]. وهذه الحالة المنصوص عليها في القانون أو في إطار العادات والتقاليد تتعارض مع مبادئ المساواة والعدالة الواردة في نص المادة 16 من الاتفاقية.

وتشير اللجنة إلى أنه أيا كان شكل الأسرة، فإنه لا ينبغي أن يكون سببًا للتمييز ضد المرأة ويجب أن تتفق معاملة المرأة داخل الأسرة سواء من القانون أو في الحياة الخاصة مع مبدأي المساواة والعدل بين جميع الناس، كما اشترطت ذلك المادة 02 من الاتفاقية[2].

كما أكدت اللجنة بأن بعض الدول الأطراف التي تضمن دساتيرها تساوي الحقوق، وتسمح بتعدد الزوجات وفقًا لقانون الأحوال الشخصية أو للقانون العرفي، تنتهك الحقوق الدستورية للمرأة وتخالف أحكام المادة 5/أ من الاتفاقية[3]. وبالتالي ينبغي حظر هذا النوع من الزواج.

يمتد مبدأ المساواة بين الزوجين في الحياة الزوجية إلى الآثار الاقتصادية للزواج بما في ذلك خاصية اكتساب الملكية، إدارتها، والتمتع بها، سواء كان بمقابل أو بلا مقابلٍ[4]، على النحو المنصوص عليه في المادة 16 فقرة01/ح، وقد سبق وأن عالجت اللّجنة هذه الحقوق في توصيتها العامة رقم 21، وربطتها بالفقرة 02 من المادة 15، التي تلزم الدول بتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في الحق في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتّع بها،

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرتان 12 – 13.

2 – المرجع نفسه.

تؤكد بياناتٍ صادرةٍ عن كياناتٍ أخرى في منظومة الأمم المتحدة هذا الفهم الذي مفاده أنّ مفهوم" الأسرة" يجب أن يفهم بالمعنى الواسع للكلمة. وتعترف اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، في الفقرة 27 من تعليقها العام رقم 28، "الأشكال المختلفة للأسرة". ويؤكد الأمين العام في تقريره بشأن الاحتفال بالسنة الدولية للأسرة أنّ: "الأسرة تتخذ أشالاً وتضطلع بوظائف تختلف من بلدٍ لأخر وداخل البلد الواحد ويقع على عاتق الدول الأطراف الالتزام بالتصدي للجوانب التّمييزية على أساس الجنس ونوع الجنس فيما يخص جميع الأشكال المختلفة للأسرة والعلاقات الأسريّة. ويجب عليها أن تجابه التقاليد والمواقف ذات الطّبيعة الأبوية وأن تتيح إخضاع القوانين والسياسات المتعلقة بالأسرة للتمحيص بالدرجة نفسها التي تولي للجوانب العامة للحياة الفردية والمجتمعية"، انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرتين 12 و13.

3 – المرجع نفسه، الفقرة 14.

4 – ROMAN Diane, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 229.

والتّصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله حقّ المرأة في التمتّع بالاستقلال المالي[1].

يلاحظ أن نص المادة 16 الفقرة 01/ح تتوافق مع نص المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2]، والمثير للانتباه أن الاتفاقية لم تأخذ بنص المادة 06 الفقرة 01/أ من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة كاملاً[3]، التي تنص على أن هذه الحقوق تنطبق أيضًا على الأموال المكتسبة أثناء الزواج.

فحسب نص المادة 06 من إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فإنّ المساواة بين الزوجين في الميراث من الصرامة، وتضمن هذه المادة المساواة بين الرجل والمرأة اللذين تجمعهما الدرجة نفسها من القرابة بشخص متوفي، الحق في الحصول على حصصٍ متساويةٍ في التركة[4].

كما أكدت لجنة سيداو على أنه يجب إعطاء الإسهامات المالية وغير المالية الوزن نفسه عند تقسيم الممتلكات الزوجية، على أساس أن الإسهامات غير المالية التي تقدمها الزوجة مثل تربية الأطفال ورعاية الأقرباء المسنين وأداء الواجبات المنزليّة كثيرًا ما تمكّن الزوج من كسب الدخل ومن زيادة الأصول المالية[5].

ويجب أن يعامل القانون الممتلكات التي تراكمت أثناء المعاشرة بحكم الواقع معاملة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج نفسها، وتكون الحصة التي تحصل عليها المرأة عند انقطاع تلك العلاقة مساويةً لحصة شريكها.

كما ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف في المادة 16 فقرة 01/ج على اتخاذ جميع التّدابير المناسبة لضمان على أساس التساوي بين الرجال والنساء الحقوق والمسؤوليات نفسها عند فسخ الزواج، ومن الضروري وضع قواعد قانونيةٍ ملزمةٍ لتوفير للنساء أوسع حمايةٍ ممكنةٍ في إطار الأسرة تقيهن من العواقب المحتملة عند سوء قيام العلاقة الزوجية، وللحفاظ على حقوقهن في حالة انحلالها.

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرتان 26–27.

2 – انظر: المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

3 – انظر: المادة 06 الفقرة 01/أ من إعلان القضاء على كل أشكال التمييز ضّد المرأة لعام 1967.

4 – JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, thèse de doctorat, Université de Nice, 1999, p 140.

5 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 28.

الجدير بالذكر في هذا المقام، بأن كل الوثائق الدولية لا توضح المقصود بالحقوق التي يجب أن توفر للنساء عن انحلال العلاقة الزوجية، مع ذلك يمكن حصر هذه الحقوق في حقوق ماديةٍ وأخرى معنويةٍ، فأما الحقوق المادية فهي تلك الحقوق التي تتحصل عليها النساء من جراء الطلاق ومرتبطة بالمال كالنفقة، التعويض والسكن...، أما الحقوق المعنويّة فهي تتمثل في إسناد حضانة الأطفال لأمهم.

مع ذلك، فإن اللجنة لا تحلل فقط الاختلاف في الحقوق بين الرجال والنساء، فيما يتعلق بالطلاق وإنما يتحقق أيضًا في وصول المرأة إلى إجراءاتٍ فعالةٍ وحياديةٍ عند الطلاق[1].

أخيراً، توجه اللجنة اهتمامًا خاصًا للآثار الاقتصادية المترتّبة على فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية والتي ترتبط بمسألة المساواة في الحقّ في الميراث، على الرغم من أن الاتفاقية بقيت صامتةً حول هذه النقطة الأخيرة، إلا أن اللجنة ملأت هذا الفراغ في التوصية العامة رقم 21، حيث أعلنت أن المرأة لها حق الحصول على حصصٍ متساويةٍ في الميراث، والحقّ في رتبةٍ متساويةٍ في ترتيب الخلافة، وبالتّالي تتعارض مع الاتفاقية كلّ الممارسات التي تجعل نصيب المرأة حصّةً أقلّ بكثيرٍ من حصّة الزّوج[2].

كما انتقدت اللّجنة النظم الخاصة بالطلاق التي تجعل الحصول على الحقوق الماليّة مشروط بعدم وقوع الخطأ، وفي نظمٍ أخرى لا يُمنح الدعم المالي للزوجة التي يقضي بطلاقها بناء على طلب منها، وقد يشمل نظم الطلاق المبرر بوقوع خطأ معايير لإثبات الخطأ تختلف بين الزوج والزوجة[3].

وترى اللجنة في هذا الصدد أن يتحمل كلا الطرفين على قدم المساواة المزايا والمساوئ الاقتصادية المتصلة بالعلاقة وبانقضائها، ولا ينبغي أن يؤدي تقسيم الأدوار والمهام خلال فترة تعايش الزوجين إلى عواقب اقتصادية ضارةٍ بأيٍّ من الطرفين[4].

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التّوصية العامة رقم 28، "الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، 2010، الوثيقة رقم: CEDWA/C/GC/28، الفقرة 42.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، الفقرتان 34–35.

3 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 29، مرجع سابق، الفقرتان 39 و40.

4 – المرجع نفسه، الفقرة 45.

بهذا، فإن نص المادة 16 يكرس حرية المرأة في الزواج عند انعقاده وإبرامه وتنفيذه وانحلاله كما تسعى إلى القضاء على كّل ما من شأنه أن يكرس دونية المرأة ويقلص من شأنها، فعلى الدول الأطراف أن تسهر على تلاءم تشريعاتها الوطنية وأحكام الاتفاقية، وتقوم بالتعديلات اللازمة وإلغاء القوانين المتضاربة وتكريس مفهوم المساواة، وعدم التمييز المتفق عليه في مفهومه الواسع والشامل.

المطلب الثالث

تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في حقوقٍ أخرى

يتطلب تحقيق معدلات التنمية الاستفادة من الطاقة البشرية نساء ورجال ولا يمكن تصور مجتمعٍ يسعى إلى التنمية ونصف طاقته الإنتاجية معطلة أو متعثرة، فعلى هذا الأساس أكدت الاتفاقية على ضرورة حماية وتحقيق المساواة بين الجنسين في حقوقٍ اقتصاديةٍ واجتماعيةٍ أخرى، ومنها المساواة في الاستحقاقات العائليّة" و"القروض البنكية" و"الحق في المشاركة في الأنشطة الترويحية" (الفرع الأول)، كما اهتمت بالمرأة الريفية نظرًا لما تعاني منه من تهميشٍ وتمييزٍ بصفةٍ خاصةٍ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المساواة الفعليّة في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الأخرى

يمنح نص المادة 13 من اتفاقية سيداو المرأة حقًا مساويًا لحق الرجل في الحصول على "الاستحقاقات العائليّة" و"القروض البنكية" و"الحق في المشاركة في الأنشطة الترويحية".

لم يكن اعتماد هذا النص موضوع أي خلاف أو معارضة من قبل الدول الأطراف، وتسمح صياغته العامة والغامضة من عدم استبعاد أي مجال من الحماية من التمييز.

وضع هذا النص بعدما أكد في إطار المؤتمرات الدولية للمرأة خاصّةً مؤتمر مكسيكو على الصعوبات والمشاكل التي تتعرض لها النساء عند طلب قرضٍ بنكيٍّ لضمان استقلالها المالي.

لقد عبرت الجمعية العامة عن قلقها حول الموقف التمييزي للمؤسسات المالية اتجاه النساء على أساس أن تقديم قروضٍ للنساء يعرض المؤسسة للخطر، وعلى أن تمنع مختلف التقاليد في معظم بلدان العالم على النساء القيام بالعمليات المالية[1].

1 − A.G, Résolution 3522 (xxx), "Amélioration de la condition économique des femmes afin qu'elles participent efficacement et rapidement au développement de leur pays", op cit, § 13.

يظهر من تخصيص فقرةٍ لحق المرأة في الحصول على القروض والرّهن وغيرها من الائتمانات المالية، أنّ واضعي الاتفاقية أرادوا تكريس حق المرأة في هذا المجال بشكلٍ واضحٍ، ولذلك لم يكتفوا باستقلال الذمّة المالية، وبالحقّ في إدارة الممتلكات المنصوص عليها في موادٍ أخرى من الاتفاقية[1].

إذا كان ثابتًا أن للمرأة أن ترهن ما تشاء من أموالها ولها أن تؤجر ما تشاء، ولها أن تحصل على القروض المصرفية لأن القوانين التي تحكم هذه التصرفات لا تفرق بين الرجل والمرأة، إلا أن وضع المرأة المتزوجة يختلف. فكثيرًا ما تربط بعض الدول حق المرأة المتزوجة في الاستفادة من القروض المصرفية وغيرها من الائتمانات المالية بعدم استفادة زوجها، مما يظهر معه عدم جدية القول باستقلال الذمة المالية للزوجة.

لقد اعتمد المؤتمر العالمي للسنة الدولية للمرأة مسلمًا بالصعوبات التي تواجهها النساء في كثير من بلدان العالم في الحصول على الائتمان والقروض للأنشطة التي تزيد من طاقتهن الإنتاجية، ومن ثم من الإسهام بنصيبٍ كاملٍ في ازدهار أسرهن ومجتمعاتهن المحلية، وبالتالي في اندماجهن الكامل في التنمية، القرار 10 بشأن حصول المرأة على المساعدة المالية، الذي أوصى فيه الحكومات في البلدان المعنية بما يلي:

1 – أن تنشئ أجهزةً لتسهيل تقديم الائتمان لتلبية الاحتياجات الخاصّة للنساء في مجموعات الدخل المنخفض في المناطق الريفية والحضرية.

2 – أن تسهل كذلك فرص وصول النساء في مجموعات الدخل المنخفض إلى المؤسّسات المالية القائمة.

3 – أن تشجع وتمدح المبادرات التي تتخذها المنظمات غير الحكومية والمنظمات النسائية التطوعية لإنشاء مصارفها ومؤسساتها المالية الذاتية.

كما حثّت الجمعية العامة في القرار رقم: 3522(د–30)، مؤكّدةً من جديد القرار المذكور أعلاه الحكومات والمنظمات الحكومية وغير الحكومية على أن تدعم بمزيدٍ من الهمّة والجهود الرسمية والخاصة المبذولة، كما تتاح للنساء التسهيلات التي لا تتيحها حاليًا مؤسسات التمويل والإقراض إلّا للرّجال فقط، ورجت "الحكومات أن تشجع جميع الجهود التي

1 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 197.

تبذلها المنظمات النّسائية والتّعاونية ومؤسّسات الإقراض والتي من شأنها تمكين النّساء في أدنى المستويات بالمناطق الريفية والحضريّة من الحصول على التّسهيلات الإئتمانية وقروض لتحسين أنشطتهنّ الاقتصادية وإدماجهنّ في عملية الإنماء القومي"[1].

كثيرًا ما تفرض شركات القروض والرهون العقارية مستوياتٍ من الشروط أعلى على النّساء وتطالبهن بأقساطٍ أو إيداعاتٍ أعلى للحصول على ائتمانٍ. وقد تتضمن نصوص الضّمان الاجتماعي تمييزًا ضّد الأمّهات العازبات بافتراضها التبعيّة للرجل. وينبغي للدول أن تتّخذ تدابير لضمان إمكانية حصول النّساء على الائتمان والقروض على قدم المساواة مع الرجال، وأيضًا أن تكون لهنّ المساواة في الحصول على الإعانات الأسريّة.

تتعلق الفقرة 01 من المادة 13 بالحقوق المالية للمرأة، ويدخل ضمن الجانب الاقتصادي، ويختص بالاستحقاقات الأسرية، التي تعني قضية الميراث والمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة فيه، وما يثار حول الشّريعة الإسلاميّة من أنها تعطي الرجل في بعض الحالات ضعف المرأة[2].

دأبت المؤتمرات الدولية والاتفاقيات على تناول موضوع مساواة المرأة بالرجل في حقّ الميراث، واعتبرت اتفاقية سيداو عدم المساواة بينهما من باب التمييز ضد المرأة، وطالبت – باسم المساواة وباسم القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة – بالمساواة بين المرأة والرجل في جميع الحالات، معتبرةً أن في التشريعات الإسلاميّة ما يكّرس مبدأ التّمييز والجور بالنّسبة إلى نصيب المرأة من تركة الوالدين؛ إذ الولد يرث ضعف ما ترثه البنت، والأخ يرث ضعف ما ترثه الأخت، والزّوج يرث ضعف ما ترثه الزّوجة.

كما أوصى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة في القرار رقم: 884 دال (د–34) على أن يكون للرجل والمرأة اللذين تجمعهما الدرجة نفسها من القرابة بشخص متوفي الحق في الحصول على حصصٍ متساويةٍ في التّركة، والحقّ في مرتبةٍ متساويةٍ في ترتيب الورثة وهذه الأحكام لم تنفذ عمومًا[3].

---

1 – انظر: الجمعية العامة، القرار رقم 3022 (د–30)، المؤرخ في 15 ديسمبر 1980.

2 – اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة رؤية نقدية من منظور شرعي، مرجع سابق، ص 91.

3 – نقلاً عن: أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 312.

لاحظ المجلس في هذا القرار أنّه في بعض النظم يحرم القانون المرأة من جميع حقوق الميراث، بينما يبلغ نصيب المرأة في نظمٍ أخرى جزء من نصيب الوارث الذكر الذي له درجة القرابة نفسها.

وفي نظمٍ أخرى يفضل دائمًا الوارث الذكر في ترتيب التّركة، وفي نظمٍ أخرى، يكون نصيب الأرملة في التركة أقل من نصيب الأرمل، أو تخضع لقيودٍ خاصّةٍ. وأوصى المجلس الحكومات بأن تتّخذ جميع التّدابير الممكنة لضمان المساواة في حقوق الميراث بين الرجل والمرأة بالنصّ على أن يكون للرجل وللمرأة، اللذين لهما درجة القرابة نفسها بالمتوفّى.

الفرع الثاني

الحماية الخاصة للمرأة الريفية لتعزيز مساواتها الفعلية بالرجل

لم تتغاضَ الاتفاقية عن الاهتمام بشريحةً أساسيةً في أيّة دولة وهي المرأة الريفية باعتبار المشاكل التي تواجهها في هذا المجال، وفي المقابل الأدوار التي تؤديها من أجل الاستقرار الاقتصادي لأسرتها بالدرجة الأولى، فقد طالبت من الدول الأطراف اتخاذ جميع التدابير اللازمة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية، لكي تكفل لها على قدم المساواة مع الرجل المشاركة في التنمية الريفية والاستفادة منها[1].

فخصصت الاتفاقية المادة 14[2] منها للمرأة الريفية فقط[3]، ودعت الدول الأعضاء إلى ضرورة الاهتمام بما تواجهه من صعوباتٍ، وتطالب الدول الأعضاء باتخاذ كل ما يكفل عدم التمييز ضد المرأة الريفية ويضمن لها المساواة التامة مع الرجل، ليصبح بمقدورها المشاركة في التنمية الريفية، وعلى ذلك ينبغي الاهتمام بها في إطار التخطيط السياسي، مع الأخذ بعين الاعتبار مشاكلها الخاصة ودورها الاقتصادي الفعال، وتطالب الاتفاقية أيضًا بحصول

---

1 – نعار زهرة، "حماية حقوق المرأة وفقًا لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)"، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 01، المجلد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2018، ص 198.

2 – انظر: المادة 14 من اتفاقية سيداو.

3 – يرجع إدراج هذا النص ضمن الاتفاقية إلى مبادرة من ممثلة الهند وانضم إليها ممثلو دول أخرى مثل مصر وأندونيسيا والباكستان والولايات المتحدة الأمريكية، إذ أشارت أن ثلثي النساء في العالم يعشن في المناطق الريفية خاصة في البلدان النامية. ولقد تمت الموافقة على اقتراحها من طرف تقريبًا الأغلبية المطلقة، انظر:

ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 198.

المرأة الرّيفية على حقّها في الضمان الاجتماعي بجميع أشكاله ومستوياته.

تدعو الاتفاقية في المادة 14 أيضًا لتكوين جماعات المساعدة الذاتية والتعاونيات لتتمكن المرأة الرّيفيّة من مجاراة الرّجل في الحصول على عملٍ، سواءٌ كان عملاً مأجورًا عند الآخرين أم كان عملاً خاصًا بها. على أن الرّيفيات فئةً ذات مشاكل خاصة تحتاج إلى عناية واهتمام شديدين من جانب الدول الأطراف.

إضافة إلى ذلك، تعترف الدول بوضوحٍ، عن طريق توسيع نطاق الاتفاقية ليشمل النساء في المناطق الريفية، بأهمّية عمل الريفيات ومساهمتهن في رفاهيّة أسرهن.

يجعل الفقر النساء أكثر عرضةً لخطر التمييز ويمنعها لأسباب مختلفة منها الأمية ونقص التعليم من معرفة حقوقهن والمطالبة بها. ويجب ألا نغفل انخفاض قيمة العمل المنجز تقليديًا من قبل النساء سواء بأجرٍ أو بدون أجرٍ، والذي يمنعهن من مغادرة مكانتهن المُتدنِّية. وفي الواقع، غالبا ما تكون النساء غير قادرات على خلق ما يكفي من الإيرادات لضمان استقلالها.

كما أنّ العادات الدينية والثقافية تقيد حق النساء في الصحة والتعليم، فكل هذه الأسباب هي عوامل لتكريس عدم المساواة بين الرجال والنساء ومنبع للتمييز[1].

بهذا تقتضي المادة 14 من الاتفاقية أن على الدول الأطراف أن تزيل التمييز ضد النساء في المناطق الريفيّة، وأن تعمل حقهّن في أحوال معيشية مناسبة، وأن تتّخذ تدابير خاصّةٍ لكي تضمن لهن على أساس المساواة بالرجال، نفس ما للرجال من مشاركة في التنمية الريفية ومزايا هذه التنمية، وينبغي للدول أن تعطي النساء في المناطق الريفية فرصة الخروج عن أدوارهن التقليدية واختيار أساليب مختلفة للحياة بأن تضمن لهن المساواة في الاستفادة من برامج التدريب والتعليم، وأيضًا من الائتمان والقروض والتسويق في المجال الزراعي.

كما دعت هذه المادة إلى تطبيق كل الأحكام التي نصت عليها الاتفاقية بشكلٍ عامٍ وعلى المرأة الريفية بشكلٍ خاصٍ.

هذا ويرتبط نص هذه المادة مع مواد أخرى تدعمها مباشرة في اتفاقية سيداو، وتتكرر بعض الأحكام الواردة فيها – المادة 14 – بصورة أشمل أحياناً في مواضيع أخرى من

1 – RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 197.

الاتفاقية مثل المادتين 10 و12 المتعلقتين بالتعليم والرعاية الصحية، وتشمل المواد الأخرى التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالمادة 14 ما يلي:

– المادة 11/أ، ب، ج، د المتعلقة بتكافؤ فرص العمل وشروط الخدمة والأجر والتدريب المهني، وثيقة الترابط مع الفقرات/ج، د من المادة 14.

– المادة 13/ب التي تقضي بأن تكفل الدول الأطراف للمرأة على أساس المساواة بينها وبين الرجل نس الحقوق في الحصول على القروض المالية وتؤيد مباشرة ما تنص عليه المادة 14/ز من حق المرأة الريفية في الحصول على الائتمانات والقروض الزراعية.

– المادة 02/15 والمادة 16/ح اللتان تقضيان من الدول الأطراف كفالة تمتع المرأة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الممتلكات. وتمثل الأراضي أهم مورد إنتاجي للنساء الريفيات اللواتي يعتمدن على الزراعة وترد الإشارة إليه في الفقرة/ز من المادة 14[1].

لاحظت لجنة سيداو أنّ المرأة الريفية تتعرض لخطر العنف القائم على أساس نوع الجنس نتيجةً لاستمرار المواقف التقليديّة فيما يتعلق بدور المرأة كتابع. وهذه المواقف تجذّرت في كثيرٍ من المجتمعات الرّيفيّة، حيث تعرض الفتيات فيها لخطر عنف خاص ولاستغلال جنسّي عندما يغادرن المجتمع الرّيفي بحثًا عن العمل في المدن[2].

لقد كان الاهتمام بوضع المرأة الريفية قبل المصادقة على اتفاقية سيداو وذلك في مؤتمر روما حول التغذية لعام 1974، حيث أشار إلى دور المرأة في توفير الغذاء، وقد واصل مؤتمر مكسيكو على هذا المنوال وانتهى بتبّني التوصية رقم 21 في هذا الموضوع.

وجاءت توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3523(XXX) لتأكد على أهمية العمل الدولي الاتفاقي لتحسين وضع المرأة الريفية، واعتبرت الجمعية العامة أن المرأة تؤدي

1 – هناك عدة توصيات عامة تتسم هي الأخرى بأهمية حاسمة للمرأة الريفية والامتثال الكامل للمادة، بما فيها التوصيات المتعلقة بالأجر المتساوي عن العمل المتساوي في القيمة" التوصية العامة رقم 13 لسنة 1989"، والتوصية المتعلقة بالعاملات بلا أجر في المشاريع الأسرية في الريف والحضر" التوصية العامة رقم 16 لسنة 1991"، التوصية المتعلقة بالعنف ضد المرأة "التوصية العامة رقم 19 لسنة 1992"، التوصية المتعلقة بالمساواة في الزواج والعلاقات الأسرية" التوصية العامة رقم 21 لسنة 1994"، التوصية المتعلقة بالمساواة في الملكية وحقوق الإرث والنساء المسنات وحماية حقوقهن الإنسانية"التوصية العامة رقم 27 لسنة 2010".

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، مرجع سابق، الفقرة 21.

دورًا هامًا ليس فقط في إطار الأسرة، وإنما في تحقيق التقدم الوطني أيضًا[1].

كما نظرت الجمعية العامة في وقت لاحق، في القرار رقم: 106/40 المؤرخ في 01 ديسمبر 1985، في تقرير الأمين العام عن الحلقة الدّراسيّة الإقليمية المعنّية بالخبرات الوطنّية المتّصلة بتحسين وضع المرأة في المناطق الرّيفيّة والمنعقدة في فيينا في الفترة من 17 – 28 سبتمبر 1984، وكذلك مجموعة الملاحظات والتعليقات التي أبدتها الدول الأعضاء[2].

طلبت الجمعية العامة، في هذا القرار من الحكومات أن تضع وتنّفذ كجزءٍ من الإستراتيجية الإنمائية الوطنّية برامج خاصّة شاملة لتحسين حالة المرأة في المناطق الريفية، ورجت المؤسسات وصناديق المعنية التابعة لمنظومة الأمم المتحدة أن تولي مزيدًا من الاهتمام لاحتياجات المرأة الرّيفية[3].

من خلال دراسة مضمون هذه الاتفاقية أنها تخول حقوق خاصة للمرأة، وتلزم الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة لضمان تمتعها الفعلي وعلى قدم المساواة مع الرجل بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فتهدف إلى تحويل فكرة المساواة الحرفية من مجرد طرح نظري وفكري إلى واقع عملي تطبيقي.

كما تهدف إلى كفالة الحقوق المتساوية للمرأة، بصرف النظر عن حالتها الزوجية في جميع الميادين. وهي تدعو إلى سن تشريعات وطنية تمنع التمييز، وتوصي باتخاذ تدابير خاصة مؤقتة للتعجيل بتحقيق المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة، وباتخاذ خطوات تستهدف تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تؤدي إلى إدامة التمييز.

---

1 – A.G, Résolution 1710(XVI), " Décennie pour le développement", adoptée le 19 Décembre 1961, § 10.

2 – رغم انخفاض إجمالي معّدلات عمل المرأة، فإن نسبة السيدات اللاتي يعملن في الزّراعة، من بين السيدات العاملات، تتساوى عادةً مع مثيلتها من الرجال أو تزيد عليها، وذلك مقارنةً بقطاعاتٍ أخرى، كما أن حوالي 70% من السّيدات العاملات في جنوب آسيا وأكثر من 60% من السيدات العاملات في أفريقيا جنوب الصحراء يعملن في قطاع الزراعة.

وتوضح المشاركة الكبيرة للمرأة الريفية في قطاع الزراعة، كعاملة ضمن الأسرة أو مساهمةٍ بلا أجرٍ، مدى أهمية إعداد السّياسات والبرامج التي تلبي احتياجات الرجال والنساء واهتماماتهن والعقبات التي تواجههنّ في قطاع الزّراعة. ويشتمل ذلك على تقويّة نظم الإرشاد الزّراعي للمرأة، على الموقع التّالي:

http://www.fao.org/3/a-an479a.pdf، تاريخ الإطلاع: 30 جوان 2017.

3 – أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 326.

على رغم من الاحتفاء الذي حظيت به هذه الاتفاقية على المستوى الدولي، إلا أنها أغفلت مسألة العنف ضد المرأة بوصفه إحدى القضايا الرئيسية التي تعاني منها ولها انعكاسات مباشرة على وضعها في كل المجالات. فتداركت لجنة السيداو هذه المسألة بإقرارها التوصية رقم (12) عام 1989.

وتُنتقد الاتفاقية أيضًا بأنها جاءت في العديد من موادها بنصوصٍ عامةٍ لا تحدد طبيعة الالتزام المفروض على الدول الأطراف فيها.

ومن حيث طبيعة الحقوق التي تغطيها الاتفاقية، ففي الغالب توجه سهام النقد بأنها وضعت لتحمي أو تكرس حقوقاً للمرأة استقرت عليها المجتمعات الغربية دون غيرها من المجتمعات التي يشكل فيها الدين والعادات والتقاليد والأعراف حيزًا مهمًا، وتلقي بظلالها على مكانة المرأة في المجتمع وفي محيطها الأسري، كما هي في المجتمعات العربية والشرقية والإفريقية عمومًا. وليست الدول العربية أو الإفريقية هي الوحيدة التي تجادل بتعارض مبادئ (سيداو) مع العادات والتقاليد والدين، أو مع نظامها القانوني الوطني. فالولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال لم تصادق على هذه الاتفاقية استنادًا إلى الادعاء بتعارضها مع النظام القانوني الوطني وتجاوباً مع الضغط الذي تمارسه جماعات الضغط المسيحية.

أما الجزائر فصادقت بتحفظ على بعض موادها، على الرغم من القيم التي تدعو إليها هذه الاتفاقية من جهة والقيود التي وضعتها للتحفظ عليها من جهة أخرى، هذا ما سندرسه في الباب الثاني من هذه الرسالة.

الباب الثاني

الجزائر بين القيمة القانونية لتحفظاتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وأهمية دواعيها

سبق وأن أشرنا إلى أنه عندما تكون الدولة طرفًا في اتفاقية ما، فهذا يعني أنها تلتزم بما جاء في هذه الاتفاقية من نصوصٍ، إلا إذا تحفظت عند المصادقة عليها على نص فيها ترى أنه يمس سيادتها أو يهدد مصالحها في علاقتها مع الدول الأخرى، وهنا يخرج ذلك النص من دائرة التزاماتها، ويستوجب الأمر قبل تطبيق أي اتفاقية أن تكون نصوص القانون الوطني غير متعارضة مع نصوصها، وإذا حدث ذلك وجب على الدولة الطرف إعمال إجراء التحفظ بصدد هذه النصوص إذا كانت الاتفاقية تجيزه.

وفي هذا تحظر الوثائق الدولية لحقوق الإنسان بما فيها اتفاقية سيداو وإعلان بكين التحفظات التي تمس هدف وموضوع الاتفاقية، فقد جاء في المادة 28 فقرة 02 من اتفاقية سيداو على أنه لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها.

كما ورد في إعلان وبرنامج عمل بكين لسنة 1995 في الفقرتين 230(ج) و(د) بأن تتعهد الدول بضمان ألا تكون أي من التحفظات منافية لموضوع المعاهدات وهدفها، أو غير متماشية مع القانون الدولي للمعاهدات، ومراجعتها بانتظام بغرض سحبها.

انطلاقا مما ورد في هذه الوثائق فإن هذا الترخيص "المشروط" أدى بأغلبية الدول الأطراف في اتفاقية سيداو إلى التحفظ عليها والذي كُيف على أنه "مفرط"، فقد بلغ عدد الدول التي قدمت تحفظاتٍ مكتوبةٍ عند توقيعها أو انضمامها أو مصادقتها على الاتفاقية 55 دولة، الأمر الذي أثار اهتمام الجمعية العامة للأمم المتحدة واللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحيث نظرت في مدى شرعيتها في مرات عديدة واعتبرتها تحفظات تعيق تنفيذ أحكام الاتفاقية.

فالجزائر كغيرها من الدول عندما صادقت على اتفاقية سيداو سنة 1996 وأصبحت طرفا فيها أبدت تحفظات على بعض أحكامها، والتي تندرج ضمن إجراءات سيادة الدولة، ذلك للإدلاء بخصوصيتها الحضارية والثقافية والأهم من ذلك الخصوصية الدينية، وللتوفيق بين أحكام قانونها الداخلي المتباينة مع مقاصد اتفاقية سيداو، لكنها سرعان ما تخلت عن أحد تحفظاتها في عام 2008 بسبب ضغوطات داخلية وخارجية بالأخص تلك التي مارستها عليها لجنة سيداو، بينما أبقت على تحفظاتها الأخرى.

فالجدير بالذكر هنا أن الأمم المتحدة شجعت الحكومات في أول الأمر على الانضمام إلى هذه الاتفاقية ومنحتها حق الاعتراض والتحفظ، وصورت الأمر على أن الاتفاقية جاءت

في شكل مبادئ عامة وأن للدول الأطراف حرية تنظيم أمورها التشريعية، ولكن ما إن صوتت برلمانات تلك الدول على الاتفاقية –ومنها الجزائر– وأصبحت نافذة، حتى ابتدأت مرحلة الضغط لرفع تحفظات الدول وتقدمت الأمم المتحدة لاتخاذ سلسلة من التشريعات والتدابير القانونية لتطبيق الاتفاقيات وفقاً للمعايير الدولية.

وعليه استوجب الأمر البحث عن القيمة القانونية لتحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو سواء من حيث مضمون ما ورد في تلك التحفظات، خاصة إذا علمنا أن ليس عدد المواد المتحفظ عليها ولا حجم نص التحفظ الذي يهم، المهم هو أن لا تكون التحفظات عامة غير محددة ولا تنصب على مادة أساسية في الاتفاقية، فتستجيب بذلك للقيود الواردة على حق التحفظ في اتفاقية سيداو وفي القانون الدولي للمعاهدات، أو من حيث تحديد الجهات المختصة قانونا لفحص وتقدير هذه التحفظات هذا من جهةٍ (الفصل الأول).

ومن جهةٍ أخرى فهم أهمية الأسباب والدواعي التي جعلت الجزائر تضع تحفظات على بعض أحكام هذه الاتفاقية دون غيرها وسحب بعضها دون الأخرى، ذلك لأن اكتمال الموضوع ووضوحه يستوجب إعطاء صورةً واضحةً عن دوافع الحكومة الجزائرية إلى إبداء التحفظات على هذه الاتفاقية، والتي من خلالها يتم تبيان إذا استمرت الجزائر في تمسكها بهذه الأسباب بعد التعديلات والتطورات التي حصلت في إطار التشريع الجزائري، ومن ثم حقها في الإبقاء على كل تحفظاتها، أو أنها تخلت عن بعض منها، وعليه يمكن سحب بعض هذه التحفظات أو بالأحرى سحب تحفظها على بعض فقرات المواد التي تحفظت عليها، فيكون التحفظ على هذه الاتفاقية كما وصفه البعض على أنه مرحلة انتقالية لجأت إليها تقريبا كل الدول المنضمة إليها في انتظار تعديل تشريعاتها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

القيمة القانونية لتحفظات الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تؤدي التحفظات التي تدرج في معاهدات حقوق الإنسان بصفةٍ عامةٍ إلى تعديل وتغيير الالتزام الدولي المفروض على الدولة، وتساعد في التقليل من حجم الالتزامات التي ترتبها الاتفاقية على كاهل الدول، وتشجعها أيضا على الانضمام للاتفاقيات الدولية من ناحية ومراعاة ظروفها عبر تحررها من بعض الالتزامات الواردة في الاتفاقية وعدم تطبيقها على إقليمها من ناحية أخرى، لذا يهدف التحفظ إلى جعل فعالية بند من بنود الاتفاقية محدود الأثر أو معطل في أراضي هذه الدولة.

وهذا يعني أن التحفظات على اتفاقيات حقوق الإنسان بما فيها اتفاقية سيداو طبعا، يمكن أن تجعل من التصديق عليها تصديقًا صوريًا، لأنها كما أشرنا إليه آنفا تستبعد تطبيق بعض الحقوق المعترف بها في الاتفاقية ضمن إطار القانون الداخلي للدولة، خاصة في الحالة التي تكون فيها الحقوق المشمولة بالتحفظ تنتمي إلى فئة الحقوق الأساسية والمكونة لهدف الاتفاقية وموضوعها وتفقد بذلك الاتفاقية مصداقيتها.

وعليه وجهت سهام نقد كثيرة إلى التحفظات التي أوردتها الجزائر على اتفاقية سيداو من خلال اعتراضات الدول الأطراف فيها، وكذا من خلال التوصيات الصادرة من لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بمناسبة النظر في التقارير الدورية المقدمة من طرف الحكومة الجزائر، لقد اعتبروا أن التحفظات الجزائرية غير صحيحة من منظور القانون الدولي بصفة عامة، معللين موقفهم هذا من جهة بما نصت عليه المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي جاء في مضمونها أنه يمكن لأي دولة وقت التوقيع أو المصادقة إبداء تحفظها شريطة أن لا يكون التحفظ منافيا لموضوع وهدف المعاهدة، واستدلوا أيضا في موقفهم هذا بالفقرة 02 من المادة 28 من اتفاقية سيداو التي نصت على الشرط نفسه.

كما أكدوا على أنه من شأن هذه التحفظات أن تؤدي إلى إضعاف حماية المرأة من التمييز، فلابد من مراجعتها من أجل التفعيل الحقيقي للاتفاقية، ولابد من مطابقة التشريعات الوطنية بما يتماشى وروح الاتفاقية، مما أدى بالحكومة الجزائرية إلى تغيير موقفها تجاه الاتفاقية

بسحب بعض تحفظاتها، خاصة أن هذه الاتفاقية تشجع الدول الأطراف في نص مادتها 28 فقرة 03 على السحب.

وبهذا فقبل البحث عن القيمة القانونية لهذه التحفظات ومعه عن امتثال الجزائر لالتزاماتها الأساسية في الاتفاقية، لابد من استعراض موقفها من الاتفاقية المتأرجح بين الالتزام بها بتحفظ وبين التراجع عن بعض تحفظاتها (المبحث الأول)، ومن ثم لابد من مناقشة ودراسة الانتقادات الموجهة إلى تحفظات الجزائر وتقدير ما إذا كانت هذه الانتقادات لها أساس في إطار القانون الدولي وفي اتفاقية سيداو خاصة في توافقها مع موضوع الاتفاقية وهدفها، وذلك باعتماد أسسٍ معينةٍ، وفي الأخير تقدير صلاحيات الجهات التي أصدرت عنها هذه الانتقادات في تقرير صحة التحفظات وتحديد آثار النتائج التي توصلت إليها هذه الجهات على موقف الجزائر من الاتفاقية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تأرجح موقف الجزائر من اتفاقية سيداو بين الالتزام بها بتحفظٍ أو التراجع عن بعض تحفظاتها

تتمتع الدولة بالحرية في الالتزام بالمعاهدات الدولية وإدخالها في نظامها القانوني الداخلي الذي يمثل الوعاء الطبيعي للتمتع بالحقوق الواردة فيها وممارستها وتطبيقها.

تختلف طرق الالتزام بالمعاهدات الدولية من دولة إلى أخرى حسب نظام الحكم المتبع في كل دولة، وتختلف أيضا في ترتيبها وقيمتها القانونية ضمن الهرم القانوني الداخلي بعد إدراجها فيه. فالجزائر دولة ذات سيادة لها خيار معين في الوسائل والإجراءات المعتمدة عند الإقبال على الالتزام بالاتفاقيات الدولية وفي ترتيبها ضمن النظام القانوني الداخلي.

وعليه لتوضيح موضوع تحفظ الجزائر على اتفاقية سيداو كان لزاما الإشارة إلى كيفية إدخال هذه الاتفاقية ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، فضلا عن تحديد مرتبتها في هذه المنظومة (المطلب الأول)، كما أن الجزائر عندما التزمت بهذه الاتفاقية وضعت تحفظات لحل إشكالية تعارض القانون الداخلي مع الاتفاقية، مما يستوجب تحديد نطاق هذه التحفظات لتتضح حدود التزاماتها في الاتفاقية، وتحليلها ومقارنتها مع التحفظات التي أوردتها الدول الأطراف الأخرى في الاتفاقية (المطلب الثاني)، هذا ولكن سرعان ما غيرت

الجزائر موقفها من الاتفاقية من الالتزام بها مع إيراد تحفظات على بعض موادها إلى تراجعها عن بعض هذه التحفظات، لاسيما تحفظها على المادة 09 الفقرة 02 من الاتفاقية، إذ تأكد التزامها بمبدأ المساواة بين الجنسين كما نادت به الاتفاقية في موضوع الجنسية، وتخلت بذلك عن الأحكام المتعارضة مع الاتفاقية في هذا الموضوع (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إدخال اتفاقية سيداو في المنظومة القانونية الجزائرية

يعني إدخال المعاهدة في القانون الداخلي لدولة ما تمكين المعاهدة من أن تصبح قانونًا ملزماً لجميع أجهزة الدولة، وتستند صفة الإلزام للمعاهدات الدولية حسب البعض إلى القاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، وأما البعض الآخر أسندوها إلى قاعدة من قواعد القانون الوضعي والعرفي فُرضت على الدول لإيجاد التوازن والاستقرار في العلاقات المتبادلة بينها.

لقد تُرك للدولة حرية الطريقة التي بواسطتها تعكس التزاماتها بموجب المعاهدة في تشريعاتها الداخلية، على ذلك قامت الجزائر على غرار عدد من الدول بوضع مجموعة من الشروط ينبغي توافرها لنفاذ المعاهدة أهمها: شرط اقتران التوقيع بالتصديق على الاتفاقية الذي يشير إلى القبول نهائيا الالتزام بها (الفرع الأول)، وشرط نشرها وفق الأصول المعمول بها داخل الدولة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التصديق تعبير عن الالتزام النهائي بأحكام اتفاقية سيداو

جرى العرف الدولي على أن المعاهدات لا تصبح سارية بمجرد التوقيع عليها من قبل ممثل الدولة، إنما يشترط لنفاذها أن يقترن بذلك ما يشير إلى قبول الدولة نهائيا بالالتزام بها[1]، وللتعبير عن هذا القبول وسائل مختلفة أشارت إليها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات

1 – يشير جانب من الفقه إلى أنّه ينبغي التمييز بين نفاذ المعاهدة في القانون الوطني وتنفيذها فيه، فالنفاذ يتم بإدخال المعاهدة في القانون الوطني بينما التنفيذ يعني تطبيق المعاهدة في القانون الوطني من قبل أجهزة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية أو بعبارةٍ أخرى أن النّفاذ الفعال لنصوص الاتفاقية الدولية داخل الدول يعني التزام الدولة المتعاقدة بالوفاء بأحكامها فوق أراضيها وإزاء الأشخاص والأموال الموجودة فيها وهو التزام بتحقيق غايةٍ وليس ببذل عنايةٍ، انظر: زهير الحسني، "النظام القانوني للمعاهدات الدولية في القانون الدستوري والعراقي"، مجلة التشريع والقضاء، العدد 04، مجلس الأعلى للقضاء، العراق، 2012، ص 34.

لسنة 1969[1]، وفي الغالب يتم التعبير عن رضا دولة ما للالتزام بالمعاهدة عن طريق التصديق عليها وهذا ما اتبعه المشرع الجزائري.

أكدت لجنة سيداو في هذا السياق على أنه: "بالتصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها، تتعهد الدول الأطراف بإدماج الاتفاقية في أنظمتها القانونية المحلية أو أن تمنحها بسبيل آخر الأثر القانوني الملائم في أنظمتها القانونية المحلية بهدف ضمان قابلية إنفاذ أحكامها على الصعيد الوطن".

كما أنه من حيث المبدأ الدولة حرة في تحديد مكانة المعاهدة ضمن الهرم القانوني الوطني، لهذا يستوجب الموضوع تبيان المقصود بالتصديق بصورةٍ مختصرةٍ (أولاً)، والجهة المختصة بالتصديق (ثانيًا)، وصولا لتحديد المرتبة التي تحتلها اتفاقية سيداو في القانون الجزائري (ثالثًا).

أولاً – المقصود بإجراء التصديق:

التصديق هو تعبير الدولة عن قبولها الارتباط الرسمي بالاتفاقية من قبل الهيئات المخّولة من طرف القانون الداخلي (الدستور) لالتزام الدولة على الصّعيد الخارجي[2]، إذن التصديق هو إجراء جوهري بدونه لا تتقيد الدولة أساسًا بالمعاهدة التي وقعها ممثلها، فهذا الإجراء هو عبارة عن الإقرار الصادر عن السلطات الداخلية المختصة بالموافقة على المعاهدة الذي يجعل الدولة ملتزمةً بها نهائيًا[3].

لقد عرّفته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 في المادة 02 الفقرة 01/ب على أنّه: " ***يقصد بـ "التصديق"... الإجراء الدولي المسمى كذلك، والذي تقر الدولة بمقتضاه على المستوى الدولي رضاها الالتزام بالمعاهدة".***

فإذا كان التصديق أحد الوسائل الذي تعبر من خلاله الدولة عن ارتضائها الالتزام النّهائي بأحكام المعاهدة، إلا أنه لا يعد الوسيلة الوحيدة بل هناك وسائل أخرى أرساها العمل

---

1 – انظر: المادة 02 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، وتناولت كذلك المواد 13، و14، و15، و16 من الاتفاقية نفسها إجراءات التعبير عن رضا الدول الالتزام بالمعاهدة بالتصديق عليها والانضمام إليها.

2 – حسينة شرون، "تطبيق الاتفاقيات الدولية أمام القاضي الجزائي"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2007، ص 92.

3 – كمال زعموم، مصادر القانون الدولي، دار العلوم للنشر والتوزيع، بيروت، 2004، ص 84.

الدولي، منها مثلاً: التوقيع، تبادل الوثائق (الصكوك) المكونة للمعاهدة، الانضمام، القبول، الموافقة، التي أوردتها المادة 11 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

ويلاحظ أن الوسائل الواردة في هذه المادة لم يرد ذكرها على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، باعتبارها من الوسائل المستخدمة بالفعل في العمل الدولي، فالاتفاقية لا تلزم الدول بإتباع وسيلة معينة للتّعبير عن ارتضائها الالتزام القانوني بالمعاهدة، وإنما يجوز للدولة أن تلجأ إلى الوسيلة الملائمة.

الجدير بالذكر أنه ينبغي التمييز بين التصديق من وجهة النظر الدولية، والتصديق من وجهة النظر الدستورية، فيعني التصديق في القانون الدولي أنه عمل منسوب لدولة بعينها، يفيد أو يؤيد قبولها للمعاهدة، أما معناه في القانون الدستوري، فهو عمل صادر من رئيس الدولة أو من سلطةٍ أخرى في الدولة، وذلك بالتطبيق لأحكام الدستور الخاص بتلك الدولة، مع مراعاة الإجراءات والشروط المبينة في ذلك الدستور، إذن التصديق ليس فقط مجرد إجراء دولي يعبر عن إرادة الدولة بالتزام أحكام المعاهدة إنما هو في الوقت نفسه شرط هام للاعتداد بها في القانون الداخلي طبقًا للدستور[1].

أما الانضمام فهو الطريقة الثانية للتعبير عن قبول الدولة بالاتفاقية وفقًا لما جاء في المادة 15 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات[2].

ولا يُحدِث التّصديق أثره على الصعيد الدولي إلا إذا وصل إلى علم أطراف المعاهدة، ويتحقق العلم بالتصديق عن طريق إيداع وثائق التصديق لدى إحدى الدول أطراف المعاهدة التي تم الاتفاق عليها صراحة في المعاهدة نفسها، وتكون عادة الدولة التي وقِعَت المعاهدة في إقليمها، أو لدى الأمانة العامة لإحدى المنظمات الدولية المتفق عليها[3].

كما يمكن اعتبار أن للتصديق دورًا وقائيًا، وهو ما يدفع الدول إلى اشتراطه في دساتيرها حتى تضمن توفير الرقابة الكافية على عملية إبرام المعاهدات الدولية، من خلال إشراك جهاتٍ وسلطاتٍ أخرى غير تلك التي قامت بعملية التفاوض أو التوقيع، وكذلك حتى

1 – علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص53.

2 – انظر: المادة 15 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

3 – انظر: المادة 76 من المرجع نفسه.

لا يترتّب على إبرامها إضرار بمصالحها[1].

إذا اعتمدت الدولة إحدى هذه الطرق كوسيلة للتعبير عن ارتضائها الالتزام بالمعاهدة تصبح الدولة طرفاً في الاتفاقية، وتلزم بما جاء في أحكامها، وتسهر على تطبيق هذه الأحكام وإدراجها في النظام القانوني المحلي، وبفعل هذا الإجراء يمكن أن تكتسي الاتفاقية قوةً قانونيةً أقوى من القوانين المحلية الأساسية والعادية، حيث أنه تختلف مرتبة المعاهدات الدولية ضمن التشريعات الوطنية باختلاف هذه التشريعات، فبعض الدول تجعل المعاهدات الدولية في درجة الدستور، ومنها من تجعل المعاهدات في درجة قوانينها الوطنية[2].

بهذا التعريف تطرح اتفاقية فيينا معنى آخر للتصديق يخالف المعنى الداخلي عند الدول للتّصديق، ويعرف هذا المفهوم للتّصديق بأنّه مفهوم دولي، فلم تهتم اتفاقية فيينا بالجهة المخولة لها دستوريًا التّصديق على المعاهدة، خلافًا لمفهوم الدول للتصديق، والذي يقصد به الجهة المختصة بالتصديق على المعاهدات الدولية، وهو إقرارها من قبل السّلطات المعنية في الدولة لتطبيقها على إقليمها أي تحويلها إلى قانون وطني، فالجزائر من الدول سلكت التصديق لإدماج المعاهدة في نظامها القانوني.

تجدر الإشارة إلى أنّ الدستور الجزائري لم يستعمل إلا عبارة التصديق للتعبير عن التزام الدولة، رغم أن العمل التطبيقي يوضح استعمال عباراتٍ أخرى كالانضمام والموافقة.

إذن تنوعت الوسائل المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 (الانضمام، الموافقة، القبول، تبادل الوثائق المشكلة لمعاهدة دولية)، لكن الدستور الجزائري لا يعترف إلا بالتصديق كوسيلةٍ أساسيةٍ ورسميةٍ لدخول المعاهدات حيّز النفاذ، أما باقي الوسائل الأخرى فإن كانت عمليًا موجودةً، إلا أنها لا تستند إلى نصوصٍ دستوريةٍ وقانونيةٍ.

---

1 – سعيد محمد أحمد باناجة، دراسة وجيزة حول مبادئ القانون الدولي العام وقت السلم وقانون المنظمات الدولية الإقليمية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص 59.

إن الرقابة اللاحقة من شأنها تفادي أي خلافٍ قد يقع مستقبلًا إذا ما ادعت الدولة أن ممثلها فقد تجاوز حدود الصلاحيات الممنوحة له، إذا ما رغبت مثلا في الإفلات من الالتزامات أو القيود التي تفرضها المعاهدة، لذلك كان التّصديق بمثابة مراجعةٍ تامةٍ ونهائيةٍ لمشروع المعاهدة، وهو قرينة لا تقبل إثبات العكس على أنّ ممثل الدولة قد التزم حدود اختصاصاته أثناء المفاوضات أو التّوقيع، انظر: علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 657.

2 – شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة، شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، مرجع سابق، ص 143.

ثانيا – الجهة المختصة بالتصديق على الاتفاقيات الدولية في الجزائر:

يحدد غالبًا دستور الدولة الهيئة المختصة بالتصديق على المعاهدات، والتي قد تقتصر على السلطة التشريعية، وقد يشترك معها رئيس الدولة أو رئيس الحكومة وذلك وفقًا للنظام الدستوري في الدولة.

فبالنسبة للجزائر يتولى مهمة التصديق على المعاهدات رئيس الجمهورية، وهذا ما نستشفه من المادة 91 الفقرة 09 من التعديل الدستوري لسنة 2016 والتي تنص على أنه: "***يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إيّاه صراحةً أحكام أخرى في الدستور بالسلطات والصلاحيات الآتية:***

....09- يبرم المعاهدات ويصادق عليها".

ونص المادة 150 من التعديل الدستوري ذاته الذي جاء فيه: " ***المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون***"[1].

يعتبر التصديق اختصاصًا شخصيًا أصليًا وحصريًا لرئيس الجمهورية وحظر عليه تفويضه لأيٍّ كان، وهو ما نصت عليه المادة 101 الفقرة 02 من التعديل الدستوري لسنة 2016، إذ أكدت على أنّه لا يجوز لرئيس الجمهورية بأي حال من الأحوال تفويض سلطاته المنصوص عليها في المادة 91، ومن بينها سلطة التصديق على المعاهدات الدولية، ولقد أكد على ذلك أيضًا المرسومان الرئاسيان رقم: 90-359[2] و02-403[3]، وهذا نظرًا، كما

---

1 – تقابلها المادة 132 من دستور 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أفريل 2002، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008.

2 – انظر: المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 90-359، المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلّق بصلاحيات وزير الشؤون الخارجية، ج.ر.ج.ج، العدد 50، لسنة 1990 (ملغى).

3 – انظر: المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 02-403، المؤرخ في 26 نوفمبر2002، يحدد لصلاحيات وزارة الشؤون الخارجية، ج.ر.ج.ج، العدد 79، لسنة 2002، الملغي للمرسوم رقم 90-359، المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلّق بصلاحيات وزير الشؤون الخارجية.

إذ لا يتعدى بمقتضى نص هذه المادة دور وزير الخارجية السعي إلى التصديق والعمل على ذلك، حيث يقتصر دوره على تقديم تقرير حول المعاهدة لرئيس الجمهورية الذي يتولى بنفسه إصدار مرسوم التّصديق باسمه.

قلنا، لأهمية التصديق كونه الوسيلة الدستورّية الوحيدة المنصوص عليها لالتزام الجزائر بالمعاهدة الدولية والشرط الجوهري لإدماجها في القانون الوطني.

لكن تعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان من قبيل المعاهدات التي لا يكفي التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية فقط، بل يجب أن يكون التّصديق عليها مشتركًا بين كل من البرلمان بغرفتيه ورئيس الجمهورية، فقد نصت المادة 149 من التعديل الدستوري لعام 2016 على أنّه: " ***يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلّقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتّب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة***"، إذن التصديق في الجزائر حسب نص هذه المادة نوعان، التصديق المشروط بموافقة البرلمان، والتّصديق غير المشروط ويختص به رئيس الجمهورية.

أ – **التصديق المشروط بموافقة البرلمان:** أي لابد من موافقة البرلمان على بعض المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، ويطلق على هذه المعاهدات اسم: "المعاهدات العامة"، لذلك فإنّ هذا النوع من المعاهدات لا ترتب آثارًا قانونّية، ولا يمكن للأفراد أو محاميهم التذرع أمام الجهات القضائية بمجرد مصادقة رئيس الجمهورية عليها، بل نجده يشترط أيضًا موافقة البرلمان، وكذا استطلاع رأي المجلس الدستوري عندما يتعلق الأمر باتفاقيات "الهدنة ومعاهدات السلم"، استنادًا إلى المادة 111 من التعديل الدستوري المذكور سابقا[1].

ب – التصديق غير المشروط: أي التصديق الذي يختص به رئيس الجمهورية لوحده دون الرّجوع إلى البرلمان، وهذا يخص معاهدات تسمى بـ: "المعاهدات المحدودة الأهمية"،

1 – تنص المادة 111 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: "يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.

ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما، ويعرضها فورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة".

وعليه تصبح هذه المعاهدات نافذةً في التشريع الوطني ومرتبة لآثارها القانونية دون اشتراط توفر موافقة هيئةٍ أخرى[1].

أما بالرجوع إلى الدساتير الجزائرية السابقة، نجد ابتداءً دستور 1963 الذي أعطى للسلطة التشريعية دورًا استشاريًا فقط، فنصت المادة 42 منه على أنه: "***يوقع رئيس الجمهورية بعد استشارة المجلس الوطني ويصادق على المعاهدات والاتفاقيات والمواثيق الدولية***"، ثم جاءت فترة الفراغ الدستوري والبرلماني الذي عرفته البلاد منذ 19 جوان 1965، فكانت عملية التصديق على المعاهدات الدولية تتم من طرف رئيس مجلس الثورة والحكومة، وذلك بموجب المادة 05 من الأمر رقم 65-182[2]، إلى حين دخول دستور 22 نوفمبر 1976 حيز النّفاذ، الذي منح المجلس الشعبي الوطني وظيفة مشاركة رئيس الدولة في التصديق على المعاهدات، فنصت المادة 111 الفقرة 17 على السلطة المخولة لرئيس الدولة في إبرام المعاهدات والتصديق عليها، في حين أن المادة 158 منه نصّت على أنه: " ***تتمّ مصادقة رئيس الجمهورية على المعاهدات السياسية والمعاهدات التي تعدل محتوى القانون بعد الموافقة الصّريحة عليها من المجلس الشعبي الوطني***"، فلم توضح هذه المادة لا المعاهدات السياسية ولا التي تغير محتوى القانون، وأما اتفاقية الهدنة ومعاهدات السلم في المادة 124 من دستور 1976[3] أشركت كلا من الهيئة القيادية للحزب والمجلس الشعبي الوطني في الموافقة عليها، علمًا أنّ في هذه المعاهدات تكون فيه البلاد في حالة استثنائية يوقف العمل بالدستور وفقًا للمادة 123 منه.

في الفترة التشريعية الأولى 1977 – 1981 لم تعرض أي اتفاقيةٍ دوليةٍ على المجلس الشعبي الوطني، أمّا الفترة الثانية من 1982 – 1986 فعرضت عليه 14 اتفاقيةً دوليةً، أما

---

1 – يلاحظ أن الدساتير توزعت في تحديدها للسلطة المختصة بالتصديق بين أربع اتجاهاتٍ، اتجاه أسند هذه المهمّة لرئيس الدولة، وآخر أناطها بالسلطة التّشريعيّة وثالث أشرك فيها السلطة التشريعيّة ورئيس الدولة، وأخيرًا تركها للشعب تعبيرًا عن الديمقراطية الشعبية أو نظرًا لأهميتها وخطورتها كونها تتعلّق في بعض الأحيان بتحديد مصير الدولة أو تتّصل بإحدى الشؤون الهامة، انظر: جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام (المدخل والمصادر)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 119.

2 – انظر: أمر رقم 65-182، لتاريخ 10 جويلية 1965، يتضمن تأسيس الحكومة، ج.ر.ج.ج، العدد 58، الصادر في 13 جويلية 1965.

3 – أمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن الدستور الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد 94، الصادر في 24 نوفمبر 1976.

الفترة التشريعية الثالثة من 1987 – 1991 أخضعت لموافقة المجلس 31 اتفاقيةً دوليةً[1]، وخلال هذه الفترة التشريعية جاء دستور 23 فيفري 1989[2]، والذي نص بدوره في المادة 74 الفقرة 11 منه على السلطة المخولة لرئيس الجمهورية في إبرام كل المعاهدات الدولية والتّصديق عليها، مع إلزامه في المادة 122 من الدستور ذاته بالرجوع إلى البرلمان، الذي كان متكونًا آنذاك من غرفةٍ واحدةٍ والمتمثلة في المجلس الشعبي الوطني، وذلك لأخذ موافقته الصريحة قبل تصديقه على بعض المعاهدات، ثم نقلت هذه المادة حرفيًا إلى دستور 1996 في المادة 131، الاختلاف الوحيد هي الجملة الأخيرة من نص المادة 131، والتي صارت تحمل رقم المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2016 والمتمثلة في: "... ***بعد أن توافق عليها كلّ غرفة من البرلمان صراحة***...".

يبقى الهدف من التصديق على المعاهدة من قبل السلطة التنفيذية بعد موافقة كل من غرفة البرلمان، هو إعطاء الدولة فرصةً لإعادة النظر قبل الالتزام نهائيًا، خاصّة في حالة المعاهدات التي تشتمل على التزاماتٍ في غاية الأهمية، وكذلك لإتاحة الفرصة لعرض المعاهدة على ممثلي الشعب لإبداء رأيهم، قبل تصديق رئيس الجمهورية عليها، وممارسة الرقابة فيما بعد على السّلطة التنفيذية بشأن التزامها بأحكام المعاهدة[3].

كما أن للدولة مطلق الحرية في اختيار اللحظة الزمنية التي تراها مناسبةً للتّصديق على المعاهدة ما لم يكن هناك نص صريح يحدد أجلاً معينًا للتصديق، فإجراء التصديق من جانب الدولة ليس اختصاصًا مقيدًا، لكنه اختصاص تقديري للأجهزة المعنية بالتّصديق في

---

1 – LARABA Ahmed, "Chronique du droit conventionnel algérienne, 1989-1994", Revue IDARA , N° 01, Alger, 1995, p 35.

2 – مرسوم رئاسي رقم 89–18، المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن الدستور الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد 09، الصادر في 01 مارس 1989.

3 – رغم وضوح اختصاصات كل من البرلمان ورئيس الجمهورية بشأن المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية إلا أن بعض الخلافات قد تحدث بينهما بشأن صلاحّية التصديق، فقد يرى رئيس الجمهورية أن المعاهدة ليست ضمن المعاهدات التي يوجب الدستور، تصديق البرلمان عليها في حين يُصير البرلمان على أنّها من اختصاصه. ويرجع الخلاف أحيانًا إلى أسباب جوهرية تتعلق بالتحفظات التي يمكن أن يبديها البرلمان على المعاهدة، فالبرلمان قد يبدي تحفظًا على نصٍّ معينٍ، لكنّ الحكومة لا ترغب فيه، وذلك لأسبابٍ سياسيةٍ تتعلق بسياستها الخارجية، أو لغير ذلك من الأسباب، انظر: رابح سعاد، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 37.

كلّ دولةٍ ويتعين عليها القيام به متى توافرت شروطًا معينةً[1].

لقد أدى هذا الوضع إلى ترتيب كثيرٍ من المساوئ في التعامل الدولي، ومن بينها التأخير والتماطل الكبير في التصديق على الكثير من المعاهدات من طرف الدول الموقعة عليها، فعلى سبيل المثال، صادقت الجزائر على اتفاقية قانون البحار لعام 1982 سنة 1996، أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لعام 1979 فصادقت عليها في سنة 1996[2].

الجدير بالذكر أنه، بمصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو فإنها ملزمة حسب نص المادة 18 فقرة 01 من الاتفاقية[3] بأن تقدم تقريرا أوليا إلى الأمين العام لهيئة الأمم المتحدة، من أجل عرض التقدم الذي أحرزته على مستوى المركز القانوني للمرأة في شتّى المجلات، وذلك في غضون سنةٍ واحدةٍ من بدء نفاذ الاتفاقية في القانون الدّاخلي، وتقوم بعد ذلك بتقديم التقارير الدورية كل أربعة سنواتٍ على الأقّل.

وقامت الجزائر بعد المصادقة على الاتفاقية بسنتين بتقديم تقريرها الأولي الذي أعدته إلى لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في عام 1998[4].

ثالثًا – حرية الجزائر في ترتيب اتفاقية سيداو في هرم القانون الوطني:

يقصد بمرتبة المعاهدات في القانون الداخلي، مرتبتها وقيمتها ضمن الهرم القانوني الداخلي بعد عملية الإدراج، فالقانون الداخلي لكل دولةٍ، هو الذي يضع الحل لإشكالية التعارض بينه وبين القانون الدولي.

فهناك بعض الدول قد تنص صراحةً في قانونها الوطني على المرتبة القانونية للمعاهدات، وهناك بعض الدول قد يصمت المشرع حول مرتبة المعاهدات الدوليّة في تدرج

---

1 – شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، مرجع سابق، ص 91.

2 – يمكن أن نشير إلى أمثلة أخرى منها فرنسا قد صادقت على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950، بتاريخ 31 ديسمبر 1973 بعد 23 عام من التوقيع عليها سنة 1950، انظر: جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام (المدخل والمصادر)، مرجع سابق، ص 77.

3 – انظر: المادة 18 الفقرة 01 من اتفاقية سيداو.

4 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، تقرير الجزائر الأولي، مؤرخ في 11 سبتمبر 1998، الوثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/11/09/1998.

القوانين الوطنية[1]، وفي حالة التطبيق العملي للمعاهدة الدولية تثور المشكلة أمام القاضي الوطني عند التعارض ما بين قانونٍ وطنيٍ نافذٍ ومعاهدةٍ دوليةٍ التزمت بها الدولة.

فكما أشرنا إليه سابقًا، فإنّ المشرع الجزائري اعتبر الوسيلة الأساسية للالتزام بالمعاهدات الدولية هو إجراء التصديق، وذلك من أجل إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الجزائري، وبالرجوع إلى المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016[2] نجد أن المعاهدة الدولية المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية وفقًا للأشكال والشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون، معناه أنها تدمج في المنظومة القانونية الداخلية لتأتي من حيث التّرتيب بعد الدستور مباشرةً[3].

أما بالنسبة للدساتير السابقة فلقد نصت المادة 159 من دستور 1976 على أنّه للمعاهدة القيمة القانونية الداخلية للقانون نفسها[4]، ولا يمكن المصادقة عليها في حال وجود تناقضٍ بينها وبين أحكام الدستور إلا بعد تعديله وفق ما نصت عليه المادة 160[5] من الدستور ذاته، وهذا في غياب هيئة مختصة برقابة دستورية المعاهدة.

أصبحت المعاهدة تسمو على القانون بعد صدور دستور سنة 1989 الملغى، وتم إنشاء المجلس الدستوري الذي يمارس رقابة دستورية المعاهدة، فألغى نص المادة 158

---

1 – لم تتضمن بعض الدساتير مثل دستور كل من: الأردن، العراق، فلسطين، وإيطاليا نصًا صريحاً ينص على أن المعاهدات أسمى من القوانين الداخلية، بل اكتفت بتحديد السلطات المتخصصة بإبرام المعاهدات ومختلف المراحل المتبعة في ذلك.

2 – انظر: المادة 150 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

3 – هناك دول أخرى اعتبرت المعاهدات أسمى من القانون العادي مثل فرنسا إذ تنص المادة (55) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على أنّه: "المعاهدات والاتفاقيات المصدق عليها وفق للقانون يكون لها– اعتبارا من وقت نشرها– قوة أعلى من قوة القوانين..."، النص باللغة الفرنسية:

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, … », voir le site : https://www.conseil-constitutionnel.fr.

أما الوضع في بريطانيا فإن السلطة التشريعية غير مقيدةٍ بالمعاهدة، وبالتالي يجوز لها إصدار قانون مخالف للمعاهدة الدولية، انظر: حنا النده، القضاء الإداري في الأردن، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1972، ص ص 25–26.

4 – تنص المادة 159 من دستور الجزائر لسنة 1976 على أنّه: "المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقًا للأحكام المنصوص عليها في الدستور، تكتسب قوة القانون".

5 – تنص المادة 160 من دستور الجزائر لسنة 1976 على أنّه: "إذا حصل تناقض بين أحكام المعاهدة أو جزء منها والدستور، لا يؤذن بالمصدقة عليها إلا بعد تعديل الدستور".

وألغى كذلك نص المادة 160 التي تعطي للمعاهدة قوة القانون نفسها، وجاء بنصوصٍ جديدةٍ فيما يخصّ موضوع المعاهدات الدوليّة، نذكر منها المادة 123 التي تنص على أنّه:

" ***المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون***".

على هذا الأساس أصبح للالتزامات الدولية التي تعهدت بها الجزائر الأسبقية على التشريع الداخلي، وهو ما يعرف بمبدأ "سمو المعاهدات على القانون الداخلي"، والذي يقصد به أنّ كل الاتفاقيات التي تم إدراجها في النظام القانوني الجزائري، عن طريق إقرارها والمصادقة عليها أو عن طريق الانضمام إليها ونشرها، تصبح جزءًا من التشريع الجزائري، بل تكتسب باسم الدستور قيمةً قانونيةً أعلى من تلك الممنوحة للقوانين، بحيث يصبح لها المركز الثّاني في سلم القواعد القانونية بعد الدستور[1]، وبهذا يمكن القول أنّه بتكريس مبدأ "سمو المعاهدة على القانون" أصبحت هذه الأخيرة محمية من القانون اللاحق المخالف لها في حالة صدوره[2].

---

1 – من الدول التي تعطي المعاهدات الدولية درجة أعلى من الدستور نذكر على سبيل المثال الدستور الأمريكي الصادر عام 1787 إذ نصت المادة 06 القسم الثاني منه على ما يلي: "الدستور الحالي وكذلك قوانين الولايات المتحدة التي تصدر طبقاً له، وجميع المعاهدات الدولية المبرمة بواسطة الولايات المتحدة هي القانون الأعلى للبلاد، وهي ملزمة لجميع القضاة في جميع الولايات المتحدة بغض النظر عن النصوص المخالفة الدرجة في دستور أو في قوانين الولايات"، النص الأصلي:

« This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding », voir le site: https://www.law.cornell.edu/constitution.

أما الدستور التونسي فقد منح المعاهدة الدولية قوة القانون العادي بعد استكمال الإجراءات الدستورية (إجراءات التوقيع والمصادقة) بمعنى أن المعاهدة الدولية اللاّحقة تستطيع أن تلغي أو تعّدل قانونًا سابقًا مخالفًا لها.

أمّا الدستور المصري لعام 1971 فقد نص على أن المعاهدة الدولية المبرمة يكون لها قوّة القانون العادي بعد مرورها بالمراحل التشريعية التي نصّ عليها الدستور وفقًا لنص المادة 151 منه، نقلاً عن: عمر صالح علي العكور، ممدوح حسن مانع العدوان... وآخرون، "مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني"، دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 01، المجلد 40، عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، جامعة الأردن، 2013، ص ص 79 – 83.

2 – يعتبر موقف المؤسس الدستوري الجزائري المعبر عنه بنص المادة 132 من دستور 1996 – والتي تقابلها المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016– واضحًا بخصوص سمو القواعد الدولية على القواعد الداخلية حيث صرح بذلك الدستور بقوله: "... تسمو على القانون"، إلا أن الوضوح في المبدأ يخفي في حقيقة الأمر غموضًا بخصوص مدى شمول المادة 132 أعلاه لكل القواعد الدولية من جهة، ولمدى شمول كلمة "قانون" الواردة في ذات المادة=

لقد أكد القضاء الجزائري على سمو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، إذ ورد في الحكم الاستعجالي رقم 06-2002 الصادر من محكمة غرداية ما يلي: "حيث أن تطبيق الإكراه البدني في العقود المدنية والتجارية لا يمكن إسنادها لنص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية وإنما تسقط عليه أحكام المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966[1]، والذي صادقت عليه الجزائر. حيث أن المعاهدة تسمو على القانون الداخلي مما ينبغي إسنادها للقضية الحالية واستبعاد تطبيق المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية[2] المتعلقة بالإكراه البدني مما يستوجب رفض طلب المدعي لوجود ما يبرره"[3].

يتعين إذن وفق الدستور الحالي أن تتماشى كل النصوص القانونية مع مقتضيات المعاهدات المدمجة في المنظومة القانونية الجزائرية.

يلاحظ أن التقنين المدني الجزائري[4] ينص في المادة 21 منه على أنه: "***لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذةٍ في الجزائر***"، كما نص تقنين الجنسية الجزائري المعدل والمتمم[5] في المادة 01 منه على أنه:" ***تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقات الدّولية التي يصادق عليها ويتمّ نشرها***".

من خلال ما سبق، نستنتج أن اتفاقية سيداو تحتل مكانةً أسمى من القوانين الداخلية، وذلك وفقًا لنص المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بعدما كانت مرقمّة بالعدد

=للدستور ذاته، انظر: دليلة محمد براف، رضا عبد الحميد دغبار، "المركز القانوني للمرأة الجزائرية في الدستور والاتفاقيات الدولية ومبادئ الشريعة الإسلامية"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 01، المجلد 14، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص ص 330 – 352.

1 – تنص المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 على أنّه: "لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي".

2 – انظر: نص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية.

3 – نقلاً عن: حساني خالد، "نفاذ المعاهدات الدولية في النظم القانونية الوطنية"، مجلة الحقوق والعلوم العلوم السياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة خنشلة، 2015، ص 76.

4 – الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-04، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج، العدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.

5 – الأمر رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-08، المؤرخ في 04 ماي 2005، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادر في 27 فيفري 2005.

132 في ظل دستور 1996، ويتعين وفق ذلك أن تتماشى كل النصوص القانونية مع مقتضيات هذه الاتفاقية، هذا ما يفسر تحفظ الجزائر على بعض أحكام هذه الاتفاقية التي تتعارض مع القانون الداخلي الجزائري.

الفرع الثاني

تضمين التشريعات الداخلية نصوص اتفاقية سيداو

تتطلب الاتفاقيات الدولية من الدول بعد المصادقة عليها اتخاذ جملةٍ من التدابير حتى يتم إنفاذها على المستوى الداخلي، ويعرف القانون الدولي هذه المسألة بـ"تطبيق المباشر للمعاهدات"، ويفرق بين المعاهدات ذات التطبيق المباشر والمعاهدات ذات التطبيق غير المباشر، إذ تتميز الأولى باندماجها مباشرة في النظام الداخلي بمجرد إتباع الدولة للإجراءات الدستورية المقررة، وتتيح للأفراد التذرع بأحكامها أمام الجهات القضائية، كما تتيح لهذه الأخيرة إمكانية الاستناد إلى أحكامها لحل النزاعات المعروضة عليها دون حاجةٍ إلى أيّ إجراءٍ إضافيٍ[1].

وعلى ذلك فإن نشر قانون التصديق أو الانضمام في الجريدة الرسمية تسري آثاره القانونية وفقًا للقانون المنظم لنشر القوانين. ويعتبر قانون التصديق أو الانضمام معبر تحول نصوص الاتفاقية الدولية إلى التشريع الوطني بحيث تصبح جزأٌ منه.

ولكي تتمكن الجزائر من الوفاء بالتزاماتها المتعلقة بالاتفاقية على أحسن وجه يستوجب ذلك قيامها بإدراج نصوص الاتفاقية في تشريعاتها الداخلية[2].

لقد جرت العادة في الدساتير الحديثة بالنص على نشر الاتفاقيات الدولية، حتى يصبح المواطنون والسلطات الإداريّة والقضائية في الدولة على علمٍ بنصوصها وتطبيقها[3].

---

1 – سامية بوروبة، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة، مؤسسة راول والنبرق، السويد، 2012، ص 43.

2 – محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العلم، ج 01، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 282.

3 – في هذا الصدد يقول الأستاذ "يلس شاوش بشير" أن الاتفاقية الدولية حتى وإن تمت المصادقة عليها فهي ليست بالضرورة قابلةً للتّطبيق من على المستوى الداخلي ومنه سموها على القانون، إلا بعد نشرها في الجريدة الرسميّة، انظر:

YELLES CHAOUCHE Bachir, "Liberté de communication et ordre public", R.A.S.J.E.P, N° 01, Vol 36, Alger, 1998, p 35.

غير أن التطبيقات القضائية لبعض الدول في هذا المجال، تشير إلى رفض الاستناد إلى نصوص الاتفاقية لحل المنازعات المعروضة أمامها، مثال على ذلك: رفض مجلس الدولة الفرنسي الاستعانة مباشرةً بنصوص المواد 02=

إذن يعتبر الاعتراف الدستوري بمبدأ "سمو المعاهدات على القانون الوطني" ليس كافيًا، بل يجب على المواطنين أن يدركوا جيدًا وجود المعاهدة التي تكفل وتضمن حقوقهم، والنشر هو الإجراء الوحيد الذي يحقق ذلك، فعلى حد تعبير الأستاذ لعرابة أحمد: "أن هذا الأخير هو همزة الوصل التي تربط القانون الدولي بالقانون الداخلي للدولة"[1].

يلاحظ أنه من ناحية القانون الدولي ليس هناك ما يجبر الدول على نشر المعاهدات الدولية، إذ لا يوجد أيّ نصٍّ قانونيٍّ أو عرفٍ دوليٍ ولا حتّى اجتهادٍ قضائيٍّ ينص على ضرورة نشر المعاهدات على المستوى الداخلي ليصح نفاذها، بل تعتبر هذه المسألة من صميم السلطان الوطني للدول[2]، ولكن هذا لم يمنع ميثاق الأمم المتحدة واتفاقية فيينا من التطرق لإجراء النشر، إذ نصّت المادة 80 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أنّه: " ***تحال المعاهدات بعد دخولها دور النّفاذ إلى الأمانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها أو قيدها وحفظها لكّل حالةٍ على حدى ونشرها...***"، والهدف من إجراء النشر المنصوص عليه في هذه المادة هو تجنّب الدبلوماسية السريّة، واطلاع أمانة الأمم المتحدة

=و03 و15 من اتفاقية سيداو لحل نزاع معروض أمامه، جاء الحكم باللغة الفرنسية كما يلي:

« Considérant que Mlle Y... ne saurait utilement invoquer les dispositions des articles 2-e, 3 et 15 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui créent seulement des obligations entre Etats sans ouvrir de droits aux intéressés », Conseil d'Etat, 07 Novembre 2001, n° 230324.

وفي اليابان رفضت المحكمة العليا لهيروشيما في عام 1991 تطبيق نصوص اتفاقية سيداو مباشرةً في نزاع حول موضوعه امرأة طلقّت مّنعتْ مؤقتًا من الزواج من جديد، مع الإشارة إلى أنّ التذرع بأحكام هذه الاتفاقية في الحالات المستقبلية سيساهم بشكلٍ أفضلٍ في تحسين نظرة المجتمع لمبدأ المساواة في العلاقات الزوجية والعائلية.

بينما في دول أخرى بيّنت التّطبيقات القضائّية الاعتماد على التّطبيق المباشر لأحكام الاتفاقية الدولية في النّظام القانوني المحلي، نذكر كمثال على ذلك هولندا حيث اعتمدت المحكمة العليا على نص المادة 07 من اتفاقية سيداو من أجل دفع الحكومة إلى اتخاذ تدابير لإجبار حزبٍ سياسيٍ معيّنٍ على الامتناع عن التّمييز ضّد النساء في التّصويت في إطار الهيئات الدّاخليّة للحزب، انظر:

DELZANGLES Béatrice, "L'autorité juridique de la convention dans les ordres nationaux: une intégration en demi teinte", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed. A.Pedone, 2014, p 93.

1 – LARABA .A, "Chronique de droit conventionnel Algérienne 1989-1994", op cit, p 81

2 – قد يتم إعطاء نصوص معاهدةٍ ما قوة النفاذ في ظل القانون الداخلي بطرقٍ شتى، فقد يتضمن التشريع بشكلٍ مباشرٍ مواد المعاهدة بحيث تأتي هذه المواد بطريقةٍ مرتبةٍ ومتسلسلةٍ في صلب التّشريع، أو قد يتم ذلك بطريقةٍ مختلفةٍ بحيث يستخدم التّشريع عباراتٍ بديلةٍ درج على استخدامها في هذا الشأن، ولكنها تعطي الفاعلية لنصوص المعاهدات، وفي هذه الحالة فإنّ نصوص المعاهدة لا تذكر في صلب التّشريع بل تتّم الإشارة إليها عبر عناوينٍ وجملٍ قصيرةٍ أو طويلةٍ، أو قد تتّم الإشارة لها في الدّيباجة أو في الملاحق.

على المعاهدات المعقودة بين الدول، ولم تجعل منه شرطًا واقفًا لنفاذ المعاهدات داخليًا.

ولم ينص المؤسس الدستوري الجزائري على مسألة النشر في الدستور، وبالرجوع إلى المواد 123 من دستور سنة 1989 والمادة 132 من دستور سنة 1996 وكذلك المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016، يتضح أنه ليس هناك ما يشير بطريقةٍ مباشرةٍ أو غير مباشرةٍ في مضمون هذه النصوص إلى مسألة نشر الاتفاقيات الدولية بصفةٍ عامةٍ[1]، على أنّ غياب شرط النشر لا يعني سوى أمر واحد، وهو أن المؤسس الدستوري أراد أنّ تكون السلطة التنفيذية هي سيدة السيّاسة الخارجية، وتحتفظ بحقّها في اختيار الفرصة المناسبة لنشر الاتفاقيات الدوليّة التي تم التّصديق عليها طبقا للأوضاع الدّستوريّة[2].

كما يعد النشر إجراء وجوبي بالنسبة للتشريعات الداخلية، فلا يجبر أحد على احترام تشريعٍ لم ينشر بعد، فهو الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها إعلام الأفراد بالتشريع، ليتم تطبيق المبدأ المعروف "لا يعذر أحدا بجهله للقانون"، وقد تم النص على هذا المبدأ في المادة 74 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

فإذا كان الدستور الجزائري الحالي والدساتير التي سبقته لم تتضمن أية إشارة إلى نشر المعاهدات كشرط لتطبيقها في النظام القانوني الجزائري، فإن بعض النصوص التشريعية العادية منها والتنظيمية قد تضمنت الإشارة إلى نشر المعاهدات الدولية، نذكر منها التقنين المدني المعدل والمتمم الذي نص في الفقرة 02 من المادة 04 منه على أنه: " ***تطّبق القوانين من يوم نشرها في الجريدة الرسمية***".

كما أن تقنين الجنسية الجزائري المعدل والمتمم، ينص في المادة 01 منه على أنّه: " ***تحدّد الشروط الضروّرية للتّمتع بالجنسّية الجزائرّية بموجب القانون، وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقيات الدولّية التي يصادق عليها ويتّم نشرها*** ".

يبدو من نص هذه المادة أنه لا يعتبر سندًا قانونيًا لنشر كافة المعاهدات لأن تلك المعنية بالأمر هي فقط المعاهدات الخاصة بالجنسية، ولكن بما أن مسألة الجنسية تعّد من مواضيع حقوق الإنسان، وقد كرست العديد من الاتفاقيات الدوليّة الخاصة بحقوق الإنسان

1 – لم تتم الإشارة إلى مصطلح "نشر" إلا في نص المادة 49 من دستور سنة 1963 التي نصت على أنّه: "يكلف رئيس الجمهورية بإصدار القوانين ونشرها".

2 – عمار رزيق، "نشر الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2000، ص 107.

حق الفرد في التمتع بالجنسية، منها: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ... الخ، إذن إذا كان شرط النشر واجب لنفاذ المعاهدات الخاصة بالجنسية، فمن المفروض أن يتصل هذا الشرط بالمعاهدات الأخرى، خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان لأنها تساهم في تنظيم مسألة الجنسية[1] ومن بينها اتفاقية سيداو محل الدراسة.

كما أن المجلس الدستوري تطرق لهذه المسألة–مسالة نشر المعاهدات الدولية–، وكان ذلك في قراره الصادر في 20 أوت 1989 بشأن دستوريّة أحكام قانون الانتخابات الذي جاء فيه: "اعتبارًا أنّه بعد المصادقة على كل اتفاقية وفور نشرها، فإنها تندرج ضمن القانون الوطني، وتكتسب تطبيقًا للمادة 123 من الدستور سلطةً تسمو على سلطة القوانين، وتسمح بذلك لكل مواطنٍ جزائري بالتذرع بها أمام الجهات القضائية"[2].

تأكيدًا لقرار المجلس الدستوري أصدر المرسوم الرئاسي رقم 90–359[3] الذي أسند

---

1 – تنص معظم الدساتير الحديثة على نشر المعاهدات الدولية في الجريدة الرسمية، منها الدستور الفرنسي لعام 1958 المعدل في سنة 2008 الذي ينص في المادة 55 منه على أنه: "يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي يتّم التّصديق عليها أو الموافقة عليها قانونيًا منذ نشرها قوة القوانين..."، النص باللغة الفرنسية:

"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des loi…".

كما تنص المادة 151 من الدستور المصري لسنة 2014 على ما يلي: "... ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور".

2– المجلس الدستوري، قرار رقم 89–01، المؤرخ في 20 أوت 1989، يتعلّق بقانون الانتخابات، ج.ر.ج.ج، العدد 36، صادر في 30 أوت 1989.

تعتبر المادة 86 من قانون الانتخابات رقم 89–13، لتاريخ 07 أوت 1989 من بين المواد التي طلب من المجلس الدستوري تقرير مدى دستوريتها، والتي تشترط في فقرتها الثالثة أن يكون زوج المترشح لانتخابات المجلس الشعبي الوطني متمتعًا بالجنسية الجزائرية الأصلية، حيث اعتبر المجلس الدستوري هذا الشرط متعارضًا مع الدستور ومع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب باعتبارها أدوات قانونية تمنع صراحةً كل تمييز مهما كان نوعه، واستند المجلس الدستوري في قراره إلى حجة أن أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، كما طبق الحكم نفسه على الفقرة 03 من المادة 108 من القانون رقم 89–13 التي تفرض أن يرفق التصريح بالترشيح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المترشح، حيث جعل هذا الشرط غير دستوري.

3 – مرسوم رئاسي رقم 90–359، المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يحدد صلاحيات وزير الشؤون الخارجية، ج.ر.ج.ج، العدد 50، الصادر في21 نوفمبر 1990.

لوزير الخارجية اختصاص السعي لنشر الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها الجزائر، حيث نصّت المادة 10 منه على ما يلي: " ***يسعى وزير الشؤون الخارجية إلى المصادقة على الاتفاقيات...كما يسعى إلى نشرها***"[1]، لكن أسلوب التّعبير الذي استعمله هذا المرسوم يوحي بأنّ مسألة النشر أمرا متروك للسلطة التقديرية للوزير يستعملها متى قرر ذلك.

وقد تتعدى وظيفة النشر الإشهار إذ قد تستخدم كوسيلةٍ لتأخير التطبيق الداخلي للاتفاقية. هذا ما جرى عليه العمل في الجزائر بخصوص نشر الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بحقوق الإنسان، ونذكر على سبيل المثال انضمامها سنة 1989 إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، أو العقوبة القاسيّة أو اللاإنسانية أو المهينة المصادق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1984، إلا أن نص هذه الاتفاقية لم ينشر إلا سنة 1997.

كذلك انضمامها سنة 1989 إلى العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسيّة، إلا أن هذه النّصوص لم تنشر إلا في سنة 1997.

ويمكن أن يرجع هذا التأخير لأسبابٍ سياسيةٍ أو أمنيةٍ، أو أنّ تطبيق إجراء النّشر أُجل إلى غاية تطبيق المعاهدة من قبل كل الأطراف، أو لغاية تعديل النصوص القانونية الدّاخلية حتى تتوافق مع نصوص المعاهدة[2]، إن تطلب الأمر ذلك خاصة وأن هذه الأخيرة تسمو على القانون، إلا أن هذه الآراء تبقى دائما نظرية ولم تبين لنا الأساس الذي اعتمدت عليه لذلك فإنه من الصعب اعتمادها وبالتالي لا يبقى أي تفسير سوى القول ربما يعود ذلك إلى أن النظام القانوني الجزائري متأثر جدا بالمدرسة الأحادية مع سمو القانون الدولي لذا سمح بالاندماج التلقائي للقواعد القانونية الدولية التي تتضمنها المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفقا لأحكام الدستور الجزائري، وأن سريانها في المجال الداخلي الجزائري لا يتطلب أي إجراء خاص مستهدفا من وراء ذلك تبسيط نفاذها[3].

---

1 – وهو ما تضمنته المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 02–403، المؤرخ في 26 نوفمبر 2002، المحدد صلاحيات وزير الشؤون الخارجية، ج.ر.ج.ج، العدد 79، الصادر في 01 ديسمبر 2002.

2 – إبراهيم بن داود، المعاهدات الدولية: دراسة تطبيقية في القانون الدولي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص 302.

3 – منعة جمال، "نشر المعاهدات الدولية في الجزائر بين تباين النصوص القانونية وتناقض في الاجتهاد والأحكام القضائية"، المجلية الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 325.

أما بالنسبة لاتفاقية سيداو كما أشير إليه آنفا صادقت الجزائر عليها في 22 جانفي 1996 ونُشرت في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في تاريخ 24 جانفي من السنة نفسها، فيلاحظ أن الحكومة الجزائرية لم تتماطل في نشرها كما فعلت مع الاتفاقيات الدولية السالف ذكرها.

وتأسيسا على ما سبق فإن هذه الاتفاقية تتمتع بمكانة أسمى من القانون، يستتبع صيرورتها جزء من النظام القانوني الداخلي، ويلتزم القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه دون انتظار طلب الخصوم لذلك، ويخضع في هذا الشأن لرقابة المحكمة العليا كحالة في سائر مسائل القانون، لكونها تعتبر مصدرا للمشروعية والحقوق، ويمكن للخصوم الاستناد إليها لتأسيس دعواهم – وهنا يتعلق الأمر بالنساء بما أنها اتفاقية تخص القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة –، هذا ما أكده المجلس الدستوري الجزائري في قراره لسنة 1989 الذي جاء فيه: "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية..."، وعلى ذلك يتوجب على القضاء الخضوع لأحكام هذه الاتفاقية وتطبيقها للفصل في النزاعات طالما كانت قابلة للتطبيق المباشر دونما حاجة إلى قوانين أو تنظيمات داخلية تكفل لها ذلك.

المطلب الثاني

نطاق التحفظات التي أدرجتها الجزائر على اتفاقية سيداو

تتمحور مجمل التحفظات التي أبدتها الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حول المساواة بين الرجل والمرأة عند إنشاء عقد الزواج وعند انحلاله في مجال شؤون الأسرة على الخصوص، والمستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، وهي تشمل المادة 02، والمادة 09 الفقرة 02، والمادة 15 الفقرة 04، والمادة 16. والمادة 29 الفقرة 02 المتعلقة بآلية تسوية النزاعات بين الدول الأطراف في الاتفاقية.

تصنف مجالات تحفظ الجزائر على اتفاقية سيداو حسب المواد المذكورة أعلاه، فمنها التحفظ على الالتزام باتخاذ التدابير التشريعية للقضاء على التمييز ضد المرأة (الفرع الأول)، والتحفظ على الحق في المساواة بين الجنسين في مجال الحياة الأسرية (الفرع الثاني)، والتحفظ على الحكم الخاص برفع الخلاف حول تفسير اتفاقية سيداو (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التحفظ على الالتزام باتخاذ التدابير التشريعية

للقضاء على التمييز ضد المرأة

كما سبقت الإشارة إليه فإن أحد الالتزامات المهمة التي ينطوي عليها التصديق على اتفاقية سيداو – وغيرها من الاتفاقيات الدولية – يتمثل في توفيق التشريع الوطني مع أحكام الاتفاقية. إذ تنص المادة 02 من الاتفاقية على اتفاق الدول الأطراف بأن تنتهج كل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، بما في ذلك إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تشريعاتها، واتخاذ المناسب من التدابير، تشريعيةٍ وغير تشريعيةٍ، لحظر كل تمييزٍ ضد المرأة، وإبطال أو تغيير القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزًا ضد المرأة.

ويعتبر حكم المادة 02 من اتفاقية سيداو أساسيا في القضاء على العنف ضد المرأة لأن كل الدول ملزمةً باتخاذ كل الإجراءات اللازمة للقضاء على التمييز الذي يؤدي إلى العنف، وبالتالي يجب حماية النساء بالقانون وضمان الحق لهن في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهن، وبذلك فإن التحفظ على هذا النص ينكر هذه الحماية للنساء[1].

إذن من المفروض أن الهدف من التصديق على هذه الاتفاقية – اتفاقية سيداو – هو تعديل القانون الوطني ليتماشى مع المعايير الدولية المقررة فيها. غير أن بعض الدول الأطراف تسعى – في واقع الأمر – عند إدخالها تحفظاتٍ بالاستناد إلى تعارض أحكام الاتفاقية مع التشريع الوطني، إلى جعل القانون الدولي تابع للتشريع الوطني.

فبدلاً من تصحيح هذه الأحكام لإلغاء التمييز وحماية المرأة (وفقا لما تقضي به الاتفاقية)، فإن الدول أدخلت تحفظاتٍ تستند إلى التشريع الوطني، ترفض في واقع الأمر التزاماتها الواردة في المادة 02 من الاتفاقية بتصحيح الأحكام المميزة في تشريعها الوطني[2].

وعلى غرار هذه الدول تحفظت الجزائر على نص المادة 02 من هذه الاتفاقية كما

---

1 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam- le cas des pays arabes-, op cit, p 281.

2 – أشرف عرفات، "التحفظات العربية والإسلامية على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مقال في كتاب جماعي بعنوان: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان – حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، قراءة جديدة، إشراف: نادية محمود مصطفى، محمد شوقي عبد العال، ج 02، عين الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية، القاهرة، 2011، ص 797.

يلي: "تصرح الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنها مستعدة لتطبيق أحكام هذه المادة بشرط أن لا تكون ضد أحكام قانون الأسرة"[1].

ذلك لأن قبول أحكام هذه المادة معناه أن الاتفاقية تتدخل في إطار سيادة الدولة وما يحدده دستورها من معالم شتى تبني على أساسها قوانينها، وإذا كانت المساواة بمعنى التماثل التام جزء من دستورها انعكس هذا بلا شك على قوانينها، بالإضافة إلى ما تفرضه هذه المادة من العمل على مستوى تلك القوانين ذاتها.

ولكن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تعتبر أن "المادة 02 تشكل جوهر التزامات الدول الأطراف بموجب الاتفاقية، وتُعتبر ملخصًا لأهم التزامات الدول الأطراف في الاتفاقية"[2].

وعليه، ترى أن التحفظات على المادة 02 أو على فقراتها الفرعية تتنافى من حيث المبدأ مع موضوع الاتفاقية وغرضها، ويتعين أن تقدم الدول الأطراف التي أبدت تحفظات على هذه المادة أو فقراتها الفرعية إيضاحًا للأثر الفعلي لتلك التحفظات على تنفيذ المعاهدة، وأن تشير إلى الخطوات المتّخذة للإبقاء على التحفظات قيد العرض بهدف سحبها في أقرب وقتٍ ممكنٍ[3].

كما أشارت بعض الأجهزة الإشرافية على تطبيق حقوق الإنسان إلى قلقها حول الموضوع نفسه، نذكر في ذلك لجنة حقوق الإنسان التي تعتبر أنه من غير الجائز لدولة ما الاحتفاظ بامتياز عدم اتخاذ الخطوات الضرورية على الصعيد الوطني لإنفاذ الحقوق التي نص عليها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 02 الفقرة 02[4].

يتضح من موقف هذه الهيئات أنها تتفق في هذا الصدد، وعلاوة على ذلك فإن المبادئ العالمية لحقوق الإنسان تتطلب جعل القانون الدولي يسمو على القانون الداخلي للدول. إذن حسب اتفاقية سيداو يستدعي الأمر إعادة تأهيل القوانين الوطنية في غالبية الدول التي تعتبر تمييزية اتجاه النساء[5].

وبناءً على ذلك، يطرح السؤال التالي:

ما هي آثار التحفظ على نص المادة 02 من اتفاقية سيداو على التزام الدولة بالاتفاقية؟

---

1 – O.N.D.F, Plaidoyer pour la levée des réserves à la convention CEDAW sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, 2016, p 05.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 28، مرجع سابق، الفقرة 41.

3 – المرجع نفسه، الفقرة 42.

4 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 09.

5 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam - le cas des pays arabes -, op cit, p 282.

يمكن أن تكون الإجابة على هذا السؤال بتلخيص بعض آثار التحفظ على هذه المادة كما يأتي:

– خرق حقوق المرأة بصورةٍ مبررةٍ بسبب عدم وجود المرجعية الدولية لالتزامات الدولة بموجب المادة 02 أثناء عملية تعديل القوانين المحلية.

– جعل من المستحيل الاستناد إلى الالتزامات المنصوص عليها في نص هذه المادة أمام المحاكم القضائية في إطار المتابعة القضائية بشأن حالات العنف ضد المرأة والممارسات التمييزية الأخرى.

– إعفاء الدول من معالجة كل أسباب ومظاهر التمييز ضد المرأة بوضع تحفظٍ أو إعلانٍ فيما يتعلق بالمادة 02/هـ التي تلزم الدول بتعديل وإلغاء القوانين واللوائح والعادات والممارسات التي تشكل تمييزًا ضد المرأة.

– السماح للدولة صاحبة الإعلانات والتحفظات على الفقرة (ي) من نص المادة 02، والمتعلقة بالأحكام الجزائية التي تشكل تمييزًا ضد المرأة، في عدم اتخاذ تدابير لتعديل هذه الأحكام أو حتى أن تفعل شيئًا في سبيل تعديل القوانين التي تؤدي بحكم القانون أو بحكم الواقع إلى التمييز ضّد المرأة. (وتشمل هذه القوانين التي تجعل ممارسة الجنس خارج إطار الزّواج جريمة، أو تلك القيود التي تفرض على الحرية الشخصية)[1].

وعليه يمكن القول إن الجزائر بتقديمها تحفظ على نص المادة 02 غير مطالبةٍ بإتباع سياساتٍ لوضع حدٍّ للتمييز، كما تفرغ بهذه الصورة الفجة الاتفاقية من مضامينها الحقيقيّة. فإن أي تحفظٍ على هذه المادة يفسد التزامها في اتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على التمييز ضد المرأة، لذلك اعتبرت لجنة سيداو التحفظ على هذه المادة من قبل الدول العربية بأنه ينزع إمكانية تطوير مبادئ القانون في الدول العربية الإسلامية.

مهما كان الحال، فإن أثر صياغة تحفظ على نص المادة 02 يتوقف على إرادة الدولة في تطبيق نص هذه المادة على المستوى الوطني.

ففي هذا الصدد، اعتمدت لجنة سيداو في الدورة 19 بيانًا يطالب الدول بعرض أثر التحفظات أو الإعلانات على السياسات والقوانين المحلية، ويطالب أيضا من الدول التي

1 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam - le cas des pays arabes -, op cit, p 283.

أبدت تحفظاتٍ عامةٍ لا تتصل بمادةٍ معيّنةٍ أو تتصّل بالمواد 02[1] و03[2] بتقديم تقارير تتضمن التأويلات الخاصة بالتحفظات والآثار المترتبة عليها. كما أنّه على الدول توفير المعلومات الضرورية حول كل تحفظٍ أو إعلانٍ تتقدم به في شأن الاتفاقيات الأخرى في مجال حقوق الإنسان[3].

وتضيف كذلك لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 28 أن إبداء الدول الأطراف تحفظٍ على نص المادة 02 أو فقراتها الفرعية لا يلغي ضرورة امتثالها لالتزاماتها الأخرى بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بالقضاء على التمييز ضد المرأة[4].

والجدير بالذكر فإن الجزائر رغم تحفظها على المادة 02 من اتفاقية سيداو المشار إليه سابقا، فإنها لم تتقاعس عن اتخاذ تدريجيا التدابير التشريعية والسياسية للنهوض بالمرأة وللقضاء على كل أشكال التمييز ضدها. هذا ما أكدت عليه الجزائر في الرد على التوصيتين (23 و24) بموجب التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع بخصوص المادة 02 من الاتفاقية كما يلي: "إنّ هذه المادة التي تعرف مفهوم التمييز ضد المرأة تنصّ على إجراءاتٍ يجب أن تتخذها البلدان لمكافحة جميع أنواع التمييز ولاسيما اعتماد تدابير تشريعية. وتأسيس حمايةٍ قانونيةٍ للمرأة واتخاذ تدابير مناسبةٍ لتعديل وإلغاء كل عادةٍ أو ممارسةٍ تنظيمية تشكل تمييزًا ضد المرأة.

وقد ثبت بوضوحٍ أنّ عدم التمييز يندرج ضمن المبادئ الرئيسية المكرسة في الدستور والتشريع واللوائح التنظيمية وتشجع هذه الأخيرة ممارسة الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة في جميع ميادين الحياة الوطنية. وتخضع الحياة الشخصية للشريعة الإسلامية، ولاسيما الإرث الذي تحكمه قواعد الإلهية تطبق على المسلمين وهي قواعد إلزامية لا يمكن المساس بها"[5].

كما أكدت الحكومة الجزائرية في التقرير الوطني لتنفيذ مناهج بكين 25+ على أنّ ديناميكية النهوض بقضايا المرأة وتمكينها وإدماجها عرفت وتيرة متسارعة، من خلال

1 – انظر: المادة 02 من اتفاقية سيداو.

2 – انظر: المادة 03 من اتفاقية سيداو.

3 – لجنة القضاء على التّمييز ضّد المرأة، بيان الدورة 19، الوثيقة رقم: A/53/38/Rev.1.

4 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التوصية العامة رقم 28، مرجع سابق، الفقرة 42.

5 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية للجزائر، 2012، الوثيقة رقم: CEADAW/C/DZA/3-4، مرجع سابق، الفقرة 08.

التعديلات الدستورية لسنتي 2008 و2016، المتعلقة أساسا بالرفع من نسبة مشاركة النساء في الحياة السياسية باعتماد مبدأ الحصص (الكوطا) في المجالس المنتخبة، وكذا ترسيخ مبدأ المساواة والتناصف، مشاركة المرأة في الحياة العامة، وتحسين العمالة النسوية وزيادة تبوئها مناصب المسؤولية.

وفي هذا الشأن، تم خلال سنتي 2017 و2018 تنظيم برنامج تدريبي واسع لدعم قدرات المنتخبات على المستويين المحلي والوطني، في إطار التعاون مع هيئات الأمم المتحدة ومن بينها برنامج الأمم المتحدة للتنمية (PNUD)، وهيئة الأمم المتحدة للمرأة (ONUFEMMES).

كما تم الاهتمام بالمجالات الاثني عشر المحددة في منهاج عمل بكين والرامية إلى تحقيق المساواة بين الجنسين، وتمكين المرأة عن طريق تعزيز الترسانة القانونية المرسخة لقيم المساواة والحماية لها وتعزيز مكانتها في مختلف المجالات، والتي تتمثل أهمها في:

– تجريم التمييز القائم على أساس الجنس في القانون رقم 14-01 المعدل لقانون العقوبات، في المادة 295 مكرر 1 منه[1].

– تعديل تقنين العقوبات سنة 2015 لإدراج تجريم مختلف أشكال العنف المرتكب ضد المرأة، ويتعلق الأمر بتجريم العنف الزوجي وأي شكل من أشكال التعدي ضد الزوجة أو العنف اللفظي والنفسي المتكرر. ولا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو مصابة بإعاقة ما.

وكذا تجريم أفعال الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته لسبب غير جدي، والذي يمارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.

بالإضافة إلى تجريم أفعال مضايقة المرأة في الأماكن العمومية بالفعل أو القول أو الإشارة التي تخدش حياءها مع تشديد العقوبة إذا كانت الضحية قاصرا، وكل اعتداء يرتكب خلسة أو بالعنف أو الإكراه أو التهديد ويمس بالحرمة الجنسية للضحية، والتحرش بالغير بكل فعل أو لفظ أو تصرف يحمل طابعا أو إيحاء جنسيا، وتشديد العقوبة إذا كان الفاعل من المحارم أو كانت الضحية قاصرا، أو سهّل ارتكاب الجريمة ضعف الضحية أو مرضها أو

1 – انظر: المادة 295 مكرر 01 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

إعاقتها أو عجزها البدني أو الذهني.

كما اهتمت بتعزيز الحماية الاجتماعية للمرأة بموجب القانون رقم 15-01 المؤرخ في 4 يناير 2015، والمتضمن إنشاء صندوق النفقة الذي يضمن للمرأة المطلقة الحاضنة للأطفال الحصول على مبلغ النفقة في حالة تقاعس الزوج السابق عن دفعه أو عجزه عن ذلك.

اهتمت الجزائر أيضًا بالمرأة الريفية ذلك بتنصيب لجنة وطنية ولجان محلية لترقية المرأة الريفية منذ سنة 2012 مكونة من ممثلي مختلف القطاعات والهيئات الوطنية، تهدف للتكفل بانشغالات المرأة الريفية وتحسين كل ظروفها، من خلال تجسيد عدة برامج عمل يمتد آخرها من سنة 2015 إلى غاية سنة 2019، كما تم إطلاق العديد من المشاريع لفائدة المرأة الريفية على مستوى البلديات الريفية.

وسعيا لتغيير الصور النمطية المبنية على الفروق بين الجنسين، برمجت جملة من الحصص الإعلامية وعززت البرامج التعليمية بهدف ترسيخ ثقافة المساواة مع إشراك مختلف فئات المجتمع المدني[1].

ويستخلص مما سبق، أن الجزائر عملت بشكل تدريجي على تطبيق أحكام المادة 02 المتحفظ عليها، وذلك بإدخال إصلاحات تشريعية عديدة لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين والقضاء على التمييز ضد المرأة، على الرغم من التحفظ الذي أوردته على نص هذه المادة.

الفرع الثاني

التحفظ على المساواة المطلقة بين الجنسين في الفضاء الخاص

لقد تحفظت العديد من الدول على أحكام اتفاقية سيداو المرتبطة بعدم التمييز داخل الأسرة، ولم تشكل الجزائر استثناءً في هذا المجال، بوصفها قد تحفظت على المادة 15 الفقرة 04 من الاتفاقية التي تنص على ضرورة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في قوانين السفر والإقامة (أولاً)، والمادة 16 من الاتفاقية المتعلقة بعدم التمييز عند الزواج وخلاله وفي حالة انحلاله (ثانيا).

أولاً – التحفظ على حق المرأة في حرية التنقل واختيار مقر إقامتها:

لقد تحفظت الجزائر على المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو[2]، وجاء نص تحفظها

---

1 – التقرير الوطني لتنفيذ مناهج بكين بعد 25 سنة،" بكين+ 25"، الجزائر، ماي 2019، ص ص 4-5، على الموقع التالي: https://www.uneca.org › files › algeria-beijing25_report.

2 – انظر: المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو.

كما يلي: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنّه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 04 من المادة 15 لاسيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها ومسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع (المادة 37) من قانون الأسرة الجزائري"[1].

إن تقييد الجزائر لحق المرأة في التنقل وفي مشاركة الرجل في اختيار المنزل الزوجي يتعارض مع مبدأ المساواة المطلقة في الحقوق الذي نصت عليه الاتفاقية، ويحد من حق المرأة في الخروج والدخول من بلدها بحرية.

الجدير بالذكر هنا أن الحق في اختيار السكن والإقامة يشكل جانب من جوانب الأهلية القانونية، ولا يوجد في التقنين المدني الجزائري أي حكم تمييزي بين الرجل والمرأة، إذ تبقى المرأة بعد زواجها، تتمتع بكامل الأهلية المدنية. وتمارس هذه الأهلية طبقًا للمادة 40 من التقنين ذاته التي تنص على أنه: " ***كل شخصٍ بلغ سنّ الرشد متمتعًا بقواه العقليّة، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهليّة لمباشرة حقوقه المدنّية***".

كما يلاحظ أنه ليس لتحفظ الجزائر على المادة 15 الفقرة 04 من الاتفاقية المتعلقة بحق المرأة في التنقل بحرّيةٍ واختيار إقامتها ومحل سكناها علاقة مع المادة 37 من تقنين الأسرة المثار من أجل تبرير إلغائها، إذ نصت هذه الأخيرة – المادة 37 من تقنين الأسرة الجزائري– على أنّه: " ***إن الزوج ملزم برعاية زوجته في حدود إمكانياته إلا إذا ما تأكد أنها غادرت بيت الزوجية والتصرف بكل عدل إزاء زوجاته إذا تعددت***". واليوم أصبح من السهل بكثير رفع هذا التحفظ مع إلغاء هذا الحكم من تقنين الأسرة، كما تم إلغاء مفهوم الطاعة ورب الأسرة المنصوص عليهما في المادة 39[2].

أكثر من ذلك، فإن هذا التحفظ يتجاهل الدستور الذي يعترف في مادته 55[3] بحق كل مواطن في التمتع بحقوقه المدنية والسياسية، وبحقه في اختيار مكان إقامته والتنقل عبر

---

1 – O.N.D.F, Plaidoyer pour la levée des réserves à la convention CEDAW sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 06.

لقد تم دمج هذا التحفظ تحت هذه النقطة لأن التحفظ الجزائري عليها مرتبط بحقوق وواجبات الزوجة في إطار الأسرة، بمعنى حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها في طاعة زوجها.

2 – انظر: المادة 39 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

3 – تنص المادة 55 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 على أنه: "يحِق لكل مواطن يتمتّع بحقوقه المدنيّة والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته وأن يتنقّل عبر التّراب الوطنيّ. حقّ الدّخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له. =

التراب الوطني.

وعليه لقد سبق أن أكدت الحكومة الجزائرية أن التحفظ الذي أبدته بخصوص المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو غير فعال بسبب التحولات الاجتماعية والاقتصادية، يضطر العديد من الأزواج ماديًا إلى عدم العيش في المكان نفسه، بسبب بعد مكان عمل الزوج.

وكما يتعلق اختيار مكان السكنى أو الإقامة بجوانب الزواج التي ترك تقريرها، بصورةٍ كاملةٍ لتقدير الزوجين، إما في وقت إبرام عقد الزّواج أو في وقت لاحقٍ بواسطة وثيقةٍ مصّدقٍ عليها، بموجب المادة 19 من تقنين الأسرة الجزائري التي تنص على أنّه: "***يمكن للزوجين أن ينصّا في عقد الزواج أو في عقدٍ مصّدقٍ عليه في وقتٍ لاحقٍ، على أي حكم يريانه مفيدًا، وبخاصة فيما يتعلق بتعدد الزوجات وبعمل المرأة...***" [1].

غير أن استقرار الحياة الاجتماعية يفرض توحيد محل سكن الزوجية المشترك بين الزوجين، أما في حالة أن يكون لكل منهما سكن آخر بالإضافة إلى سكن الزوجية، فيشترط ألا يخِل بالحقوق المشتركة المترتبة على عقد الزواج[2].

أما بخصوص المرأة الراشدة العزباء، لا يوجد أيّ حكمٍ قانونيٍ أو تنظيميٍّ يمنعها من حرية اختيار مكان إقامتها أو محل سكناها، فالأمر يتعلّق بحقٍ دستوريٍ ثابتٍ.

إلا أن الحكومة الجزائرية رغم تأكيدها على أن التحفظ الذي أبدته بخصوص المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو أصبح غير فعال، ومن ثم يمكن سحبه، لأنه تم إلغاء نص المادة 37 من تقنين الأسرة الذي استندت إليه لتبرير هذا التحفظ، كما تم إلغاء مفهوم الطاعة ورب الأسرة المنصوص عليهما في المادة 39، لكن الجزائر لم تبادر لاتخاذ الإجراءات اللازمة لسحبه.

يمكن إرجاع ذلك إلى أن المشرع الجزائري عندما ألغى أحكام المادتين 37 و39 من تقنين الأسرة الجزائري التي استندت إليها الحكومة الجزائرية، فإنه في الحقيقة هذه الأحكام بقيت سارية المفعول على أساس أنه لم يتم استبدالها بنصوص صريحة، وبالتالي يجب دوما

=لا يكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية".

1 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص 16.

2 – تشوار جيلالي، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مجلة العلوم القانونية، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011، ص 21.

العودة إلى المادة 222 من تقنين الأسرة التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في كل مسألة لم يرد بموجبها حكم في هذا التقنين.

ثانيا – التحفظ على حق المرأة في المساواة المطلقة مع الرجل عند الزواج، خلاله وعند حلّه:

تعتبر بعض الأحكام الواردة في تقنين الأسرة الجزائري تمييزية ضد المرأة وفقًا لما ورد في اتفاقية سيداو، فلذلك تحفظت الجزائر على المادة 16 من هذه الاتفاقية كما يلي: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع المسائل المترتّبة عن الزواج أثناء الزواج وعند الانفصال لا يجب أن تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري"[1].

يبدو تحفظ الجزائر على نص هذه المادة جد غامضٍ[2]، وهذا لانفصام الوضع القانوني للمرأة؛ فعلى المستوى الدستوري، وفيما يتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، المساواة بين الجنسين مكفولة حيث إن المبدأ المذكور يعطي للمرأة صفة المواطنة بكامل الحقوق والواجبات[3]، أما في مسائل الأحوال الشخصية المتضمنة في تقنين الأسرة الجزائري – الشيء الذي يجب أن نؤكد عليه – أنّه الوحيد الذي استند إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحوي قواعد ومبادئ لتنظيم الأسرة مختلفة في كثير من المسائل مع ما تدعو إليه الاتفاقية.

---

1 – O.N.D.F, Plaidoyer pour la levée des réserves à la convention CEDAW sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 08.

2 – يلاحظ أن تحفظ مصر على نص المادة 16 من اتفاقية سيداو أكثر وضوحا واتسعا وجاء على النحو التالي: "الالتزام بتلك المادة دون إخلال بما تكفله الشريعة الإسلامية للزوجة من حقوق مقابلة لحقوق الزوج بما يحقق التوازن العادل بينهما وذلك مراعاة لما تقوم عليه العلاقات الزوجية في مصر من قدسية مستمدة من العقائد الدينية الراسخة التي لا يجوز الخروج عليها، واعتبار بأن من أهم الأسس التي تقوم عليها هذه العلاقات التقابل بين الحقوق والواجبات على نحو من التكامل الذي يحقق المساواة بين الزوجين بدلاً من مظاهر المساواة الشكلية التي لا تحقق للزوجة مصلحة نافعة من الزواج بقدر ما تثقل كاهلها بقيود ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تفرض على الزوج أداء الصداق المناسب للزوجة والإنفاق عليها من ماله إنفاقا كاملا، ثم أداء نفقة لها عند الطلاق، في حين تحتفظ الزوجة بحقوقها الكاملة على أموالها ولا تلتزم بالإنفاق منها على نفسها، لذلك قيدت الشريعة حق الزوجة في الطلاق بأن أوجبت أن يكون ذلك بحكم القضاء، في حين لم يضع مثل هذا القيد على الزوج"، على ذلك كان تحفظ مصر شافيا كافيا، وأكثر من ذلك أنه استند إلى مصطلحات أكثر دقة من مصطلح المساواة، كالتوازن، التكامل، التقابل، نقلاً عن: طالبي سرور، تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008، ص 190.

3 – انظر: نص المادة 32 من التعديل دستوري الجزائري لسنة 2016.

وعليه، فحسب البعض فإن تحفظ الجزائر على نص هذه المادة يقوّض التنفيذ الفعال لهذه الاتفاقية، لأنه إذا كان الدستور يضمن المساواة بين الجنسين، وينص على أولوية الاتفاقية على التشريعات الوطنية، فإن بعض الأحكام التمييزية لتقنين الأسرة واستمرار أشكال التحيز والممارسات الأبوية، تعارض عمليًا مبادئ الدستور[1].

في هذا اعتبرت الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان أن أخطر تحفظ قامت به الجزائر هو التحفظ على المادة 16 من اتفاقية سيداو، وهذا يعني أن المرأة الجزائرية مهما كان عمرها لا تستطيع الموافقة لوحدها على زواجها، كما لا تستطيع أن تطلب الطلاق إلا في حالات محددةٍ، أما الرجل فله الحق في طلب الطلاق من دون أن يكون له سببًا معينًا، وله حق ممارسة الوصاية لوحده على أطفاله[2].

علما أن الهدف الأساسي للاتفاقية يتجلى في التزام الدول المنضمة إليها بإلغاء التمييز في الحياة الخاصة وعلى صعيد الأسرة، وأنّ التحفظ على هذه المادة حسب لجنة سيداو يعني إبقاء المرأة سجينة الأنماط الاجتماعية والثقافية والتقليدية السائدة.

هذا ومن الضروري ربط مقتضيات المواد التي لم تتحفظ عليها الجزائر بالمواد المتحفظ عليها وهي المواد 02، 15 الفقرة 04، و16 من الاتفاقية نفسها وقراءتها على ضوء هذه المواد التي تنص على أنّه يتعين على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة وذلك بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها الأخرى، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون، وباتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريع، لتعديل أو إلغاء القوانين التي تشكّل تمييزًا ضّد المرأة[3].

---

1 – بثينة شريط، "المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في دول المغرب العربي: النموذج الجزائري"، مقال في كتاب جماعي بعنوان: "المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس"، إشراف: سورية سعد زوي، منظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة، مكتب اليونسكو متعدد البلدان، الرباط، 2010، ص 34.

2 – Rapport alternatif de la FIDH au rapport initial présenté par l'Algérie au comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 19eme session, 19 Janvier-5 Février 1999, voir le site : http://www.algeria-watch.org.

3 – فريدة بناني، "مدى شرعية وقانونية تحفظات البلدان العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، ورقة عمل مقدمة في أطار أعمال الندوة الإقليمية حول سبل تفعيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من 26 إلى 27 جانفي 2004، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، بيروت، 2004، ص 47.

بيد أن الدول الإسلامية ومن بينها الجزائر التي تحفظت على المواد السابقة من اتفاقية سيداو – وخاصّةً المادة 16 – لم تتحفظ كما أشرنا إليه أنفا على المادة 05[1] والمادة 24[2] من هذه الاتفاقية، رغم خطورة الأبعاد التي ترمي إليها من خلال إلزام الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير لتغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة.

فكيف يمكن لها الموائمة بين تحفظها على المواد 2، 9، 15، 16 من جهة والوفاء بالتزاماتها بمقتضيات المادتين 05 و24 من الاتفاقية؟

كما أنه تتأثر نصوص أخرى في الاتفاقية سلبيًا بالتحفظات على المادتين 02 و16، مثل المواد 05، 07، 10، 11 منها.

فعلى ذلك يساور منظمة العفو الدولية القلق بشكلٍّ خاصٍ من أنّ تحفظات الجزائر على المادة 16 تسهم في إضعاف حماية النساء من أفعال العنف، بما فيها الاغتصاب الزوجي والعنف في العائلة، ومن الممارسات القائمة على التمييز التي تزيد من التعرّض للعنف، بما فيها تعدد الزوجات والطلاق بإرادة الرجل وحده، وحرمان النّساء اللواتي ينهين العلاقات القائمة على العنف من المساواة في الحقوق.

كما تعتبر هذه المادة محورية للاتفاقية، نظرًا لأهميّة المواضيع التي تتطرّق إليها من جهةٍ، ونظرًا للتدابير التي يجب على الدول اتخاذها للقضاء على التمييز واسع النطاق ضد المرأة في تلك المواضيع من جهةٍ ثانيةٍ.

ويلاحظ أن المادة 16 هي القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية، إلا أن تحفظات هذه الدول على الحقوق التي تقرها تباينت بشكلٍ كبيرٍ، بحيث تحفظ بعضها على هذه المادة كلها[3] والبعض الآخر على بعض بنودها فقط[4]، مع اختلاف

---

1 – انظر: المادة 05 من اتفاقية سيداو.

2 – تنص المادة 24 اتفاقية سيداو على أنّه: "تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يلزم من تدابير على الصعيد الوطني تستهدف تحقيق الأعمال الكاملة للحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية".

3 – مثل مصر، والمغرب، والعراق.

4 – مثل الأردن، (فقرة 01/ج، د، ز)، وتونس (فقرة 01/ج، و، ز، ح)، ولبنان (فقرة 01/ج، د، و، ز)، وليبيا (فقرة 01/ ج، د).

البنود المتحفظ عليها من دولةٍ إلى أخرى. وهناك دول عربية لم تتحفظ على هذه المادة برمتها.

فعلى سبيل المثال تحفظت دولة الكويت على المادة 16 فقرة 01/د فقط، لأنّها على حد تعبير نص التحفظ: "متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكون الإسلام دين الدولة"، أي مصدر قانونها. ويظهر من تحفظ الكويت أنه فيما عدا الفقرة 01/د هذه، فإن المادة 16 غير متعارضةٍ مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولم يكن هذا موقف بقية الدول الإسلامية والتي من بينها الجزائر خصوصًا.

لقد تحفظت سوريا كذلك على المادة 16 الفقرة 02، وقد جاء نص تحفّظها كالآتي: "تتحفّظ سوريا على المادة 16 الفقرة 02 فيما يخص الآثار القانونية لخطوبة الطفل أو زواجه بسبب مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلاميّة". وانطلاقًا من هذا التحفظ يمكن استنتاج بأن سوريا لا تعتبر الفقرة 01 من المادة 16 مخالفةً لأحكام الشريعة الإسلاميّة لأنها عندما تحفظت عليها لم تحدّد ذلك[1].

نستخلص من كل ما سبق أن بعض الدول تحفظت على بعض أحكام المادة 16 من الاتفاقية باعتبارها تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذات الأحكام المتحفظ عليها بالعودة إلى الشريعة الإسلامية[2] تحفظت عليها دول أخرى إسلامية استنادًا إلى تعارضها مع التّشريع الوطني لا مع الشريعة الإسلامية، وأضف إلى ذلك هناك تحفظاتٍ عامةٍ على المواد التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية، دون تحديد لهذه المواد. وثمة دول إسلامية لم تبد أي تحفظ على أحكام الاتفاقية التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية وهي اليمن وجيبوتي مع أن الشريعة الإسلامية تشكل مصدرا دستوريًا وتشريعيًا لقوانينها.

يعود السبب الذي جعل هذه المادة تمثّل القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية الإسلامية، واعتبارها المادة الأكثر رفضًا حتى من قبل الدول غير الإسلامية[3]، في

---

1 – الحبيب الحمدوني، حفيظة شكير، مرجع سابق، ص ص 169 – 189.

2 – مثل تحفظ المغرب الذي جاء كما يلي: "تتحفظ حكومة المملكة المغربية على مقتضيات المادة 16 وخصوصا ما يتعلق منها بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه. وذلك لكون مساواة من هذا القبيل تعتبر منافية للشريعة الإسلامية ..."، نقلاً عن: أشرف عرفات، التحفظات العربية والإسلامية على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، الهامش 71، ص 815.

3 – BOURAOUI Soukaine, "Les réserves des Etats à la convention sur l’élimination de toutes les =

أنها تهتم بالعلاقات بين الجنسين ضمن نطاق الحياة الخاصّة، ومن ثم فهي تمثّل أكثر المجالات مقاومة للتغيير[1].

فمن الدول غير الإسلامية هناك العديد من الدول الأوروبية بالإضافة إلى الصين وغيرها من دول العالم التي تحفظت على مجموعة من مواد الاتفاقية وبالخصوص المادتين 02 و16 منها، نذكر على سبيل المثال المملكة المتحدة؛ وهي دولة ديمقراطية عريقة لها تحفظاتٍ أطول وأشمل من تحفظات بعض البلدان العربية والإسلامية على مواد بعض الاتفاقية، رغم اختلاف خلفية وفلسفة هذه التحفظات، فقد ارتكزت تحفظاتها على عدم مخالفة قوانينها الداخلية[2].

وبالعودة إلى موقف الجزائر من الاتفاقية تظهر رغبتها في المحافظة على خصوصيات المجتمع في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ذلك أن تقنين الأسرة يستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الثاني من مصادر التشريع بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم[3].

=formes de discriminations à l'égard des femmes", in, La non discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire, Colloque de Tunis, I.O.R.T, Tunisie, 1989, p 30.

1 – يلاحظ أن المغرب مثلا رغم سحب تحفظها بشأن المادة 16 من سيداو، وأنّ الدستور يكرس المساواة بين الرجال والنّساء في الحقوق المدنية، إلا أن التّمييز ما زال يشوب العديد من الأحكام المتعلقة بمدونة الأسرة وإعمالها، ورغم أن المادة 02 من اتفاقية سيداو تعتبر أساسيةً حسب لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لغرض وأهداف الاتفاقية، فإن المغرب حافظ على إعلانه التفسيري بشأن هذه المادة. في السياق نفسه، رغم أن الدستور يمنح لجميع المواطنين الحقّ في حرية اختيار مكان إقامتهم والتنقل داخل التراب الوطني كما أن قانون الأسرة كان قد ألغى مفهومي"الطاعة" و"رب الأسرة "، فإن المغرب قد حافظ على إعلانه التفسيري بشأن المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو، مع العلم أن نطاق هذه البيانات التفسيرية يتجاوز كونه نوعًا من التأويل لمقتضيات الاتفاقية، نظرًا لأنّ الآثار المترتبة عن أي "إعلان تفسيري" تطابق في الواقع الآثار المترتبة عن التحفظ، انظر: وضعية المساواة والمناصفة في المغرب، صون غايات وأهداف الدستور وإعمالها، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، 2015، شارع الرياض، انظر: الموقع التالي: http://www.cndh.ma/، تاريخ الإطلاع: 21 جانفي 2016.

2 – نقلاً عن: جميلة المصلي، "ملائمة القوانين الوطنية مع المواثيق الدولية والحق في التحفظ"، جريدة التجديد، 30 مارس 2011، على الموقع التالي: http://www.maghress.com/attajdid/65405، تاريخ الاطلاع: 12 جويلية 2016.

3 – انظر: المادة 01 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الفرع الثالث

التحفظ على الحكم الخاص برفع الخلاف حول تفسير اتفاقية سيداو وتطبيقها

تحفظت الجزائر على المادة 29 من اتفاقية سيداو التي تتعلق برفع الخلاف في تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها بين الدول الأطراف إلى محكمة العدل الدولية، وليس لهذا التحفظ أثر كبير على مسألة التمييز، إذ جاء تحفظها كما يلي: "لا تعتبر حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ملزمة بالفقرة 01 من المادة 29 التي تنصّ على أن كل نزاعٍ بين دولتين أو أكثر يتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقية لم يتم تسويته عن طريق التفاوض، يحال إلى التحكيم أو إلى محكمة العدل الدولية بطلب أي واحدٍ منها.

تعتبر الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن كل نزاعٍ من هذا القبيل لا يمكن إحالته إلى التّحكيم أو إلى محكمة العدل الدولية إلا بموافقةٍ لجميع أطراف النّزاع"[1].

يلاحظ أن هذه التحفظات تدخل ضمن إجراءات سيادة الدولة للتعبير عن خصوصياتها الحضارية والثقافية، والأهّم من ذلك الخصوصية الدينية في تقنين الأسرة الجزائري.

كانت المادة 29 الفقرة 01 أكثر المواد التي أبدت الدول المختلفة تحفظًا عليها وهو أهم تحفظ اشتركت فيه جميع الدول، ونذكر من بين هذه الدول المملكة العربية السعودية، والعراق، والكويت، ولبنان، والمغرب، وتونس، واليمن.

أدركت الدول عندما صادقت على اتفاقية سيداو، أهمية هذه الأخيرة والعراقيل التي ستولدها، ولهذا السبب فضلت هذه الدول أن يكون لديها ضماناتٍ ضد أحكام هذه الاتفاقية من خلال اعتبار أنّ أيّ نزاعٍ حول تطبيق نصوص الاتفاقية يجب أن يعرض على هيئةٍ دوليةٍ، وفي هذه الحالة، محكمة العدل الدوليّة، بناء على موافقة طرفيّ النّزاع، فبالتّالي تتخلص من أيّ التزامٍ ناشئ عن قرارٍ قد تتّخذه هيئة التّحكيم في هذا الميدان. دون أن ننسى، بالطبع، أن إمكانية التهرّب من تطبيق أحكام نصّ المادة 29 من الاتفاقية منصوص عليه في المادة نفسها، التي تنص في الفقرة 02 على أنّه: ***"لأية دولةٍ طرف أن تعلن لدى توقيع هذه الاتفاقية أو التّصديق عليها أو الانضمام إليها أنّها لا تعتبر نفسها ملزمةً***

1 − O.N.D.F, Plaidoyer pour la levée des réserves à la convention CEDAW sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, op cit, p 09.

بالفقرة 1 من هذه المادة. ولا تكون الدول الأطراف الأخرى ملزمةً بتلك الفقرة إزاء أيّة دولةٍ طرفٍ أبدت تحفّظًا من هذا القبيل".

تعتبر هذه الفقرة نقطة ضعفٍ قانونيةٍ في نظام الاتفاقية حيث يمنح للدول الأطراف سلطةً تقديرية كاملةً فيما يتعلق بتطبيق الاتفاقيّة.

تمنح الفقرة 02 من المادة 29، للدول ببساطة فرصة تنصل الدول الأطراف من واجب الالتزام بتقديم شرح أو تنفيذ القرارات الصّادرة عن هيئة دوليّة ذات الأهمية مثل محكمة العدل الدوليّة.

لذلك نتساءل حول مدى فعالية هذا الحكم عمليًا وحول القيمة الحقيقية لالتزام الدولة الأطرف في اتفاقية سيداو؟، لأنّه ينبغي إدراج حكم نص المادة 29 في الاتفاقية كالتزام على وجه الخصوص، لأنّ هذه الاتفاقية تكتسي أهمية قصوى لتطور مركز المرأة[1].

يمكن تفسير ذلك على أن واضعي هذا النص يريدون بالتأكيد تأييد مبدأ عالمية المعاهدة كمسألةٍ ذات أولويةٍ، ويفتحون الباب أمام قبولٍ واسعٍ جدًا للاتفاقية[2].

في الحقيقة ليس لهذا التحفظ أثر كبير على مسألة التمييز، غير أنّه من المؤسف أن الجزائر تحرم نفسها من إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي[3].

كان من المستحسن ألا تتحفظ الدول على هذا النص، ليس فحسب في اتفاقية سيداو، وإنما في غيرها من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان[4]، حتى لا تظهر بمظهر من يخشى المثول أمام محكمة العدل الدولية، أو بمظهر من لديه مخالفاتٍ يريد أن يخفيها أو يستر عليها، ويشكك بالتالي في مدى جديتها في التمسك بالاتفاقيات الدولية الخاصّة

---

1 – تقول الباحثة آمنة الجبلاوي: "لا مناص من سحب التحفظات أو سحب أكبر عدد ممكن منها على الأقل وإن تمّ ذلك بصفة تدريجية، وإن تمّ في نهاية الأمر الاكتفاء بالتحفظ على الفقرة الأولى من المادة 29 شأن تركيا والباكستان مثلا"، نقلا: نهى القاطرجي، اتفاقية سيداو ودورها في عولمة قضايا المرأة، مركز آفاق للدراسات والبحوث، 2012.

2 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit interne inspiré de l'islam-le cas des pays arabes-, op cit, p 229.

3 – O.N.D.F, Plaidoyer pour la levée des réserves à la convention cedaw, op cit, p 10.

4 – على سبيل المثال فرغم أن الصين عضو دائم في مجلس الأمن، وتملك حق النقض للدفاع عن مصالحها، فقد تحفظت على المادة 29 من اتفاقية سيداو معلنة أنها: "لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 1 من المادة 29 من الاتفاقية"، وهو الشيء نفسه الذي قامت به دول أخرى من بينها دول محسوبة على الغرب مثل البرازيل، نقلاً عن: جميلة المصلي، ملائمة القوانين الوطنية مع المواثيق الدولية والحق في التحفظ، مرجع سابق، ص 43.

بحقوق الإنسان[1].

المطلب الثالث

تراجع الجزائر عن تحفظها على المساواة المطلقة في حق الجنسية

لقد أجازت اتفاقية سيداو للدول الأطراف سحب تحفظاتها متى شاءت ذلك، هذا ما ورد في الفقرة 03 من المادة 28 منها التي تنص على أنه: "***يجوز سحب التحفظ في أي وقت، بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم بإبلاغ جميع الدول به، ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتبار من تاريخ تلقيه***".

وعليه قامت الجزائر بسحب تحفظ واحد من بين مجموع التحفظات التي أوردتها على هذه الاتفاقية والتي تتضمن فقرة من المادة 09 المتعلقة بالقضاء على التمييز في حق الجنسية.

مما أدى إلى إثارة مسألة البحث في الطابع القانوني لإجراء سحب التحفظ (الفرع الأول)، ثم دراسة الأسباب التي أدت بالجزائر إلى سحب تحفظها على المساواة في الحق في الجنسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطابع القانوني لإجراء سحب التحفظ

قد يحدث أن ترى الدولة أن التحفظ أصبح يتعارض مع مصلحتها، فتلجأ إلى سحبه حتى تحقق غايتها من المعاهدة، وهذا ما ورد في المادة 22 الفقرة 01 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 التي تنص على أنّه: " ***يجوز سحب التحفظ في أي وقتٍ، ولا يستلزم موافقة الدولة التي قبلت التحفظ، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك***".

إن ما يستنتج من نص هذه المادة هو سحب التحفظ إجراء فردي حر، صادر عن الدولة المتحفظة دون اشتراط موافقة الأطراف الأخرى ما لم تنص الاتفاقية على غير ذلك، ولقد أعربت لجنة القانون الدولي عن رأيها في ذلك على أنّه يجب افتراض أنّ الأطراف في

1 – أشرف عرفات، "التحفظات العربية والإسلامية على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 801.

المعاهدة ترغب في أن تتخلى الدولة المتحفظة عن تحفظها، ما لم يدرج في المعاهدة بند يفرض قيودًا على سحب التحفظات[1].

يحقق سحب التحفظ مصلحة كافة الأطراف في المعاهدة، إذ أن سحب التحفظ معناه العودة بالمعاهدة إلى صورتها الأصلية المتكاملة بالنسبة لكافة الأطراف – ذلك إذا كان التحفظ المسحوب هو التحفظ الوحيد في المعاهدة المعنّية – إذن فالأساس الذي اعتمدت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 في الفقرة 01 من المادة 22، يرتكز على اعتباراتٍ عملية وموضوعيّةٍ معقولةٍ قوامها إتّقاء أيّة مصلحة جديةٍ لمن له قبول التحفظ في الاعتراض على سحبه، وبناءً عليه، فإنّ النصّ على جواز سحب التحفظ دون اشتراط موافقة من سبق له قبوله أمر ينسجم مع المنطق القانوني[2].

في المقابل، فإنّه لمن اعترض سابقًا على التحفظ له أن يسحبه ويخطر الدولة المتحفظة بذلك، ومن ثم ستسري الاتفاقية المعدلة وفقًا للتحفظ على العلاقة الاتفاقية بين الدولة المتحفظة والدولة التي سحبت الاعتراض على التحفظ[3].

إذن لابد من أن يكون هناك إخطارًا بالتحفظ والاعتراض عليه، وكذلك في حالة سحب الاعتراض حتى ينتج التحفظ آثاره.

وإن كانت تلك ممارسة غير شائعة في المعاهدات المتعددة الأطراف المعاصرة، أي أن تتضمن المعاهدة نصاً بشأن سحب التحفظات، فعلى سبيل المثال المادة 20 الفقرة 03 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1966 تنص على ما يلي: "***يجوز سحب التحفظات في أي وقت بإشعار يوجه إلى الأمين العام بذلك. ويسري مفعول الإشعار اعتباراً من تاريخ تلقيه***"[4].

---

1 – A.C.D.I, 1966, Vol.II, Doc N° A/CN.4/SER.A/1966/Add.l, p 227.

2 – جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام: (المدخل والمصادر)، مرجع سابق، ص 98.

3 – انظر: المادة 22 الفقرة 3/أ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

4 – توجد أمثلة لصياغةٍ مماثلةٍ في المادة 51 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، والمادة 17 من الاتفاقية الدولية لمناهضة تجنيد المرتزقة واستخدامهم وتمويلهم وتدريبهم لعام 1979؛ والمادة 20 من الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام 1997؛ والمادة 34 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام 1999.

الفرع الثاني

أسباب سحب الجزائر تحفظها على المساواة المطلقة في الحق في الجنسية

تعددت الحجج والأسباب التي أدت بالجزائر إلى سحب تحفظها الوارد على نص المادة 09 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو، وأهمها تتمثل في: النقد الشديد الموجه لمبررات هذا التحفظ بصفة عامة (أولاً)، ومن ثم تعديل تقنين الجنسية الجزائري بصفة خاصة (ثانيًا).

أولا – النقد الموجه لمبررات التحفظ على المساواة المطلقة في الحق في الجنسية:

لقد فسر رجال القانون عدم منح جنسية الأم المتزوجة من أجنبي لأبنائها بعدة تبريرات، وهي تبريرات تتفق عليها الدول العربية الإسلامية، ومنها الجزائر، ولقد واجهت انتقادات شديدة كان أهم مواضيعها:

أ – المبرر الديني: الذي يقضي بأن الرجل هو صاحب القوامة وإليه ينسب الأولاد وهو مبرر غير مقبول لكون الرجل قواما وصاحب النسب لا علاقة لهما بمسألة الجنسيّة، لأنها رابطة قانونية وسياسية تنشئ حقوقًا وواجباتٍ متبادلةٍ بين الفرد والدولة، أما النّسب فهو الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود وتحكمه الشّريعة فلا علاقة بين الجنسية والنسب.

يقوم نظام الجنسية في الدولة الحديثة على فكرٍ بشريّ بعيدٍ عن كل النظم الدينية، والجنسية في قوانين الجنسية للدول التي تحفظت على الفقرة 02 من المادة 09 من اتفاقية سيداو، تبنى وفق معايير وعوامل ليس للعقيدة الدينية للفرد أي دخلٍ في بنائها وتحديدها.

تعتمد سائر التشريعات في المجتمع الدولي في تحديد وبناء الجنسية على معايير غير دينية منها: محل الميلاد، حق الإقليم، حق البنوة أو حق الدم، ومن ثم فالعقيدة الدينية لا دخل لها في تكوين الجنسية ولا في تشريعها أو تقنينها[1].

تعتبر في الحقيقة مسألة منح الجنسية من أكثر القضايا حساسيةً نظرًا لأنها تعد تعبيرًا عن سيادة الدولة وهويتها، ومن ثم فإنها تندرج ضمن الولاية الداخلية لكل دولة[2].

يلاحظ أنه حتى لو لم تعلل الجزائر تحفظها على المادة 09، باستعمال مصطلح

---

1 – هلالي عبد الله أحمد، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بنى سويف، مصر، 1994، ص ص 674 – 682.

2 – حسني موسي، محمد رضوان، "التحفظ على المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية لتحفظات الدول الإسلامية على المعاهدات المتعلقة بحقوق المرأة والطفل"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، مصر، 2014، ص 130.

الشريعة الإسلامية صراحة، فإنها تعنيه بطريقة غير مباشرة، لأنها ذكرت بأن المواد المتحفظ عليها تخالف ما ينص عليه قانون الأسرة الجزائري، وهذا الأخير مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وبذلك تتوحد الدول العربية الإسلامية سواء التي استعملت المصطلح صراحة أو التي لم تستعمله عند تحفظها على المادة 09 من الاتفاقية[1].

ب – المبرر القانوني: يدعي بعض القانونيين بأن قوانين الجنسية العربية تعتمد "معيار الدم" أساسًا لنقل الجنسية، حسنًا ليكن هو المعيار ولكن لماذا يقتصر على الأب وحده؟ ولماذا تحرم الأم مع أنّ لها دورًا مساويًا بل أعظم؟ أليست هي التي ترضع الأولاد والانتماء في نفسيّة أطفالها بأكثر ممّا يفعله الأب؟ إن تشريعات العالم المتحضر – أيضًا – اعتمدت معيار الدم، لكنها جعلته حقًا مشتركًا للأبوين على حد سواء.

زيادة إلى ذلك، هناك من الدول التي تحفظت على نص هذه المادة استنادا إلى مبرر أخر ألا وهو المبرّر الأمني، إذ هناك من يثير تخوفات أمنية كما في حالة "مصر" أو إحداث خلل في التركيبة السكانية كما في "حالة الخليج"، وهي كلها مبررات زائفة لأن مقتضيات الأمن القومي في مصر تدعو إلى عدم حرمان مليون طفل من حق الحصول على جنسيّات أمهاتهم المصريات، كما أن اعتبار تصحيح الخلل السكاني في الخليج تحتم تجنيس أبناء المواطنة وزوجها استعادة للتوازن المفقود بين أقلية مواطنة وأكثرية غير مواطنة.

وإذا لم يكن من حق هؤلاء الذين ولدوا وترعرعوا وضعوا الولاء والانتماء لأرضهم ووطنهم حق الجنسية، فمن حق من إذن؟

والجدير بالذكر، صادقت معظم الدول العربية على اتفاقية حقوق الطفل والتي من بينها الجزائر ولم تتحفظ إلا على مادة واحدة منها فقط، وهي المادة التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين. فهي إذن لم تتحفظ على موادٍ خاصةٍ بالجنسية وخصوصًا المادتين 09 و19 منها.

تنص المادة 9 منها على أنّه: " ***تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة...أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى ...***".

1 – لطيفة بوشناق، "جنسية أبناء المرأة بين موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في الجزائر"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، 2018، ص 76.

فلا نظن هنا أن مصالح الطفل مصونة إن فُصل عن أحد أبويه كرها، في حال لم يستطع قانونيا منحه جنسيته حتى يتمكن هذا الطفل من التمتع بحقوق الوطنية والمواطنة. وتنص المادة 19 من الاتفاقية على أنّه تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية... الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر... وليس هناك عنف وضرر أقسى من حرمانه من حقه في التجنس وبالتالي عدم التمتع بحقوق المواطن، ناهيك عن معاناة الأم – خصوصا الأرملة أو المطلقة – عندما تُحرم من حق منح جنسيتها لأبنائها وتركهم في وطنها بدون مواطنة.

وإذا كانت اتفاقية "سيداو" تعلن المبادئ والإجراءات والآليات الكفيلة بضمان الحقوق الإنسانية للنساء في إطار المساواة بين الجنسين، فإن اتفاقية حقوق الطفل تقوي تلك الإجراءات، خاصة فيما يتعلق بالأطفال. وحيث أن هذه الاتفاقية تقر مجموعة من الحقوق للطفل، فإن عدم اعتراف قوانين الجنسية العربية للمرأة بحقها في إسناد جنسيتها لأبنائها، يشكل انتهاكا صارخا لكل ما تنص عليه اتفاقية حقوق الطفل، لأن عدم حصول الطفل على جنسية أمه المتزوجة بغير مواطن، سيحول بينه وبين التمتع بكافة الحقوق التي أقرتها له اتفاقية حقوق الطفل.

إن موروثات الجاهلية الظالمة هي التي صاغت تشريعات الجنسية العربية لا غير، أما الشريعة الإسلامية فما كانت لتظلم المرأة، وما كانت لتقر أبدًا بإقصاء نصف المجتمع من حقّه العادل. فغالبية قوانين الجنسية العربية إذ تخالف مواثيق حقوق الإنسان وتناقض بشكل سافر اتفاقية سيداو فإنها أيضا تخالف دساتيرها الوطنية[1].

ثانيا – تعديل تقنين الجنسية الجزائري:

تعد الجنسية حق يثبت لجميع المواطنين دون تمييزٍ، لذا يفترض أن ينتقل هذا الحق كما هو حال اللقب من المواطن إلى أولاده استنادًا إلى نظرية الدم.

إلا أن المشرع الجزائري عارض نفسه ونسف مبدأ المساواة الذي عده مبدءًا دستوريًا، عبر نصه الصريح في تقنين الجنسية الجزائري قبل تعديله سنة 2005 في المادة 06 منه التي جاء فيها ما يلي:

1 – عبد الحميد الأنصاري، "التشريعات العربية تضع المرأة في المرتبة الثانية وتجعلها تابعا للرجل"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأديان، الدوحة، 25 أفريل 2015.

"***تعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب:***

1-الولد المولود من أب جزائري

2-الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول

3-الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية".

إذ يظهر جليًا من هذا النص أن الجنسية الجزائرية استنادًا لتقنين الجنسية الجزائري، كانت لا تنقل إلى الأولاد إلا عن طريق الأب الجزائري، أما الأم الجزائرية فلا تمنح جنسيتها لأطفالها إلا استثناءً وذلك في حالتين فقط، الذي يعتبر تمييزًا واضحًا ضّد الأم الجزائرية.

أبدت الجزائر في ذلك تحفظًا على حكم المادة 09 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو التي لا تتوافق مع أحكام تقنين الجنسية الجزائري وتقنين الأسرة الجزائري.

لقد تراجعت عن هذا الخيار الذي كان فيه غبن كثير للمرأة الجزائرية وأبنائها، إضافةً إلى أنه منافي لمبدأ المساواة في حقوق المواطنة بين الجنسين من خلال التعديل الذي أدخل على تقنين الجنسية منذ سنة 2005[1] حيث يقّر هذا التعديل بقدرة المرأة الجزائريّة على نقل جنسيتها لأبنائها إذا كان الوالد أجنبيًا. ونتيجة ذلك قامت الجزائر بسحب تحفظها على نص المادة 02/09 من اتفاقية سيداو[2].

فتقضي المادة 06 من تقنين الجنسية المعدل والمتمم بأنّ الطفل يعد جزائريًا إذا كان مولود لأبٍ جزائري الجنسية أو لأمٍ جزائرية الجنسيّة، أي أن المشرع الجزائري تبنى مبدأ مساواة الأم والأب في نقل الجنسية إلى الأبناء، الذي جاء تنفيذًا للالتزامات الدولية خاصة اتفاقية سيداو. وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا المبرر في عرض الأسباب التي أدت إلى تعديل قانون الجنسية، إذ جاء فيه أن قانون الجنسية الجزائري يجب أن يكون متوافقًا مع

---

1 – انظر: تقنين الجنسية الجزائري المعدل والمتمم.

الهدف الذي ابتغاه المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الجنسية هو تحقيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في صورة الأب والأم كذا حماية حقوق الطفل في حالة الزواج المختلط وهذا تطبيقًا لنصوص المواثيق الدولية والاتفاقيّات الدوليّة التي صادقت عليها الجزائر، والتي تؤكّد على المساواة بين مركزي المرأة والرجل وعلى حماية حقوق الطفل، انظر: محمد توفيق قديري، ميلود بن حوحو، "تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري: قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجًا"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2017، ص 270.

2 – انظر: المرسوم رئاسي رقم 08-426، المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، يتضمن رفع التحفظ على نص المادة 09 الفقرة 02، ج.ر.ج.ج، العدد 05، الصادر في 21 جانفي 2009.

التطور الدولي نحو التوافق مع المعايير الموحدة للقيم الإنسانية الأساسية في مواثيق وعهود واتفاقيات المجتمع الدولي المصادق عليها من طرف الجزائر أو المنضمة إليها، ثم يضيف قائلا ولهذه الأسباب يأتي مشروع تعديل القانون بهدف مساواة المرأة بالرجل والمحافظة على حقوق الأطفال في مجال الجنسية.

كما أدى تطور الأفكار والأوضاع المتعلقة بالمرأة على صعيد المجتمع الدولي والمجتمعات الوطنية إلى ضرورة مسايرة قانون الجنسية لها، فضلاً عن تأثيرات المنظمات الحقوقية الأهلية والجمعيات النسائية وغيرها المناصرة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بشكل عام، ولمبدأ المساواة بينهما بخصوص نقل الجنسية لأبنائها في حالة اختلاف جنسيتهما بشكل خاص. وقد ترتب عن هذه التطورات تجاوز التحفظات التي أبدتها الجزائر عند مصادقتها على اتفاقية سيداو بشأن الفقرة 02 من المادة 09 منها[1].

دون أن ننسى مختلف القوانين الداخلية وخاصة نص المادة 32 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 التي كرست المساواة بين الرجل والمرأة، فليس من المعقول أن تكرس الدولة مبدأ المساواة في دساتيرها ثم تمنع الأم من نقل جنسيتها إلى أبنائها، فهذا يشكّل انتهاكا صارخًا لمبدأ المساواة بين الجنسين.

نشير إلى أنه قد يكون للزوج المتحصل على الجنسية الجزائرية بسبب الزواج أبناء من زوجٍ أجنبيٍّ سابقٍ قبل زواجه من الزوج الجزائري، فهل يكتسب هؤلاء الأبناء الجنسية الجزائرية؟

سكت المشرع الجزائري عن هذه المسألة ولم يتطرق لها صراحةً، لكن يمكن استنباط الحكم على النحو التالي: فإذا كان الأولاد راشدين فلا يكتسبون الجنسية الجزائرية تبعًا لوالدهم، وإذا أرادوا الحصول على الجنسيّة الجزائرية فما عليهم إلا إتباع طريق التجنس، متى توافرت فيهم شروط الحصول على الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج، ذلك أن قانون الجنسية قانون خاص، يخضع للتفسير الضيق، فلا يجوز التوسع في تفسير أحكامه ولا القياس عليها[2].

---

1 – محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائري والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط 04، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 28.

2 – حسن محمد الهداوي، "اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية"، مجلة الحقوق، العدد 02، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1977، ص 221.

في الحقيقة حق الأم في منح جنسيتها لأبنائها الوارد بالمادة 09 من اتفاقية سيداو هو حق يتمتع به الأب في كافة التشريعات الوطنية، في حين تحرم الأم من ذلك في بعض التشريعات، وهذا الحرمان لا أساس ولا مبرر له، خاصّةً وأنّ الأم لها علاقة مباشرة ووطيدة مع أبنائها. وهذا الحق يسري على الأم وكذلك على الأطفال، لأنّ جنسية الأم كما أشير إليه آنفا تمثل كذلك جذورهم وهويتهم، وأنّ التمييز في هذا المجال له آثار سلبيّة على الأبناء كذلك.

وتشير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 لعام 1994 إلى أنّ الجنسيّة تمثّل عنصرًا حاسمًا في المساهمة الكاملة في أنشطة المجتمع، وهي أساسية للاندماج الكامل في المجتمع. فقد تؤثّر جنسيّة المرأة على حقّها في التصويت أو الترشيح للمناصب العامة، كما يمكن أن تؤثر في اختيارها لمكان سكناها[1].

رغم أن هذه المادة لا علاقة لها بالشريعة الإسلامية التي تتذرع بها مجموعة من الدول لإبداء التحفظات فإن معظمها قد تحفظت عليها[2].

كما أنه رغم من أن موضوع الجنسية أساسي للاندماج الكامل للمرأة في المجتمع فقد تحفظ على هذه المادة عدد كبير من الدول العربية المنضمة إلى هذه الاتفاقية، خاصةً على الفقرة 02 المتعلقة بحقّ المرأة في منح جنسيتها لأطفالها مثلها في ذلك مثل الرجل.

إذ تحفظ العراق على نص المادة 09 الفقرتين 01 و02، كما تحفظت على المادة 09 الفقرة 02 كلّ من مصر واليمن وتونس والأردن والمغرب والكويت ولبنان. فعلى سبيل المثال

---

1 – أكدت المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في هذا السياق بصدد رأيها الاستشاري المقدم لدولة كوستاريكا عن موقفها حول موضوع جنسيّة المرأة المتزوجة أين رفضت المحكمة فكرة مسايرة جنسية الزوجة والأولاد لجنسيّة الزوج، وقد استندت المحكمة في رأيها على نصّ المادة 09 من اتفاقية سيداو، ولقد اتخذت لجنة حقوق الإنسان الموقف نفسه في قرارها: "أومرودي زيفرا" "Aumeeruddy Cziffra"، حيث ترى اللجنة أن عدم قدرة المرأة الموريسية (على عكس الرجل الموريسي) على منح جنسيتها لأولادها يعتبر تمييزًا في إطار العائلة، ولا يمكن تبريره باعتبارات الأمن الوطني، انظر:

Comité des droits de l'homme, Aumeeruddy-Czffira c./ Maurice, Affaire N°R.9/35, Déc. 9 Avril 1981, R.U.D.H, 1989, p 96.

2 – تحفظت 12 دولة على نص المادة 09 من اتفاقية سيداو ومن بينها 04 دول – وهي كل من دولة الفيجي، العراق، ماليزيا، وكوريا – قد تحفظت على مجمل النص وأما باقي الدول فقد اكتفت بالتحفظ على الفقرة 02 من نص المادة والمتعلق بجنسية الأطفال، انظر:

DEVRIERE-BOUET Sabine, Droit international des droits de la femme : L'universalisme en question, thèse de doctorat en droit international public, op cit, pp 280-284.

فإنّ لبنان تحفظت على المادة 09 الفقرة 02، وتبرّر الحكومة هذه التحفظات كونها تندرج في خطة سياسيّة لمنع توطين الفلسطينيين على أرضه تماشيًا مع أحكام دستوره وسائر الاتفاقيات المناهضة للتوطن[1].

يمنع تحفظ الدول العربية على المادة 09 من اتفاقية سيداو المرأة من تغيير جنسيتها بحريةٍ، ويؤدي إلى سحب الجنسية عنها بصورة تلقائيةً في حال الزواج أو حل الزواج أو أيضًا بسبب تغيير والدها أو زوجها الجنسية.

يجب الإشارة إلى أن الدول التي لم تتحفظ على نص المادة 09 من اتفاقية سيداو لا يعني أنّ هذه الدول تطبّق أحكام هذه المادة، يمكن أن نورد مثال على ذلك دولة الغابون حيث يشترط قانون الجنسية فيها على المرأة التي ترغب الزواج بأجنبي بأن تتنازل عن جنسيّتها، ولا يمكن استرجاع جنسيتها في حالة الطلاق. وزيادة على ذلك فإن المرأة الأجنبية المتزوجة من رجل غابوني لا يمكن لها الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية[2].

أما تقنين الجنسية الجزائري المعدل والمتمم أكد في المادة 09 مكرر منه على أنه يكون في مقدور الرجل الحصول على الجنسية الجزائرية إذا تزوج من امرأة جزائرية وكان الاثنان يعيشان في الجزائر[3].

بذلك واكب المشرع الجزائري أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسيّة في العائلة.

---

1 – تقرير الظل الرابع، السيداو حول مدى التقدم في تطبيق اتفاقية إلغاء جميع أشكال التّمييز ضد المرأة، اللجنة الأهلية لمتابعة قضايا المرأة بدعم من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومؤسسة فريد ريش ايبرت، مكتب لبنان، 2014، ص 18.

2 – DEVRIRE-BOUET Sabine, Droit international des droits de la femme…, op cit, p 283.

3 – تنص المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائري على أنه: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط التالية:

– أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس،

– الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (02) على الأقل،

– التمتع بحسن السيرة والسلوك،

– إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج".

بدى المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 09 مكرر من تقنين الجنسية أقل تشددًا، بحيث جعل الأصل أنّه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي، بحيث يبقى محتفظًا بجنسيته الأصلية، ويحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقًا للشروط التي يقرّرها قانون الزّوج بخصوص التجنس.

يُمكن النص الجديد الجزائر من الانضمام إلى الشروط الواردة في القانون الدولي والتي تدعو الدول الأعضاء إلى إسناد المرأة حقوق الرجل نفسها فيما يتعلق باكتساب الجنسيّة أو تغييرها أو الاحتفاظ بها، وعليها أن تضمن بوجهٍ خاصٍ، ألا يترتب عن الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج، التّغيير التلقائي لجنسيّة الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية زوجها.

يلاحظ أنه على الرغم من كل التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على تقنين الجنسية مستهدفا تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في هذا المجال، إلا أنّه لا يزال هنالك تمييزا ضد المرأة في المادة 18 الفقرة 03 من قانون الجنسية التي تنص على أنه:

"***يفقد الجنسية الجزائرية... المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية***". إذ لا يوجد أي حكم مماثل بالنسبة للرجل في قانون الجنسية.

المبحث الثاني

تقدير صحة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو

إذا كانت تحفظات الجزائر تدخل ضمن إجراءات سيادة الدولة للإدلاء بخصوصيتها الحضارية والثقافية، بل والدينية، غير أن هناك من يرى عكس ذلك عند الحكم في مدى صحة هذه التحفظات اعتمادًا على معايير معينة لتقدير توافق هذه التحفظات مع هدف وموضوع اتفاقية سيداو، ومنها معيار الأساس الذي استندت إليه الجزائر لتبرير تحفظاتها على الاتفاقية، وعليه سنناقش حجج هؤلاء واستنتاجاتهم حول عدم صحة تحفظات الجزائر هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى يتطلب الموضوع التطرق إلى مدى تطابق النصوص التي تحفظت عليها الجزائر في سيداو مع التزاماتها الأخرى في المواثيق الدولية التي تعد طرفا فيها، وبخاصةٍ المتعلقة منها بالمرأة، إذ يمكن المقارنة بينها واستخلاص ما إذا كانت تحفظات الجزائر صحيحة (المطلب الأول).

كما يشمل موضوع تقدير التحفظات تحديد الجهة المختصة في فحص صحة هذه التحفظات، إذ أنه تباينت الآراء الفقهية حول الجهة المختصة بالنظر في صحة التحفظات المقدمة على اتفاقيات حقوق الإنسان. فذهبت بعض الآراء إلى أن الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان هي التي تختص بذلك وفق الإجراء التقليدي (القبول والاعتراض) المأخوذ به في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، بينما تذهب آراء أخرى إلى أن هيئات الإشراف المنشأة بموجب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ومن بينها اتفاقية سيداو هي الجهات الوحيدة التي تملك حق البت في صحة التحفظات، التي تبديها الدول على أحكام هذه الاتفاقيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

معايير تقدير توافق تحفظات الجزائر مع هدف وموضوع اتفاقية سيداو

تتطلب دراسة مدى صحة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو البحث في جدية الأساس الذي اعتمدت عليه الجزائر لتبرير تحفظاتها، وهو الأساس الذي بنت عليه الدول الأخرى اعتراضاتها على هذه التحفظات ومن ثم تكييفها على أنها غير صحيحة أي أنها تتنافى مع هدف وموضوع الاتفاقية، إذ أن هناك أساسين بررت بهما الجزائر تحفظها،

أحدهما أعلنت عنه صراحة، وآخر لم تعلن عنه وإنما كان مستترا (الفرع الأول)، والبحث كذلك في توافق تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو مع التزاماتها الواردة في الاتفاقيات الدولية الأخرى وفي علاقة ذلك بالتحفظات المتأخرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معيار جدية الأساس المعتمد لتبرير التحفظات

تجب الإشارة بداية إلى أنه حتى وإن لم تعلل الجزائر تحفظاتها على مواد اتفاقية سيداو، باستعمال مصطلحات تدل على الخصوصية الثقافية والدينية صراحة بينما ذكرته دول أخرى، فإنها تعنيه بطريقة غير مباشرة كونها تحفظت بعلة أن مقتضيات المواد مخالفة لمقتضيات تقنين الأسرة، وهذا الأخير مستمد من الشريعة الإسلامية، لذا ينبغي دراسة أحقية الجزائر في الاستناد إلى قانونها الداخلي لتبرير تحفظاتها خاصة أن اعتراضات الدول على هذه التحفظات كانت قائمة على أساس استناد الجزائر على القانون الداخلي، وعليه اعتبرتها لا تتوافق مع موضوع وهدف الاتفاقية (أولاً)، ومن ثم دراسة أحقية الجزائر في ربط تحفظاتها على الاتفاقية بحماية الخصوصية الثقافية والدينية (ثانيا).

أولاً – أحقية الجزائر في الاستناد إلى تقنين الأسرة عند التحفظ على اتفاقية سيداو:

سبق أن أشرنا إلى أن التحفظ الذي يحد من مسؤولية الدولة بموجب المعاهدة عن طريق التذرع بالقانون الداخلي بصفةٍ عامةٍ يثير شكوكًا حول جدية إرادة هذه الدولة في تنفيذ التزاماتها الأساسية لتحقيق هدف المعاهدة وموضوعها، وأن التحفظات التي تصاغ بصورةٍ واسعةٍ أو عامةٍ جداً كالتي تسمح للدولة بتعطيل تطبيق نصوص كثيرة في الاتفاقية على أساس تعارضها مع القوانين الداخلية تعتبر مخالفةً لموضوع المعاهدة وهدفها.

وعليه يبدو للوهلة الأولى أن تحفظات الجزائر على بعض أحكام اتفاقية سيداو استنادًا لتعارضها مع تشريعاتها الوطنية غير متسقة مع القانون الدولي للتحفظات.

فحسب البعض لا يجوز الاستناد إلى أحكام التشريع الوطني كأساس للتحفظ، طبقا للمادة 27 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، التي تنص على أنّه: "***لا يجوز لدولة طرف التعذّر بأحكام قانونها الداخلي كتبريرٍ لعدم تطبيقها لاتفاقيةٍ ما***"[1].

1 – إن دولة باكستان هي من كانت وراء إدخال هذا المبدأ المهم في قانون المعاهدات والذي أصبح اليوم يشكل أحد الأسس التي ترتكز عليها القوة الملزمة للمعاهدات الدولية، حيث أنّه خلال الدورة الأولى لمؤتمر فيينا لعام 1968،=

إلا أنه يمكن الرد على هذا الانتقاد على أساس أن في وقت إبداء التحفظ لم تكن الدولة الجزائرية بعد طرفًا في الاتفاقية (اتفاقية سيداو)، وهي لا تكون كذلك إلا بعد التصديق عليها أو الانضمام إليها، ولا يجوز التحفظ بعدها. الأمر الذي يعني عدم انطباق المادة 27 من قانون المعاهدات في حالة استناد التحفظ إلى التعارض مع التشريع الوطني.

ذلك لأن حكم المادة الذي يحظر على الدولة التمسك بقانونها الداخلي إنما هو يخاطب الدولة الطرف في الاتفاقية، والدولة وقت إبداء التحفظ ليست طرفًا فيها. وهو من ناحية أخرى، يحظر على الدولة الطرف التعذر بتشريعها الوطني كمبرر لعدم تطبيق الاتفاقية ولا يحظره كمبررٍ للتحفظ عليها[1].

فيتمحور الهدف من التحفظ في المواءمة بين التشريعات الوطنية للدولة الطرف في المعاهدة ومضمون هذه المعاهدة، ولا يعدو التحفظ أن يكون وسيلةً ترمي لذلك–أي كمبرر لعدم تطبيق الاتفاقية–، بحيث يسمح للدولة أن تبدي تحفظًا على حكم من أحكام المعاهدة المخالفة لتشريعها الداخلي النافذ.

وعليه فإن الاستناد على حكم المادة 27 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 كحجة قانونية لتبرير عدم صحة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو غير مؤسس للأسباب التي أوردناها آنفا.

=اقترح مندوب باكستان على اللجنة الكاملة للمؤتمر إدراج مشروع مادة في مشروع معاهدةٍ تحرم على الدول الأطراف في معاهدة دولية إثارة أحكام قوانينها الداخلية بقصد التهرب من تنفيذ المعاهدة، حيث يلاحظ أن المشروع الذي أعدته لجنة القانون الدولي عام 1966 لم يكن يتضمن هذا النص، وإنما نص المادة 27 جرى وضعه وإقراره بواسطة مؤتمر فيينا الذي أقرّ مشروع اللّجنة 1968–1969 بصورة نهائية، نقلاً عن: عبو توركية، "مبدأ سمو أحكام المعاهدة على أحكام القانون الداخلي"، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2018، ص 192.

إن هذا القيد بديهي ولا يمثل إلا مبدأً تلقائيًا مؤداه أن الدول التي تعاقدت بحريّةٍ تعاقدًا صحيحًا ملزمةً بإدخال التعديلات الضرورية على قوانينها الداخلية لضمان تنفيذ الالتزامات التي أخذتها على عاتقها. وتكون الإجراءات الداخلية إلزامية لنفاذ المعاهدة خاصةً تلك المعاهدات التي تمس حقوق وحريات الأفراد، وتلك لا يمكن أن تنتج آثارها إلا إذا قامت سلطات الدولة المختصة بإصدار التشريعات واللوائح والقرارات اللازمة لتطبيق المعاهدات، انظر: المرجع نفسه، ص 194.

1 – أشرف عرفات، "التحفظات العربية والإسلامية على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 800.

لكن يمكن اعتبار هذا التحفظ غير صحيح ضمن شروط أخرى، كشرط تضمنه عرضًا موجزاً للتشريع النافذ المخالف لأحكام المعاهدة، حيث يعتبر هذا الشرط ضمانة للدول الأطراف في المعاهدة ولأجهزة الرقابة المنشأة بموجب المعاهدة والمختصة برقابة تطبيق أحكامها، في أن التحفظ لا يتجاوز حدود الأحكام المستبعدة صراحةً من جانب الدولة المتحفظة.

بناءً على ذلك، فإن تبرير الجزائر لتحفظاتها على اتفاقية سيداو بالاستناد إلى القانون الداخلي جملة، دون أن توضح بدقة الأحكام التشريعية أو الممارسات الداخلية، التي تعتبرها هي مخالفةً للحقوق المقررة في الاتفاقية، يجعل هذه التحفظات ذات طابع عام في نظر القانون الدولي، فكان على الحكومة الجزائرية الإشارة إلى الأحكام الواردة في القانون الداخلي – تقنين الأسرة – التي تتعارض مع أحكام اتفاقية سيداو.

ولهذا فإن لجنة سيداو تدعو الدول الأطراف في الاتفاقية إلى إيضاح أي تحفظ أو إعلانٍ يصدر عن أية دولةٍ طرفٍ بشأن أية مادة من مواد الاتفاقية، ويتعين تقديم تبريرٍ لاستمرارٍ ذلك التحفظ أو الإعلان. كما يتعين إيضاح الأثر الدقيق لكل تحفظٍ أو إعلانٍ على القوانين والسياسات الوطنية.

وينبغي كذلك على الدول الأطراف التي تدخل تحفظاتٍ عامةٍ لا تتعلق بمادة بعينها أو تتصل بالمادتين 02 و/أو 03 أن تقدم تقريرًا عن تأثير تلك التحفظات وتفسيرها[1]، وإذا كان موضوع وغرض اتفاقية سيداو هو القضاء على التمييز ضد المرأة بجميع أشكاله ومظاهره، وتحقيق المساواة الفعلية في الحقوق بين الرجال والنساء، فإن التحفظ على موادها الأساسية والمحورية يعتبر منافيًا لموضوعها ولغرضها، وبالتالي فهو تحفظ غير جائز.

وفي هذا، ذهب البعض إلى تكييف التحفظ المنافي لموضوع المعاهدة والغرض منها على أنه بمثابة "انتهاك للالتزام" الناشئ عن الفقرة الفرعية/ج من المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات"[2]، وبناءً عليه، يعد عملاً غير مشروعٍ وتترتب عليه مسؤولية الدولة تجاه كل طرف آخر في المعاهدة[3]. ولا يتعلق هذا الخرق بالمعاهدة نفسها، بل خرقًا لقاعدةٍ عامةٍ

---

1 – لجنة القضاء على التّمييز ضد المرأة، البيان المتعلق بالتحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 14 ماي 1998، الوثيقة رقم A/53/38/Rev.1.

2 – انظر: المادة 19/ج من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

3 – يقول الدكتور أحمد أبو الوفا تعليقًا على ذلك أنّه: "من المعلوم أن الدولة التي تصبح طرفًا في أي اتفاق يتعلّق بحقوق الإنسان تقع عليها ثلاثة التزامات أساسية: =

مجسدةٍ في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

من ذلك، فإن الدول تنتهك أحكام اتفاقية سيداو أساسًا عند إصدارها تحفظاتٍ منافيةٍ لهدف المعاهدة وموضوعها، وبالتالي فإن القيود التي تفرضها الدول على حقوق المرأة لا تحمي المرأة من تجاوزات الدول، ولا يمكن بأي حالٍ من الأحوال أن تظل انتهاكات الحقوق المرتكبة في إقليم الدولة مسألة من مسائل القانون الداخلي، وإن كانت تتصل بأحكامٍ تعاهديةٍ، وبالتالي يجب الشروع في ترتيب مسؤولية الدولة[1].

إلا أن هذا التحليل، المستند صراحة إلى القواعد المنظمة لمسؤولية الدول عن الأعمال غير المشروعة دوليًا يعتبر غير مقنعٍ.

ومما لا يخلو من دلالةٍ أنّه لم يسبق لدولةٍ أن أثارت مسؤولية الدولة المتحفظة، أثناء اعتراضها على تحفظٍ غير مشروعٍ، ذلك إن النتائج المترتبة على إقرار عدم صحة العديد من التحفظاتٍ، وليس منها أبدًا الالتزام بالجبر، فإذا دعت الدولة المعترضة الدولة المتحفظة إلى سحب تحفظها أو تعديله في إطار "الحوار المتعلق بالتحفظ"، فإن المسألة لا تندرج في إطار نظام المسؤولية، بل تدخل في إطار قانون المعاهدات دون سواه[2].

هذا ما توصلت إليه لجنة القانون الدولي حيث جاء في المبدأ التوجيهي رقم 3-3-1:

" يفضي صوغ تحفظ غير جائزٍ إلى النتائج التي تترتب عليه عملاً بقانون المعاهدات ولا يشكل، في حدّ ذاته، انعقادًا للمسؤولية الدولية التي تتحملها الدولة أو المنظمة الدولية التي أبدت ذلك التحفظ".

=أ – ضرورة جعل تشريعها الداخلي وسياستها الوطنية متوائمة مع الالتزامات الدولية التي تنص عليها المعاهدة. ويكون ذلك بتدخل المشرع الوطني كلما كانت الحقوق التي تكفلها القوانين الوطنية لا تتفق وتلك المقررة في الاتفاقيات الدولية، أو باتخاذ السلطات المختصة للإجراءات الكفيلة بتنفيذ نصوص الاتفاق الدولي على الصعيد الداخلي؛

ب – أن تصبح مسؤولة أمام رعاياها، وأمام الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية وأمام المجتمع الدولي عن تطبيقها؛

ج – يقع على عاتق الدول بعض الالتزامات التي يجب عليها تنفيذها"، انظر: أحمد أبو الوفاء، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، مرجع سابق، ص 132.

1 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 282.

2 – تقرير لجنة القانون الدولي الأول بشأن القانون والممارسة المتعلقين بالتحفظات على المعاهدات، الدورة 47، 1995، المبدأ التوجيهي رقم: 3-1-9، الوثيقة رقم: CN/A.4/470.

هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة علقت على تحفظات بعض الدول الأطراف في بيانها لعام 1998 الخاص بالتحفظات قائلةً:

"... أنّ كثرة الدول الأطراف التي أدخلت تحفظاتٍ على المادة 16 كلها أو جزء منها، ولاسيما عند قيامها أيضًا بإبداء تحفظاتٍ على المادة 02، مدعيةً أنّ الامتثال يمكن أن يتعارض مع رؤيةٍ عامةٍ للأسرة تتبني ضمن جملة أمورٍ على المعتقدات الثقافية أو الدينية أو الوضع الاقتصادي أو السياسي للبلاد... وأن تسعى إلى الوصول إلى مرحلةٍ تسحب فيها التحفظات وبخاصةٍ على المادة 16 من الاتفاقية"[1].

هذا وتضيف اللجنة أن المادة 18 الفقرة 02 من الاتفاقية تنص على إمكانية الإشارة إلى العوامل والصعوبات التي تؤثر على مدى الوفاء بالالتزامات وفقًا للاتفاقية. ويتعين تقديم تقريرٍ يشرح طبيعة ومدى كل عاملٍ من تلك العوامل أو كل صعوبةٍ من تلك الصعوبات وأسبابها، في حالة وجودها، وينبغي أن يشتمل التقرير على تفاصيل الخطوات المتخذة للتغلب على تلك العوامل والصعوبات[2].

غير أن طرح اللجنة لا ينسجم مع ثقافات الشعوب المختلفة وشرائعهم المتعددة، فضلاً عن التوجهات الوطنية لحكوماتهم. ولقد كان لهذه الاتفاقية وغيرها من المواثيق الدولية تأثيرًا بالغًا على القوانين الداخلية للدول خصوصًا فيما تعلق منها بتشريعات الأسرة، وكان للجزائر نصيبًا من هذا.

وعليه، يمكن أن يُبحث في الموضوع من زاوية أخرى، فالهدف من إتاحة المجال للتحفظ على بعض مواد الاتفاقية هو فسح المجال لأكبر عدد من الدول الانضمام إلى اتفاقية سيداو، ولذا، فإن القول بعدم قانونية التحفظات التي تبديها الدول يتناقض مع فتح مجال الانضمام لأكبر عدد ممكن من الدول.

والقول بخلاف ذلك معناه أن هذه الاتفاقية تكون أشبه بشرك للإيقاع بالدول ودفعها للانضمام والالتزام، ومن ثم مفاجأتها بعدم قانونية التحفظ.

كذلك، فإن السؤال الذي يطرح: لماذا أجازت اتفاقية سيداو التحفظ بنص المادة 28

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، البيان المتعلق بالتحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، فقرة 08.

2 – انظر: المادة 18 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو.

الفقرة 02 إذا كان التحفظ غير ممكن على المواد من (1 إلى 16) من الاتفاقية، باعتبار أن أي تحفظ على أي مادة من هذه المواد يعني الإبقاء على صورة أو أكثر من صور التمييز ضد المرأة وفق فلسفة الاتفاقية. والملاحظ أن التحفظ سيكون غير وارد من الناحية العملية على المواد من (17 – 27) باعتبارها مواد إجرائية تتعلق بتشكيل اللجنة المعنية وتقديم التقارير الدورية. أما المادة 29 فقد نظمت التحفظ على فقرتها الأولى بفقرتها الثانية، وبالتالي لن تكون مشمولة بنص المادة 28 الفقرة 02.

إذًا ما جدوى وجود نص المادة 28 الفقرة 02 في هذه الحالة؟ وعلى أي مواد يمكن التحفظ؟

فيمكن اعتبار أن جميع التحفظات التي أبدتها الدول ومن بينها تحفظات الجزائر على الاتفاقية صحيحة، والتحفظات التي أبدتها هذه الدول كانت لسبب عدم إمكانية تطبيق نص من نصوص الاتفاقية (المواد من 01 إلى 16) إما لأسباب تشريعية وإما بسبب أعراف سائدة، أو أوضاع اقتصادية، أو ظروف اجتماعية، وإذا أزيلت هذه الأسباب يمكن عندئذ للدولة أن تسحب تحفظاتها.

مثلاً إذا كان العائق لتفعيل بعض نصوص الاتفاقية تشريعي، والبرلمان المنتخب ديمقراطيا يرفض تعديل هذا التشريع أو إلغائه فكيف يتم تطبيق نص الاتفاقية في هذه الحالة؟ إن وجود التحفظ أتاح المجال للدول للانضمام إلى هذه الاتفاقية على أن تعمل بشكل متواصل لتعديل أوضاعها التشريعية والاجتماعية والاقتصادية بما يتلاءم مع نصوص الاتفاقية.

ثانيا – أحقية ربط الجزائر تحفظاتها بحماية الخصوصية الدينية والثقافية:

ربطت بعض الدول الإسلامية تحفظاتها بأحكام الشريعة الإسلامية، ومنها مجموعة نصت صراحة على الشريعة الإسلامية كسبب للتحفظ على اتفاقية سيداو ومجموعة أخرى اختفت وراء قوانينها الداخلية عند التحفظ على هذه الاتفاقية مع أن هذه القوانين مستوحاة من الشريعة الإسلامية، فكانت الجزائر من ضمن هذه المجوعة.

وكما تم بيانه سابقا فإن اتفاقية سيداو تلزم الدول الأطراف بالعمل على إزاحة كل العقبات الثقافية والفكرية والقانونية التي تعترض تنفيذها بما في ذلك الدين والثقافة والهوية الخاصة، بل وتطهير مناهج ووسائل التعليم من أثر الدين والثقافة وكل ما يخالف الاتفاقية.

فتبدو الاتفاقية مطاطية وفضفاضة بخلاف الاتفاقيات الدولية المعروفة، وتحمل أوجهً كثيرةً من التفسير، وهذا قد يغري البعض بالتوقيع عليها بحجة إمكانية تفسيرها محليًا، ولكن هذا غير ممكنٍ، لأن تفسيرات اللجنة المشرفة عليها ملزمةً فليس هناك مجال للالتفاف عليها، وهي تعتمد على خطة العمل المطروحة في المؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة مثل نيروبي، والقاهرة، وبكين، وهذه المؤتمرات واضحة وصريحة في كثير من أهدافها ونصوصها، بينما الاتفاقية شديدة المطاطية فهناك إضافاتٍ جاءت بعد 19 عامًا من توقيع بعض الدول عليها.

كما يلاحظ أن ديباجة الاتفاقية تتناقض مع جوهرها، إذ تشير إلى إنهاء التدخل في الشؤون الوطنية وتتحدث عن احترام السيادة، ولكن جوهر الاتفاقية وأغلب بنودها عبارة عن تدخل في أخص شؤون البلدان وانتهاك لسيادة الدول في صميم الخصوصيات[1].

ولعل العيب المحوري في اتفاقية سيداو يكمن في التناقض القائم بين النص على مراعاة الخصوصيات الحضارية والثقافية والقانونية، والنصوص التفصيلية التي تكرس معايير نمطية يراد فرضها على جميع البشر من دون مراعاة هذه الخصوصيات.

ومن ثمّ فرض نمطٍ واحدٍ من الوسائل والأفكار والسلوكيات على المستوى العالمي فيه إهدار لكل المبادئ المتعلقة باحترام التنوع الديني والثقافي، وسيادة الدول، وحق الشعب في تقرير المصير، والتي نصت عليها المواثيق الدولية، وفي مقدمتها ميثاق الأمم المتحدة، وهو دستور المجتمع الدولي، والذي يعلو على كافة المعاهدات الأخرى[2].

غير أن اتفاقية سيداو تغلب عليها النظرة الغربية، التي ليس للقيم الدينية أو الخصوصيات الحضارية مكان فيها، فتدعو إلى تحقيق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة

---

1 – كاميليا حلمي محمد، مثنى أمين كردستاني، الجندر – المنشأ – المدلول – الأثر، ط 01، دار العفاف، الأردن، 2004، ص 85.

2 – حيث نص في مادته (103) على أنّه:

"إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقًا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق".

وميثاق الأمم المتحدة قد نص على احترام ثقافات الشعوب، كما نصت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية، ومنها وثيقة القاهرة للسكان "... وسوف يتطلب برنامج العمل إقامة أرضية مشتركة، مع الاحترام الكامل لمختلف الأديان والقيم الأخلاقية، والخلفيات الثقافية".

إلى درجة التماثل أو التطابق التام في جميع مناحي الحياة، وتقوم على رفض حقيقة وجود تمايز في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة.

وتنظر للمرأة كفردٍ، وليس كعضوٍ في أسرة، وتفرض مصطلحات ومفاهيم لا يمكن إدراكها إلا في سياقاتها الغربية، ومن ذلك مفهوم الأدوار النمطية، بمعنى القضاء على دور الأم المتفرغة لرعاية أطفالها، ودور الأب في الأسرة[1].

أما بخصوص ما تطرحه الاتفاقية من حقوق وواجبات، فإنها تحمل مضمونًا لمنظومة الحقوق والواجبات يختلف عن مضمون منظومة الحقوق والواجبات لدى كثير من حضارات العالم، ومن ثم فإن فرض الرؤية الغربية على الاتفاقية يشكك في مصداقيتها في التعبير عن الاحتياجات الحقيقية لكل نساء العالم[2].

دعت الاتفاقية الحكومات إلى عدم وضع الاعتبارات الدينية والتقليدية موضع التنفيذ، وذلك كخطوةٍ أولى قبل فرض العمل على استبدالها بالقوانين الدولية، حيث تمت صياغة مواد الاتفاقية بعيدًا عن مشاركة ممثلين من الدول الإسلامية، ولذلك انطلقت من الرؤية الغربية المادية دون مراعاة خصوصيات الحضارات والأديان الأخرى، وهي بذلك تطرح حلولاً لمشاكل المرأة تقوم على الفكر الغربي المادي العلماني الذي يهمش دور الدين في المجتمع، ولا يراعي التباين الثقافي الواسع واختلاف أوضاع المرأة ومشكلاتها من مجتمع لآخر[3].

إن المبدأ القائل بتمتع جميع الأفراد بحقوق الإنسان على أساس المساواة مفهومًا بالغ الحساسية، وأحيانًا ما يثير خلافاتٍ حادةٍ، في إطار الكفاح في سبيل الحقوق الإنسانية للمرأة.

وقد تجلى في سيداو الوعي الواضح بهذه المعضلة، فالمادة 05 الفقرة 01 منها تدعو الدول الأطراف فيها إلى تحقيق ما يلي: تغيير الأنماط الاجتماعّية والثقافية لسلوك الرجل

---

1 – جمال الدين عطية، محمد كمال الدين إمام،... وآخرون، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو CEDAW رؤية نقدية... من منظور شرعي، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، 2000.

2 – وفي المعنى نفسه يقول الفقيه الفرنسي "فريدريك سودر" "Frédéric Sudre": "إن الإعلان العالمي من صنع غربي بطريقة انفرادية والتأكيد على العالمية هو التأكيد على أن المفهوم الغربي مفهوم عالمي، وهذا عبارة عن إشباع للإحساس بالتفوق الأوروبي– الغرب "، انظر:

SUDRE Fréderic, Droit international et européen des droits de l'homme, 4ème éd, Ed.PUF, Paris, 1999, p 122.

3 – صهيب مصطفى طه، حقوق المرأة بين العدالة والمساواة، هيئة الأعمال الفكرية، الخرطوم، 2005، ص 195.

والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على العادات وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوارٍ نمطيةٍ للرجل والمرأة.

وإذا كان الالتزام بمبادئ حقوق الإنسان يقتضي احترام التنوع وشتى أشكال التعبير والهوية الثقافية والاجتماعية، فإن دعاة حقوق المرأة يدعون إلى تغيير هذه الأشكال والمعتقدات بما يكفل الإقرار بكرامة المرأة وقيمتها باعتبارها إنسانًا كاملاً. وما تزال جماعات حقوق الإنسان الخاصة بالمرأة واعية بالاحتياجات والمطالب الخاصة لكل منطقة في العالم، إذ أنها منظمات متعددة الثقافات؛ وهذه الحساسية تمثل تحديًا لدعاة حقوق الإنسان بصفةٍ عامةٍ، وللعاملين في سبيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة؛ إذ أن تحديد هذه الحقوق والمطالبة بتلبيتها يتطلب مجهودا لمراعاة التنوع واتفاق الرأي في الوقت ذاته[1].

ومن الملاحظات الأساسية على مفهوم الاتفاقية للمساواة بين الرجل والمرأة الذي يتنافى مع النظرة الإسلامية، حيث يقول الله تعالى في كتابه الكريم: " **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ، وَاللهُ عَزِيزٌ حَكُيمٌ**"[2]. إن الإسلام أقرّ مبدأ المساواة بين الذكر والأنثى في القيمة الإنسانية، فاعتبر أنّ المرأة والرجل متساويان في الحقوق والواجبات داخل الأسرة وخارجها، إلا أن، هذه المساواة بين الجنسين ليست تامةً، فهي لا تشمل التكوين الحيوي (البيولوجي)، ولا تشمل كذلك الوظائف الطبيعية التي ينتج عنها الاختلاف في التكاليف والمسؤوليات الدنيوية.

وعليه، ورد تحفظ الجزائر على هذه الاتفاقية في (المادة 02، المادة 09 الفقرة 02، المادة 15 الفقرة 04، والمادة 16)، إذ يلاحظ أن هذه التحفظات تدخل ضمن إجراءات سيادة الدولة للتعبير عن خصوصيتها الحضارية والثقافية، والأهم من ذلك الخصوصية الدينية، فقانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية[3]، كما أن الدستور الجزائري نص في الباب الأول المتعلق بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري في المادة 02 منه بأنّه: "**الإسلام دين الدولة**".

---

1 – سونيلا أبيسيكيرا، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مرجع سابق، ص 82.

2 – سورة البقرة، الآية 228.

3 – سعاد رابح، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 75.

والجدير بالذكر تضمنت العديد من الاتفاقيات والإعلانات الدولية الحق في الهوية الثقافية، نذكر منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966[1]. فتعرُض الإعلان العالمي لبعض الفوارق التي من شأنها أن تكون مانعًا من المساواة بين الأفراد، إنما هو إقرار ضمني أيضًا بوجود ثمة اختلاف وخصوصياتٍ تميز المجتمعات، عن بعضها البعض، ويعتبر من جهةٍ أخرى كضمانٍ لهذه المجتمعات بأن تحتفظ بخصوصيتها وتدعمها وتطورها، والاتجاه نفسه سار عليه العهدين باعتبارهما ينحدران من الإعلان نفسه.

لقد سارت المواثيق الإقليمية على المسلك نفسه، بل، وكانت أكثر وضوحًا في عكس خصوصياتها في مواثيقها، فالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان صدرتا على التوالي 1950 و1953 كانتا متقاربتين درجة تقارب المجتمعين وثقافتهما، ولكن بالنسبة للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فقد جاء يعكس وبحق خصوصية المجتمع الإفريقي[2]، إذ أنه وفي استعراضه لعالمية حقوق الإنسان وإيمانه بها، فقد أضاف بعض الحقوق التي لم ترد في المواثيق السابقة لحقوق الإنسان[3].

وللإشارة فإن القرآن الكريم قد أشار إلى فكرة التغاير بين الأمم والشعوب، خصوصًا في قوله تعالى: "**لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً ومِنْهَاجًا**"[4].

وعليه، فقد توحدت الدول الإسلامية ودولة الفاتيكان في المطالبة باحترام تمايزهم الثقافي والديني عند وضع مختلف الوثائق الدولية لحقوق الإنسان، ولاسيما ما تعلق منها

---

1 – المواد التي أشارت للحقوق الثقافية هي المادة 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 15 من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.

2 – تنص المادة 17 من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على ضمان حق الأفراد في المشاركة في الحياة الثقافية في مجتمعاتهم كما تنص على أنّه: "النّهوض بالأخلاقيات العامة والقيم التقليدية التي يعترف بها المجتمع وحمايتها واجب على الدولة".

3 – فمن المقومات الأساسية للهوية الثقافية اللغة المحلية أو الوطنية، والعقيدة الدّينيّة، والتّراث الاجتماعي والروحي المشترك، وهذه المقومات المشكلة للهوية الوطنية هي خصائص إذا ما افتقدها شعب أو مجموعة بشرية فإنه يحس بالاغتراب ويفقد الاعتزاز بالانتماء وهو مصدر قوي للنمو والتطور، والحقّ في الاحتفاظ على الهوية الثقافية يضمن للشعوب حماية اللغة والدين والتراث.

4 – سورة المائدة، الآية 48.

بحالة الأشخاص والأحوال الشخصية[1].

وتتطور حقوق الإنسان مع تطور التنظيم الداخلي، وتغير التصرفات وتطور الأفكار. فكل مجتمعٍ وكل فئةٍ اجتماعيةٍ لها أولويةٍ مختلفةٍ وخاصةٍ بها كنتاجٍ لتاريخها وانشغالاتها الحاليّة. فحتى في جيلٍ واحدٍ من شعبٍ واحدٍ في مرحلة معينة من التاريخ لها تطلعاتٍ مختلفةٍ فيما يخص المستقبل، فإن حقوق الإنسان تتحقّق في نظام التّقاليد ونمط العيش والموروث التاريخي، إذن فالخصوصيات الاجتماعية والوطنية تؤثر على التفسيرات التي تتناول الحقوق[2].

فلذلك لا يمكن إنكار الدور الذي يؤديه النظام القانوني للتحفظات في مجال القانون الدولي لحقوق الإنسان، إذ أن تنوع المجتمع الدولي بالنظر إلى تنوع واختلاف الدول المكونة له من حيث المعتقد، والعرق والفكر والتوجه، يفرض ضرورة تقبل التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان، ليتم التوفيق بين مختلف الرؤى الفلسفية والسياسية الخاصة بكل دولةٍ، فيحترم بذلك مبدأ "السيادة الداخلية"[3].

---

1 – ففي هذا المعنى عبّر السيد "مهاتير محمد" الوزير الأول الماليزي في كلمته الافتتاحية أمام المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان "بكوالالمبور" 1994 أنّه: "ليس من حق أية دولة، ولا أي شعب أو أي أحد أن ينفرد بتحديد محتوى حقوق الإنسان، ولا يمكن للدول العظمى أن تفرض على بقية الأمم مفهومها لهذه الحقوق"، نقلاً عن: محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، ج 02، د.د.ن، الجزائر، 2000، ص 282.

2 – BEN ACHOUR Rafaa, Les droits de l'Homme, Universalité ou spécificité ?, association internationale de droit constitutionnel, voir le site: www.rba.com.

3 – إن بعض الدول الأطراف في اتفاقية سيداو التي تقطنها أقليات مسلمة، بررت فشلها في تعديل المواد التمييزية في قوانين الأسرة التي تنطبق على المسلمين فقط، بأنها تعترف بالتنوع الثقافي والديني وتحترمهما، وكذلك بحقوق الأقليات في ثقافاتها وتقاليدها الخاصة. فمثلاً الهند وسنغافورة تحفظتا على مواد أو أصدرتا بيانات متعلقة بالأقليات. ففيما يتعلق بالمادتين 5/أ و16 الفقرة 01 أعلنت الهند أنها: "ستلتزم بالمادتين تتأكد من تطبيقهما بما يتسق مع سياستها الخاصة بعدم التدخل في الشؤون الشخصية لأي مجتمع دون مبادرة منه وموافقة"، وفيما يتعلق بالمادة 16 الفقرة 02 والمتعلقة بتسجيل الزواج اعتبرته الهند "إنه أمر غير عملي في دولة شاسعةٍ مثل الهند بما تشمله من مختلف العادات والأديان"، وينص التحفظ الأول لسنغافورة على أنه: "في ظل المجتمع السنغافوري المتعدد الأعراف والأديان، وضرورة حماية الأقليات في ممارسة شعائرها الدينية أو القوانين الأحوال الشخصية الخاصة بها، تحتفظ جمهورية سنغافورة بالحق في عدم تطبيق المادتين 02 و16 حيثما تطبيقهما مع القوانين الأحوال الشخصية لتلك الأقليات"، انظر: الحركة العالمية "مساواة"، سيداو وقوانين الأسرة المسلمة: "بحثاً عن أرضية مشتركة"، 2014، على الموقع التالي: http://arabic.musawah.org، ص 27.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ "ألان بلييه" "ALLAIN P" المقرر الخاص الدولي في مسألة التحفظات، في معرض بحثه عن وظيفة النظام القانوني للتحفظات أنها تعالج مصلحتين متعارضتين ظاهريًا: "مصلحة توسيع نطاق المعاهدة من جهة، ومصلحة تطبيقها بأكملها من جهةٍ أخرى". إذ أن وظيفة القواعد المتعلقة بالتحفظات هي تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين، فمن جهة يجب تحقيق أوسع اشتراكٍ ممكن في المعاهدة، والمحافظة من جهة أخرى على روح المعاهدة، أي على الهدف الأصلي من وجودها.

لذلك نجد أن التحفظ يضمن تصديق أكبر عددٍ من الدول، وفي ذلك محاولة للتوفيق بين اختلافات الدول في نظرتها القانونية لحقوق الإنسان، وهو ما يضمن الحماية لسيادتها والجزائر كما أشرنا إليه واحدةً من الدول التي استعملت إجراء التحفظ عند التصديق على اتفاقيات حقوق الإنسان، خاصّةً أنها تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع، فالتحفظ في هذه الحالة يعتبر ضمانة للدولة للحفاظ على نظامها العام.

فقد تأتي بعض النصوص مخالفةً لبعض أحكام الشريعة الإسلامية كأن تتضمن القاعدة نصًا يساوي بين الرجل والمرأة في الميراث، وهذا يتعارض مع قوله تعالى: "**لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ**"[1]. وهنا تظهر أهمية التحفظ على هذا النص مع احترام بقية النصوص الأخرى في المعاهدة.

هناك مبرر آخر يقدمه أنصار الخصوصية هو الجدال والتباين الدائم الذي يحدث في كل اللقاءات والمؤتمرات التي تهتم بحقوق الإنسان، والذي يؤدي إلى تحفظ أو امتناع بعض الدول على بعض ما جاء في تلك الإعلانات، وما صدر عن تلك المؤتمرات (هلسنكي، القاهرة، بكين)، لأن ترتيباتها غالبًا ما تعبر عن نظرةٍ فلسفيةٍ وأيديولوجيةٍ ذات طبيعةٍ خصوصيّةٍ وليست عالميةٍ[2].

إلا أنّ هناك قائمة من الحقوق أجمع المجتمع الدولي حول عالميتها وهي ما يعرف بـ "النواة الصلبة" "Noyau Dur" التي تشكل الحد الأدنى الملزم في كل مكانٍ وزمانٍ وظروفٍ، بحيث ظهور هذه النواة تدريجيًا، من القيم والحقوق المعترف بها من قبل كل الدول.

---

1 – سورة النساء، الآية 11.

2 – مسعود شعنان، "حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصية الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة"، مجلة المفكر، العدد 08، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص 237.

فالنواة الصلبة لحقوق الإنسان هي: حقوق مؤسّسة، ملتصقة بالكرامة الإنسانية، غير قابلةٍ للتنازل، مبنية على قيم موجودة مبدئيًا في كل تراثٍ ثقافيٍ ونظامٍ اجتماعيٍ[1]، وهي حقوق لا غنى للبشر عنها ولا يمكن الحديث – ولو من باب الجدل – عن المساس بها، ونظرًا لأهميتها البالغة أطلق عليها أيضًا اسم "الحقوق المقدسة"، وهي الحقوق التي نقول إن القواعد القانونية التي تنظمها هي من النوع الآمر أما عدا هذه الحقوق، ولئن كانت مهمة للحياة الإنسانية إلا أن شأنها ليس كشأن النوع الأول، إذ يمكن تقييدها والخروج عن القواعد التي تنظمها، وليس في ذلك ما يمكن أن يشكل خطرا على الإنسان[2].

يضاف إلى ما سبق، إمكانية الرد على موقف لجنة سيداو على اعتبار أن تبرير الجزائر تحفظاتها بأحكام القانون الداخلي المستمد من الشريعة الإسلامية لا يتلاءم مع هدف الاتفاقية وموضوعها، كان من الأجدر على الدولة الجزائرية أن تتخذ موقفا مناسبا، وهو التحفظ على المواد التي يُعتقد بأنها تتعارض مع الشريعة الإسلامية على أساس أنها مواد تتعارض مع مبدأ الحرية الدّينية[3] التي كفلها القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ونوضح بأن صياغة التحفظ اعتمادًا على الحرية الدينية سوف يصمد أمام أي حجة بأن التحفظ يتعارض مع هدف الاتفاقية وغرضها، أما رفض الاتفاقية جملة وتفصيلاً فإنه خيار يُدخل الدولة في تناقضاتٍ، لأنّ مبادئ المساواة وعدم التّمييز بسبب الجنس التي أسست عليها الاتفاقية هي مبادئ سبق أن أكد عليها ميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي لحقوق الإنسان في مختلف الاتفاقيات التي تنظم حقوق الإنسان بصفة عامة أو تلك التي

1 – SUDRE Fréderic, Droit international et européen des droits de l'homme, op cit, p 91.

2 – علاوة هوام، "الطبيعة القانونية لقواعد حقوق الإنسان"، دفاتر السياسية والقانون، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 246.

3 – يقصد بالحق في حرية الدين أو المعتقد في إطار منظومة حقوق الإنسان حريّة الفرد في اعتناق ما يشاء من أفكار دينية أو غير دينية، وفقًا لإرادته دون أي إجبار سواء كان من الفرد أو الدولة، وله حريّة ممارسة ذلك الدين دون الإخلال بالنظام العام، لتفاصيل أكثر حول موضوع انظر في ذلك: دياب جفال إلياس، حرية المعتقد بين المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012، وانظر أيضاً: بن جيلالي سعاد، حرية المعتقد في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2015.

تنظم حقوق خاصة بفئة معينة. ومن ناحيةٍ أخرى فإنّ إسناد التحفظ إلى التّعارض مع الحريّة الدينيّة أفضل من الإسناد إلى التّعارض مع الشّريعة الإسلاميّة وذلك للأسباب التالية:

أ- الحرية الدينية تشمل الشريعة الإسلامية.

ب- الحرية الدينية معيار دولي تنص عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[1].

أضف إلى كل ذلك أن خطورة الاتفاقية تنبع خصوصًا من الفقرة (و) من نص المادة 02 حيث تجعل الاتفاقية "مرجعية" أعلى في ذاتها، بمعنى أنّه لا يحتج عليها بشيء خارجٍ عنها، ويحتج بها على كل شيءٍ (أعرافٍ، تقاليدٍ، أديانٍ، ثقافاتٍ، قوانينٍ)، رغم أن السعي الدولي لإبطال هذه القوانين الشرعية يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة نفسه الذي نصّ على احترام التنوع الثقافي والديني في العالم[2].

---

1 – كان الكفاح من أجل الحرية الدينية قائمًا منذ قرونٍ؛ وقد أدى إلى كثير من الصّراعات المفجعة. وعلى الرغم من أن مثل هذه الصراعات مازالت قائمة إلا أنّه يمكن القول بأن القرن العشرين قد شهد بعض التقدم حيث تّم الإقرار ببعض المبادئ المشتركة الخاصّة بحرية الديانة أو المعتقد. ولقد اعترفت الأمم المتحدة بأهمية حرية الديانة أو المعتقد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 في نص المادة 18 منه.

وقد تلى اعتماد هذا الإعلان محاولاتٍ عدة لوضع اتفاقية خاصة بالحقّ في حرية الدين والمعتقد إلا أن كافة تلك المحاولات قد باءت بالفشل، كما أقرّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 في نصّ المادة 18 منه بالحقّ في حريّة الدين أو المعتقد.

في إطار تطور القانون الدولي لحقوق الإنسان، خصصّت اتفاقيات دوليّة ملزمة لتناول مادةٍ واحدةٍ أو أكثر من مواد العهد الدولي الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسياسّية. ولكن نظرًا لتعقد الموضوع الذي تعالجه المادة 18 من العهد الدولي الخاصّ بالحقوق المدنّية والسياسّية، وللاعتبارات السياسّية اللّصيقة بموضوعها لم يصبح الموضوع الذي تعالجه هذه المادة محلاً لاتفاقيةٍ دوليةٍ حتّى الآن.

وبعد عشرين سنةٍ من مناقشاتٍ وكفاحٍ وعملٍ شاقٍ تبنّت الجمعية العامة للأمم المتحدة بدون تصويتٍ عام 1981 إعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التّعصب والتّمييز القائمين على أساس الدّين أو المعتقد. كما كرّست المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1981 أيضًا الحريّة الدينية، أما في الاتفاقيات الإقليمية الخاصّة بحقوق الإنسان تناولت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حريّة المعتقد في نصّ المادة 09 حيث اعتبرته حقًا طبيعيًا، ولقد أشارت إليه الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في نصّ المادة 12 منه، وفي الأخير نصّ الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 على الحريّة الدينية في نصّ المادة 08 منه.

2 – تشوار جيلالي، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسّك"، مرجع سابق، ص 21.

الفرع الثاني

معيار توافق التحفظات مع الالتزامات الدولية الأخرى وعلاقته بالتحفظات المتأخرة

لقد شاركت الجزائر في العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية تأكيدًا منها على الالتزام بمبادئ حقوق الإنسان وتكريسًا لمبدأ المساواة.

سنتعرض في هذا الفرع إلى النصوص التي تحفظت عليها الجزائر في سيداو ومدى تماشيها مع التزاماتها الأخرى في المواثيق الدولية التي تعد طرفا فيها، وبخاصةٍ المتعلقة منها بالمرأة.

لقد وافقت الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948[1]، إذ أحدث هذا الإعلان تأثيرًا واضحًا في جميع دول العالم، ومعظم الحقوق التي نص عليها أدرجت في الدساتير الوطنية والتشريعات المحلية لكثير من الدول المصادقة.

يتبين بعد قراءة قانونية لنصي المادتين 02 و07[2] من هذا الإعلان أنه أكد ما ذهب إليه ميثاق الأمم المتحدة، من رفع كل أنواع التمييز بين الجنسين، مهما كان العامل وفي شتى المجالات.

وبالرجوع إلى المادة 16 من الإعلان، التي تنص على أنّه: "***1- للرجل والمرأة متى بلغا سنّ الزّواج حق التزوج وتأسيس أسرةٍ دون أيّ قيدٍ بسبب الجنس أو الدّين، ولهما حقوق متساوية عند الزّواج وأثناء قيامه وعند انحلاله.***

2 – لا يبرم عقد الزواج إلّا برضي الطرفين الراغبين في الزّواج رضًا كاملاً لا إكراه فيه...".

لم تتحفظ الجزائر على نص هذه المادة بينما تحفظت عدة دول إسلاميةٍ على الفقرة 01 منها، وذلك لكونها تسمح بإبرام عقد الزّواج بين أي رجلٍ وامرأةٍ بغض النّظر عن ديانتهما، وهو ما يتناقض مع أغلب تشريعات الدول العربية والمسلمة بما فيها الجزائر، التي

---

1 – انظر: المادة 11 من الدستور الجزائري لسنة 1963، مرجع سابق.

2 – تنص المادة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل إنسان حق التمتّع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أيّ تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدّين أو الرأي السياسي أو أيّ رأيٍ آخر، ... دون أيّة تفرقة بين الرجال والنساء...".

وتنص المادة 07 منه على أنّه: "كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أيّة تفرقةٍ...".

تحظر زواج المسلمة من غير مسلم، وتميز بين الزوجين من حيث بعض الحقوق والالتزامات أثناء الزواج وعند انحلاله.

كما صادقت الجزائر على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 مع وضع مجموعة من الإعلانات التي تعتبر تفسيرية على كل من المواد 01[1]، 22[2]، 23 الفقرة 4.

---

1 – تنص المادة 01 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على:

"1 – لجميع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها. وهى بمقتضى هذا الحق حرة في تقرير مركزها السياسي وحرة في السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

2 – لجميع الشعوب، سعيًا وراء أهدافها الخاصة، التصّرف الحرّ بثرواتها ومواردها الطبيعية دونما إخلال بأية التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة وعن القانون الدولي. ولا يجوز في أيّة حال حرمان أيّ شعب من أسباب عيشه الخاصّة...".

يبدو نص هذه المادة في شكلها عمومًا واضحةً المعالم وتحافظ على أهم حقوق الإنسان في إطار مجموعته، لكن التصريح التفسيري الجزائري جاء حول حق الشعوب في تقرير المصير بالفقرة 01 وتحقيقًا لغاياتها الخاصة (أي الشعوب) والجزائر مثلا شأنها شأن الهند في ذلك فهي تركّز على الدولة وليس على الشعوب وذلك اعتبارًا أن هناك اتفاقيات دولية أخرى تتكلم عن حقّ الأقليات في الدولة وفي تقرير مصيرها لاحقًا، حيث أنّه إذا انضّمت الدولة وصادقت دون أن تعطي تفسير معين أو تحفظ فإنها تكون بعد ذلك ملزمة بالخضوع لبنود الاتفاقية، حيث تفسر الحكومة الجزائرية المادة 01 التي هي مشتركة بين العهدين على أنّها لا تمس بأيّة حالٍ حق كافة الشعوب غير القابل للتصرف في تقرير المصير، وفى السيطرة على ثرواتها الطبيعية، وترى أنّ ما يشار إليه في المادة 01 الفقرة 03 في كلا العهدين، وفي المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من إبقاء حالة التبعية لبعض الأقاليم يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة وأهدافها.

وبتطبيق معيار الموضوع والهدف تطبيقًا أعم على العهد، تلاحظ لجنة حقوق الإنسان أنّ التحفظ على المادة 01 الذي ينكر على الشعوب الحق في تقرير وضعها السياسي وفي السعي إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إنما يتعارض مع موضوع وهدف العهد، انظر: لجنة حقوق الإنسان، التعلّيق العام رقم 24(53)، مرجع سابق، الفقرة 09.

لقد اعتبرت الهند أنّ الحقّ في تقرير المصير ينطبق على الشعوب الخاضعة للهيمنة والسيطرة الأجنبية ولذلك لا تنطبق على الدول المستقلة ذات السيادة، أو على فئةٍ من شعبٍ أو أمةٍ لأن ذلك مساسًا بالوحدة الوطنية. إذا كان مفهوم تقرير المصير يتّسم بالغموض فإن العبارة الصّادرة عن الحكومة الهندية هي غامضةً أيضًا وغير واضحةً، ذلك أن دوافع الحكومة الهندية هو سياسي لأنّ الدولة الهندية تتكون من عدّة عرقياتٍ، وهي ترى في ذلك تهديدًا لوحدتها، لذلك سعت إلى تأصيل مفهوم الحقّ في تقرير المصير بوصفه حقّ للشعوب التي تخضع للهيمنة الاستعمارية فقط، وهو ما يفهم من عبارة "الهيمنة الأجنبية".

2 – انظر: نص المادة 22 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

تفسّر الحكومة الجزائرية أحكام المادة 22 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية تفسيرًا يقضي بجعل القانون هو الإطار الذي تعمل الدول داخله فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الحقّ في إنشاء تنظيمٍ، ولا يجوز أن يوضع=

وصادقت كذلك الجزائر على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مع صياغة مجموعة من الإعلانات التي وصفت على أنها تفسيرية على المواد 01، 08[1]، 13[2] و23[3].

=من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرّياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيودٍ قانونيةٍ على ممارسة هذا الحّق.

ليس في هذه المادة أي حكمٍ يجيز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة عام 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية أو تطبيق القانون بطريقةٍ من شأنها أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

يلاحظ أن المادة 22 جاءت بدورها بثلاث فقراتٍ فالتصريح التفسيري الجزائري جاء بتعليق بالفقرة 02 ويتعلق الأمر بالحريّة الواسعة التي تسمح بممارسة الحق النقابي، وأردفت المادة ذكر المجتمع الديمقراطي، وهنا يكون الأمر متعلّقا بالمجتمع الغربي المفتوح وهذا لا ظروف وطبيعة المجتمع الجزائري وخاصّة وأن الاتفاقيتين كانتا في سنة 1966، وهذا واحد من الأسباب التي أدّت بالجزائر بالتأخر للمصادقة على هذه الاتفاقية بعد 23 سنة مع الإبقاء على التّصريح التّفسيري والذي يحمي الخصوصّية الجزائرية المتعلّقة بالمجتمع الذي يبقى بعيدًا عن ممارسة الديمقراطية بالمفهوم المطروح.

1 – انظر: المادة 08 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

جاء الإعلان التفسيري للجزائر على هذه المادة على أنّه لا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة أو رجال الشرطة أو موظفي الإدارات الحكومية لقيود قانونية على ممارستهم لهذه الحقوق.

ليس في هذه المادة أي حكم يجيز للدول الأطراف في اتفاقية منظمة العمل الدولية المعقودة 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها، أو تطبيق القانون بطريقة من شأنها، أن تخل بالضمانات المنصوص عليها في تلك الاتفاقية.

2 – انظر: المادة 13 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وجاء الإعلان التّفسيري الجزائري حول الفقرة الثانية من هذه المادة المتعلقة باختيار المدارس للأولاد في حين أنّ الجزائر لا تملك سوى المدارس العمومية ولا مجال للمدارس الخاصة آنذاك على الأقل. وكذا ورد الإعلان عن الفقرة الثالثة والمتعلّق بحقّ الأفراد في تأسيس المعاهد التعليمية الخاصة وهذا كذلك ما لم يكن متاحًا في ذلك الوقت، ولذلك لم يكن من الممكن الالتزام بشيء غير موجود وكان غير واردٍ في ظل النظام الاشتراكي، إضافةً لكون الجزائر حديثة العهد بالاستقلال في حين أنّ الاتفاقية كانت تخاطب الدول القائمة والمستقرة.

3 – انظر: نص المادة 23 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

يلاحظ هنا وفي التعامل مع هذه المادة أنّ الجزائر كانت حذرة فيما يتعلق بتنظيم الاجتماعات الإقليميّة والفنية والتشاور والدراسة، وكما سبق الذكر، أن الجزائر بتبنيها للنظام الاشتراكي المغلق يعتبر مبررًا، كما أنّ مفهوم الإقليميّة يثير التساؤل والاستفهام ومنه جاء الإعلان التفسيري للجزائر درءًا لكل الشبهات والمحافظة على ما =

يرتكز الفصل الثالث المشترك في كل عهدٍ على مبدأ المساواة بين الجنسين، الذي ينصّ على أنّه: "***أنّ لكّل الدول الأطراف تتعهّد بضمان مساواة الذكور بالإناث في حقّ التمتّع بجميع الحقوق المنصوص عليها في هذين العهدين...***". وتمثّل هذه النصوص مبادرةً أساسّيةً في نشر الوعي بحقوق الإنسان للرجال والنساء وفي الإحساس بضرورة الاعتراف بها وبحمايتها.

هذا، وتنص المادة 02 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على أنّه: "1- ***تتعهد كل دولة طرف في هذا العهّد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد...، دون أيّ تمييز بسبب العرق، أو... أو الجنس،...***

2- تتعهد كل دولةٍ طرفٍ في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التّشريعية أو غير التّشريعية القائمة لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقًا لإجراءاتها الدستوريّة وأحكام هذا العهد، ما يكون ضروريًا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية...".

وتنص المادة 23 الفقرة 04 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وهي التي تهمنا في هذا الموضوع على أنّه: " ...4- ***تتّخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزّوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفى حالة الانحلال يتوجب اتّخاذ تدابير لكفالة الحماية الضروّرية للأولاد في حالة وجودهم***".

لقد جاء نص إعلان تفسير الجزائر للمادة 23 الفقرة 04 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بما يلي: "إن الحكومة الجزائرية تفسر أحكام الفقرة 04 من المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمتعلقة بحقوق ومسؤوليات الزّوجين، بما لا يخالف المبادئ الأساسّية للنظام القانوني الجزائري"[1].

=من شأنه أن يكشف أسرار الدولة لا من قريبٍ ولا من بعيدٍ، كما أنّ هذه المرحلة كانت مرحلة بناء الدولة، وتفرض الذهاب بحذرٍ نحو اتفاقياتٍ كهذه، وخاصة العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية الثقافية لعام 1966.

1 – Nations Unies, Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général, état au 31 Décembre 1995, New York, 1996, chap IV, p 118.

توافق الإعلان التفسيري الجزائري على نص المادة 23 الفقرة 04 مع تحفظها الوارد على نصّ المادة 16 من اتفاقية سيداو، ونشير هنا إلى أن الحكومة الجزائرية استعملت مصطلح "تفسير"، لكن الأثر المترتب عنه هو استبعاد تطبيق أحكام المادة 23 الفقرة 04، وبالتالي هو تحفظ فالعبرة بآثار الإعلان وليست بالتسميات[1].

بينما نلاحظ أن معظم الدول الإسلامية المنضمة إلى اتفاقية سيداو قد تحفظّت على أحكام المادة 16 منها، وقد سبق لها المصادقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأصبحت بذلك مطالبة بتطبيق جميع مقتضياته خاصة أنها لم تتحفظ على المادة 23 منه، والتي تنص على المساواة بين الجنسين داخل الأسرة، ونذكر على سبيل المثال الأردن التي تحفظت على بعض بنود هذه المادة، ولم تتحفظ على نص المادة 23 الفقرة 04 من هذا العهد[2]، إذ أنّه ما تنص عليه اتفاقية سيداو في هذا الصدد يعتبر تأكيدًا وتوضيحًا لما نصّت عليه أحكام العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، فيمكن اعتبار التحفظات التي أبدتها الدول العربية على اتفاقية سيداو تراجعًا عما وافقت عليه من قبل عند مصادقتها على العهدين.

أما في إطار اتفاقية سيداو فإن الجزائر كما أشرنا إليه سابقا تحفظت على مجمل نص المادة 16 منها ولم تتحفظ على مقتضيات المادة 05 والمادة 24 منها، والتي لم تتحفظ عليها أيّة دولةٍ عربيةٍ.

بذلك أصبحت الدول مطالبة بمقتضى التوصية الصادرة عن لجنة سيداو بتوضيح إذا ما كان ما سجلته أو لم تسجله من تحفظاتٍ على الالتزامات المتعلقة بالحقوق نفسها، التي

---

1 − Nations Unies, Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général, op cit, p 118.

والمقصود بعبارة "المبادئ الأساسية للنظام القانوني الجزائري" تلك المبادئ العامة المنظمة للمجتمع الجزائري المنصوص عليها في الفصل الأول من الدستور، والمتمثلة على وجه التحديد في المادة الثانية من مختلف الدساتير الجزائرية، التي تجعل كما رأينا الإسلام دين الدولة، كما أنّ هذه العبارة قد تشير إلى قانون الأحوال الشخصية الجزائري بصفته ينظم رابطة الزواج، انظر:

BABADJI Ramdane, HENRY Jean- Robert, "Universalisme et identité juridique", op cit, pp 87 - 88.

2 – طلال ياسين العيسى، التحفظات الأردنية على اتفاقية سيداو وأثرها على حقوق المرأة في الأردن، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات القانونية، جامعة جدارا، الأردن، 2011، ص 38.

تنص عليها اتفاقياتٍ أخرى يتوافق مع تحفظاتها على أحكام اتفاقية سيداو[1].

هذا، ولقد جاء في نص المادة 01 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز العنصري لعام 1965 تعريف التمييز العنصري، وكان فحوى هذه المادة يقوم على أساس الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في أي ميدان من ميادين الحياة العامة، ولم تتحفظ الجزائر على نص هذه المادة.

أما عندما تحفظت الجزائر على نص المادة 09 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو والتي تتعلق بمنح الأم جنسيتها لطفلها، علما أنه سبق لها الموافقة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولم تتحفظ على نص المادة 15 الذي ينص على أنّه لا يجوز حرمان شخص تعسفًا من جنسيته أو إنكار حقه في تغييرها، وإن نصوص مواد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لها ما يقابلها من نصوص دستورية في الجزائر.

يتعارض تحفظ الجزائر على هذه المادة مع ما التزمت به في المعاهدات الدولية التي شاركت فيها والتي نصت على المساواة بين الجنسين في كل المجالات، وهو العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي تضمّنت المادة 26 منه بأنه الناس متساوون دون تمييز بينهم، حيث نصّت المادة على أنّه: " ***الناس جميعا متساوون سواء أمام القانون، ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته***"[2].

وتجعل دراسة "الأعمال التحضيرية" للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من الممكن الاستنتاج بأن الحق في عدم التمييز يثبت كحق، وليس فقط كمبدأٍ. وحسب الأستاذ "بويست" "BOSSUYT"، أن محرري العهد لم يكتفوا بالتأكيد على أن الجميع متساوون أمام القانون، وإنّما كان من الضروري إلى حدٍّ ما أن يضمنوا حقًا في عدم التمييز، وهو مبدأ لا ينبغي أن يقتصر على تلك الحقوق المعترف بها في العهد، ولكن تمتد أيضًا لتشملها كلها سواء كانت

1 – دليل خاص بإعداد التقارير عن اتفاقية القضاء على التّمييز ضّد المرأة (سيداو)، مرجع سابق، ص ص 88 – 101.

2 – يلاحظ أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 لم يأتِ بأي تعريفٍ للتمييز، وعلى ذلك قامت لجنة حقوق الإنسان بتعريفه في ملاحظتها العامة رقم 18، انظر:

C.D.H, Observation Générale N° 18, Non discrimination, (37ème session), 1989, 10 Novembre 1989, Doc, N.U.CCPR, § 07.

مدرجةً في العهد أم لا.

هذا ما يجعل نص هذه المادة غنّيٌ جدًا، لأنّ الدولة في اعتمادها للتشريع، يجب الامتثال لنص المادة 26 من العهد.

فالمقصود من نص المادة 26 من العهد، هو أنّه حق مستقل يمكن تطبيقه في مختلف الميادين، حتى لو لم ينص على ذلك في العهد، وينطبق على أيّ حكم تشريعيٍّ تتبناه دولة ما في قانونها الداخلي.

إضافة إلى ذلك المادة 03 من هذا العهد نصت على أنّه: "***تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوي الرّجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسّية المنصوص عليها في العهد***"، كذلك المادة 24 الفقرة 03 من العهد نفسه فقد نصّت على أنّه: "***لكل طفلٍ حقّ في اكتساب جنسيةٍ***".

كما أن الجزائر صادقت على اتفاقية حقوق الطفل في سنة 1991 وأن المادة 07 الفقرة 01 من الاتفاقية نصت على أنّه: "***يسجل الطفل بعد ولادته فورًا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسيّةٍ، ويكون له قدر الإمكان الحقّ في معرفة والديه وتلقي رعايتهما***".

صادقت أيضا على الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التّمييز العنصري، والتي نصت في المادة 05 الفقرة 03/د على الحق في الجنسية.

كانت كثيرًا من الدول الإسلامية في البداية قد تحفظت على المادة 09 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو ومن بينها الجزائر، ورُفع هذا التحفظ فيما بعد، إذ تقرر حق المرأة المتزوجة من غير المواطن في منح جنسيتها لأولادها وزوجها.

فذهب المشرع الجزائري إلى العدول عن موقفه وإعطاء حق الدم من ناحية الأم الدور نفسه المقرر من ناحية الأب في نقل الجنسيّة إلى الأبناء، لما في ذلك من رعايةٍ وحمايةٍ للأم والأبناء على السّواء.

أما بالنسبة لتحفظ الجزائر على المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو، يرى بعض الباحثين أنّ الدول المتحفظة على هذا البند، كان مخالفًا لالتزاماتها في الاتفاقيات الدوليّة، حيث إنّ أيّة قيودٍ تفرض على حق المرأة في اختيار محل سكناها على قدم المساواة مع الرجل تحد من حقها في الشكوى إلى المحاكم في البلد الذي تعيش فيه، أو تمنعها من دخول

البلد والخروج منه بحريّةٍ، وإنّ أيّ تشريعِ يرّسخ مبدأ تبعية المرأة المتزّوجة من حيث السكن أو حق الزوج في اختيار محل سكن الأسرة، يعتبر بموجب هذه المادة تشريعًا مميزًا.

صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والتّي أكّدت في المادة 05 الفقرة 01/د على تعهّد الدول الأطراف بحظر التّمييز العنصري والقضاء عليه بأشكاله كافةً، وبضمان حق كل إنسانٍ دون تمييز لأي سببٍ كان في المساواة أمام القانون والتمتع بالحقّ في حرية الحركة والإقامة داخل حدود الدولة، والحق في مغادرة أي بلدٍ بما في ذلك بلده.

وتنصّ المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1966 على أنّه: "***لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة.***

يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه".

زيادة على ذلك أكد كل من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، على المساواة بين الرجال والنساء وعلى حق التمتع بجميع حقوق الإنسان، فنصت المادة 12 من العهد الأول على أنّه: "*1- **لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.***

2- لكل فرد حرية مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده".

لقد كفل المؤسس الدستوري الجزائري هذا الحق ونص عليه في المادة 55 من التعديل الدستوري لسنة 2016، فورد فيها ما يلي: "***يحق لكل مواطنٍ يتمتع بحقوقه المدنّية والسياسّية، أن يختار بحرّية موطن وإقامته، وأن ينتقل عبر التّراب الوطني.***

حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له".

يُلاحظ أن نصّ المادة 55 من التعديل الدستوري منسجم مع كلّ من نصّ المادة 12 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ونص المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو.

وعليه فإن تحفظ الجزائر على نصّ المادة 15 فقرة 04 من اتفاقية سيداو لا يتوافق مع التزاماتها الدولية في الاتفاقيات الدولية الأخرى المشار إليها كما أنه لا يتوافق مع نص المادة 55 من التعديل الدستوري.

علما أنه لتكون التحفظات مقبولة يجب أن تتم عند توقيع الاتفاقية وليس لاحقًا لها، فالتحفظات التي أبدتها الجزائر على اتفاقية سيداو والتي لم تبدها سابقًا على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان المشار إليها تعتبر من نوع التحفظات اللاحقة، وهي بالتالي باطلةً وغير مقبولةٍ لاسيما وأن الجزائر عندما أصبحت طرفًا في الاتفاقيات الدولية الأخرى تعهدت بتطبيق الحقوق الواردة فيها، وأن اتفاقية سيداو تعتبر تأكيدًا لهذه الحقوق وتوضيحًا لها.

المطلب الثاني

آليات تقدير صحة التحفظات على اتفاقية سيداو

يضمن القانون الدولي رقابة صحة التحفظات على اتفاقيات حقوق الإنسان بصورةٍ متوازنةٍ بواسطة طرائق متعددةٍ لتقييم جوازها، لا تستبعد بعضها بعضًا، بل هي تعزز وتتوازن فيما بينها[1].

يلاحظ في هذا السياق أن الدول الأطراف في المعاهدة هي وحدها التي يمكنها أن تعرب عن آرائها بشأن ما إذا كان التحفظ صحيحًا أم لا، عن طريق ما يعرف بنظام القبول والاعتراض على التحفظ، والذي يشكل الحجر الأساس لنظام التحفظات ويطلق عليه بآلية القانون العام، وهي الوسيلة التي لجأت إليها بعض الدول لتقييم تحفظات الجزائر (الفرع الأول).

ولقد ساهمت هيئات الإشراف على تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في تفسير وتقييم صحة تحفظات الدول، والتي على ضوءها حاولت لجنة سيداو التعبير عن

---

1 – لقد حدثت خلافات ودارت مناقشات مطولة في لجنة القانون الدولي وكذلك في اللجنة السادسة بشأن المصطلحات الواجب استخدامها في هذا الشأن. فقد لوحظ مثلاً أنّ من مساوئ استخدام كلمة "المشروعية" "lawfulness" بالإنكليزية أنها تشير إلى قانون مسؤولية الدول مع أن اللجنة لم تبحث بعد مسألة ما إذا كان تقديم التحفظ المحظور أو غير المقدم حسب الأصول يرَتِب مسؤولية على الجهة المقدمة له. وعلاوة على ذلك، فلا يتوجب فقط الاختيار بين الكلمتين الإنكليزيتين "admissibility" "مقبولية" أو "permissibility" "جواز"، بل إن كلمة "recevabilité" المقابلة لهما بالفرنسية لا تفي بالغرض. أما عبارة "validité" الفرنسية "validity" بالإنكليزية "صحة"، التي تبدو للمقرر الخاص حيادية ومفهومة بقدرٍ كافٍ، وتتصف بميزة أن لها مقابلاً بجميع لغات عمل اللجنة، فكانت موضع انتقاد بدعوى أنها تسبب لَبسًا بين عدم صحة تحفظ ما وإمكانية الاحتجاج به في مواجهة طرفٍ آخر، انظر: لجنة القانون الدولي، تقرير الأول بشأن القانون والممارسة المتعلقين بالتحفظات على المعاهدات، الوثيقة رقم: CN/A.4/470، مرجع سابق، الفقرات 97 وما يليها.

موقفها في مواجهة التحفظات (الفرع الثاني)، كما عالجت مسألة الآثار القانونية المترتبة عن التحفظات غير الصحيحة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

آلية القانون العام كوسيلة لتقدير صحة التحفظات على اتفاقية سيداو

تقوم هذه الآلية على الفكرة القائلة بأن شرعية التحفظ تتوقف على قبوله من جانب دولة أخرى طرف في الاتفاقية. فنتحدث هنا عن ردود الفعل الممكنة أمام تحفظٍ معينٍ، والتي قد تكون إما الاعتراض على التحفظ أو قبوله، وهو ما يسمى بالنظام الشخصي لتقييم التحفظات، إذ يشكل نظام "القبول–الاعتراض" اللبنة الأساسية لنظام التحفظ، كما ورد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969[1].

لهذا، سيتم استعراض تنظيم اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لآلية القانون العام (الاعتراضات) لتقرير صحة التحفظات (أولاً) ومدى فعاليتها في تقدير قانونية التحفظات (ثانيًا) ثم عرض مضمون اعتراضات الدول الأطراف في اتفاقية سيداو على تحفظات الجزائر (ثالثا).

أولاً – الاعتراض كآلية للقانون العام:

لم يرد تعريف مصطلح "الاعتراض" في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، فإن تعريفه جاء في سياق التطور التدريجي اللازم للقانون الدولي، حسب تعبير المقرر الخاصّ للّجنة القانون الدولي "آلان بلييه" "ALLAIN P" في شأن التحفظات على المعاهدات الدولية[2].

لقد عرفته لجنة القانون الدولي على أنه: "يقصد بتعبير "الاعتراض" أي إعلان انفرادي، أياً كان نصه أو تسميته، تصدره دولة أو منظمة دولية، رداً على تحفظ على معاهدة أبدته دولة أخرى أو منظمة دولية أخرى، وتهدف به تلك الدولة أو المنظمة إلى تعديل الآثار المتوخاة من التحفظ (من قبل صاحب التحفظ)"[3].

---

1 – فهد سعران فهد المطيري، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 49.

2 – لجنة القانون الدولي، الدورة 56، 2004، الوثيقة رقم: A/59/10، هامش رقم 504، ص 193.

3 – المرجع نفسه، ص 194.

كما عالجت المادة 20 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 في الفقرات 01، 02 و03 مسألة قبول التحفظ والاعتراض عليه حيث تنص على أنّه: "***1- لا يتطلب التحفظ الذي تجيزه المعاهدة صراحةً أيّ قبولٍ لاحقٍ من الدول المتعاقدة الأخرى ما لم تنصّ المعاهدة على ذلك.***

2- حين يتبيّن من كون الدول المتفاوضة محدودة العدد ومن موضوع المعاهدة وهدفها أن تطبيق المعاهدة بكاملها بين جميع الأطراف شرط أساسي لموافقة كلّ منهم على الإلتزام بالمعاهدة، يتطلّب التحفّظ قبول جميع الأطراف.

3- حين تكون المعاهدة وثيقة منشئة لمنظمة دولية، يتطلّب التحفظ، ما لم تنصّ المعاهدة على حكمٍ مخالفٍ، قبول الجهاز المختصّ في تلك المنظّمة".

يتضح من المادة 20 الفقرة 04/ب من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 أنّه لا يمنع الاعتراض من دخول المعاهدة دائرة النّفاذ بين الطرف الذي أصدر التحفظ والطرف الذي اعترض عليه كقاعدةٍ عامةٍ، وأنّ تحفظ دولة ما على اتفاقيةٍ دوليةٍ لا يتطلّب موافقة بقية الدول الأطراف الأخرى في الاتفاقية ذاتها لصحة هذا التحفظ، إلا إذا اشترطت الاتفاقية ذلك صراحةً، كأن تنص مثلاً على قبول كافة الأطراف الأخرى فيها لتحفظ الدول المتحفظة، وهو يستبعد فقط من دائرة النّفاذ بينهما تطبيق الحكم محلّ التحفّظ والاعتراض، ولا يتضمّن هذا النصّ أيّة قيودٍ حول إبداء الاعتراضات، فالأطراف المتعاقدة حرّة في إبداء الاعتراض أو عدمه.

كما يستخلص من هذا النص أن وقف نفاذ المعاهدة يستلزم إبداء الدولة المعترضة عن رغبتها صراحةً، ويتحقق ذلك عن طريق الوثائق الرسمية التي يتم إيداعها لدى الجهة المسئولة عن تلقّي طلبات التّوقيع والقبول والانضمام والتحفظ والاعتراض عليه، إذ يرى البعض أنّ الاعتراض على التحفظات التي تبديها الدول يسهم إلى حدٍّ كبيرٍ في حماية سلامة القانون الدولي وأنّها تمثل الأداة المثلى للدفاع عن معاهدات حقوق الإنسان[1].

فلعل الصعوبة التي يمكن أن تثار في هذا الشّأن هي مسألة تحديد ذلك الجزء من المعاهدة الذي تأثّر بالتحفظ، والذي يجب استبعاده من العلاقة التعاهدية بين الدولة

1 – LUCKER-BABEL Marie-Françoise, "Les réserves à la convention des Nations Unis aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international", EJIL, Nyu School of law and the Academy of european at the european university institut, Ed.OUP, Royaume-Uni, 1997, p 668.

المعترضة والدولة المتحفظة، فقد تكون مادةً كاملةً، أو فقرةً فرعيّةً من مادةٍ، كما يمكن أن يكون مجّرد عبارةٍ أو كلمةٍ في الفقرة الفرعيّة، ولا توجد قاعدة لتحديد ذلك سوى اللّجوء إلى القواعد الخاصّة بطرق التّفسير العادية التي يمكن عن طريقها تحديد الكلمات التي ورد عليها التحفظ.

تنص المادة 20 الفقرة 05 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 على أنّه: "***في تطبيق الفقرتين 02 و04، وما لم تنصّ المعاهدة على حكمٍ مخالفٍ، يعتبر التحفظ مقبولًا من دولةٍ ما إذا لم تكن قد أثارت أيّ اعتراضٍ عليه قبل انقضاء فترة 12 شهرًا على إشعارها به أو في تاريخ تعبيرها عن موافقتها على الالتزام بالمعاهدة، ويؤخذ بالتاريخ اللاحق لأي من هذين التاريخين***".

في السياق نفسه، فإن اتفاقية سيداو لا تتطلب لقبول تحفظ دولةٍ على نصوصها موافقة الدول الأطراف الأخرى[1]. بل تشترط عدم مخالفة التحفظ لموضوع وغرض الاتفاقية. فإن اتفاقية سيداو على اعتبارها اتفاقية لحقوق الإنسان التي تُعنى بها الأمم المتحدة، فإنها تقبل تحفظات الدول الأخرى، وذلك يرجع إلى أن مؤسسي هذه الاتفاقية على علمٍ بأنّ محتواها جدّ حسّاسٍ ويمس بطريقةٍ مباشرةٍ بالمعتقدات والمكونات الأساسّية للأمم والشعوب، وأنّ أغلب قوانين الدول المنظمة لحقوق المرأة مليئة بالأحكام المختلفة بخصوص المركز القانوني للمرأة، أضف إلى هذا، طبيعة اتفاقية سيداو لما لها من أثر على التشريعات الداخلية للدول، ولما لها من انتشارٍ واسعٍ بين الدول على اختلافاتها المذكورة[2].

إذن يمكن لأية دولةٍ طرفٍ في اتفاقية سيداو تقيم اعتراضها على التحفظات المقدمة بشرط أن يكون هذا الاعتراض مكتوبًا، وأن يوجه إلى الدول المتعاقدة والدول الأخرى المخولة بأن تصبح أطرافًا في الاتفاقية، وأن الاعتراض الذي تم إبداؤه قبل تثبيت التحفظ لا يحتاج إلى تثبيتٍ، وأن يكون سبب الاعتراض وجيهًا منصبًا لمصلحة الاتفاقية. أمّا إذا كان

1 – على عكس ما هو وارد في الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التّي جاء في مادتها 20 أنّه: "أن التحفظ يكون منافيًا أو معطلاً إذا اعترض عليه ما لا يقل عن ثلثي الدول الأطراف في هذه الاتفاقية"، لم يرد في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة أيّ معيارٍ محددٍ يدل على المنافاة.

2 – عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 280.

الاعتراض على التحفظات المقدمة كان لأسبابٍ أخرى لا علاقة لها بموضوع الاتفاقية وغرضها، فإن الدولة المتحفظة قد ترى في تلك الاعتراضات عملاً عدوانيًا أو على أقل تقديرٍ عملاً غير ودّيٍ من جانب الدولة المعترضة، أكثر من كونه ردًا فنيًا وقانونيًا محايدًا على عملٍ اتفاقيٍّ[1].

إلا أنه إذا تساءلنا عمّا إذا كان ينبغي للدولة عندما توجه اعتراضها، أن تستأنس بمبدأ وجوب توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة والغرض منها، أم أنها تنفرد بسلطة تقديريةٍ في هذا المجال، بالرجوع إلى أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، نجدها لا تتضمن أيّ ضوابط بشأن ممارسة الدول، لحقيّ القبول والاعتراض على التحفظات، وهذا من شأنه ترك المجال واسعًا في حرية التصرف، بالنسبة لأطراف المعاهدة، في عمليتي القبول والاعتراض دون إعارة معيار الملائمة أي اهتمامٍ، لذا كان من الأجدر ضبط ممارسة هذا الحق.

يتأثر موقف أطراف المعاهدة، من تحفظٍ ما، من قبول أو اعتراضٍ – في غالب الأحيان – بالاعتبارات السياسية والمصالح المتبادلة، فما زال للسياسة دور لا يمكن إنكاره في العلاقات فيما بين الدول[2]، يصعب أحيانًا على دولة من الدول النّامية الاعتراض على تحفظات دولةٍ متقدّمةٍ، وتعلن علنًا أنها ترفض الدخول في علاقةٍ تعاهدّيةٍ معها، فإنّ هذا التقاعس قد يكون راجعًا إلى الرغبة في عدم تعريض علاقتها بالدولة المتحفّظة للخطر، ولذلك تؤدّي المصالح السياسّية الدّاخلية مرةً أخرى دور في تقييم صحّة التحفظات[3]. يمكن أيضًا لعلاقات حسن الجوار أن تفسر تردد الدول على الاعتراض، فلا ترى الدول في كثير من الأحيان الجدوى من إبداء اعتراضاتٍ على هذه التحفّظات لأنّه لا فائدة منها، فدوافعها

1 – أوضح "ألان بلييه" المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في شأن التحفظات، أنه كان يعتقد في بداية الأمر أن تعريف الاعتراضات ينبغي أن يأتي على نسقٍ تعريف التحفظات؛ ولذلك كان مشروع المبدأ التوجيهي 2-6-1 قائمًا على نيّة الدولة أو المنظمة الدوليّة صاحبة الاعتراض. وأثناء المناقشات التي دارت في اللجنة في عام 2003، رأى عدد من الأعضاء أن هذا المنطلق مصطنع لأنّ الآثار التي تسبغها الفقرة 04/ب من المادة 20 والفقرة 03 من المادة 21 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 على الاعتراضات آثار مبهمة في كثير من الأحيان ولأنّ الدول قد ترغب في أن تترتب على اعتراضاتها آثارٍ مختلفةٍ عن الآثار التي تتوخاها النصوص، انظر: لجنة القانون الدولي، الدورة 56، التقرير التاسع للمقرر الخاص، المتعلق بهدف الاعتراضات وتعريفها، الوثيقة رقم: (4/544) CN/A، مرجع سابق.

2 – عايد سليمان أحمد المشاقبة، التحفظ على المعاهدات الدولية الجماعية، مرجع سابق، ص 66.

3 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam-le cas des pays arabes, op cit, p 269.

غالبًا ما تكون سياسّية[1].

قد تؤدي المصالح الاقتصادية أحيانًا دورًا هامًا في صياغة الاعتراضات، وخير دليلٍ على عدم مبالاة بعض الدول الغربّية التي تعتبر مدافعةً عن حقوق المرأة، بتحفظات المملكة العربية السعودية على اتفاقية سيداو.

على أيّة حالٍ، يدل الفحص المفصل للاعتراضات على التحفظات التي أبدتها البلدان العربية، على أنّ الهدف منها يتمثل أولاً وقبل كل شيءٍ في الطعن في صحة التحفظات، أي عدم توافقها مع موضوع المعاهدة وهدفها[2].

كما أنه ليست الدولة المعترضة على تحفظٍ مسموحٍ به في حاجةٍ إلى الكشف عن البواعث التي حدت به إلى اتخاذ هذا الموقف تجاه الدولة، وعلى الطرف المعترض في الحالة التي يعتبر أنّ الطرف المتحفظ ليس طرفًا في المعاهدة اتجاهه أن يعلن عن موقفه صراحةً بصورةٍ واضحةٍ وقاطعةٍ على أنّ لا يعتبر نفسه طرفًا في المعاهدة في مواجهة من أبدى التحفّظ[3]، فلها أن تبني اعتراضها على أسسٍ سياسّيةٍ محضةٍ لا تخضع للمراجعة القضائية، لأنّ الدولة لها الحرّية في أن تقبل تحفّظًا لم تجزه الاتفاقية صراحةً كما لها أن تعترض عليه فقط، أو تعترض عليه وعلى سريان الاتفاقية بينها وبين الدولة المتحفظة، وحرّية الدولة في القبول أو الاعتراض تقوم على مبدأ السيادة والمساواة بين الدول، بحيث لا تلتزم الدولة بالعلاقة التعاهدية بدون رضاها، وتجريد الدولة المعترضة من حقها في منع سريان الاتفاقية بينها وبين الدولة المتحفّظة يعد انتقاصًا من حقها السيادي في عدم الالتزام بالتعديلات التي اتّخذت بدون رضاها[4].

ويجوز للدولة التي اعترضت على التحفظ أن تسحب اعتراضها في أي وقتٍ، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك، ولا يترتب على هذا السحب أي أثرٍ إلا من تاريخ إخطار الدولة التي سحبت اعتراضها على الدولة المتحفّظة بذلك، ما لم تنصّ المعاهدة على خلاف

1 − KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam-le cas des pays arabes, op cit, p 270.

2 − Ibid, p 271.

3 – أحمد إسكندري، ناصر بوغزالة، محاضرات في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 149.

4 – عبد الغني محمود، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 116.

هذا، أو يكون هناك اتفاق على حكم آخر، وذلك لأن سحب الاعتراض لا يتصّور أن يكون ضمنيًا أو مفترضًا، ومن ثم أن يكون إخطار الدولة المتحفّظة به كتابةً.

ويترتب عن سحب الاعتراض على التحفظ نتيجة هامة وهي أن التحفظ ينتج أثره كاملاً في العلاقة بين الدولة المتحفظة والدولة التي سحبت اعتراضها عليه، إذ أن سحب الاعتراض على التحفظ يعد بمثابة قبول به، ومن ثم تسري أحكام المعاهدة بين الدولة المتحفظة والدولة التي سحبت اعتراضها على تحفظها، معدلة وفقًا لما تضمنه التحفظ من أحكامٍ في العلاقة بين الدولة المتحفّظة والدولة التي سحبت اعتراضها على التحفظ[1].

ثانيًا – فعالية الاعتراضات في تقدير صحة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو:

إذا كانت تحفظات الجزائر تمس بغرض وموضوع اتفاقية سيداو، فإن هذه التحفظات غير مشروعة. لكن وبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي العامة نجدها لم ترتب أي أثرٍ قانونيٍ على عدم صحة التحفظات على الاتفاقيات الدولية، كعدم دخول الاتفاقية حيز التنفيذ مثلاً. فالوسيلة القانونية الوحيدة التي تستعملها الدول الأطراف في اتفاقية ما للتصدي للتحفظات التي ترفضها هو الاعتراض، ويعد كذلك أهم آلية قانونية لمراقبة مدى صحة التحفظات[2].

إلا أنه في اتفاقيات حقوق الإنسان واتفاقية سيداو بالخصوص لا يمكن لنظام القبول والاعتراض إحداث الآثار القانونية الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، فإذا ما قامت دولة ما بالتحفظ على نصّ معيّنٍ من المعاهدة فإن ذلك ليس له أيّ تأثيرٍ على نطاق التزامات الدول الأخرى، وهذه الأخيرة لا يمكن لها أن تقوم – باسم المعاملة بالمثل – بتعديل الحقوق التي كانت بموجب المعاهدة في مواجهة الدول المتحفظة، فالدول المعترضة تلتزم بملء كل التزاماتها حتّى وإن رفضت أن تكون طرفًا في الاتفاقية في مواجهة الدولة المتحفظة. فإذا قامت عدة دولٍ بالاعتراض على تحفظٍ معيّنٍ أبدته دولةٍ أخرى طرف فإنّ هذا التحفظ يبقى ويستمر في إحداث آثاره في مواجهة الأفراد الخاضعين

1 – نقلا عن: محمد شاكر رومية، التحفظ على المعاهدات الدولية من خلال اتفاقية السيداو، بحث لنيل شهادة الدبلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2012، ص 35.

2 – عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص 282.

لولاية قضاء الدولة المتحفظة[1].

أكدت لجنة حقوق الإنسان في التعليق العام رقم 24(52)، على أن نصوص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 التي تنظم دور اعتراضات الدول على التحفظات لا تحل مشكل التحفظ على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وعلى أن هذه الاتفاقيات لا تشكل شبكة من الالتزامات ما بين الدول فهي تهدف إلى الاعتراف بحقوق الأفراد[2].

ويستلزم هذا النوع من الاتفاقيات أن تكون الإجابة موضوعية في وجه الجميع بالخصوص مواطني الدولة المتحفظة[3]، فمن الواضح أن نظام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 المتعلق بالتحفظ لا يتلاءم مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، التي يكون هدفها خلق التزاماتٍ على عاتق الدول في مواجهة المواطنين والأجانب... الخ، هذه الاتفاقيات تتعدى إطار المعاملة بالمثل وليس لها موضوع خلق التزاماتٍ متبادلةٍ.

كما إن غياب الاعتراض من جانب الدول لا يمكن تفسيره مطلقًا كافتراض بأن تحفظًا ما يكون متفقًا أو غير متفقٍ مع موضوع المعاهدة وهدفها، وتخلص اللجنة في الأخير إلى أنّ هذا النظام الذي تنص عليه اتفاقية فيينا غير واضحٍ إلى حدٍّ يجعل من غير المأمون أن يفترض أنّ الدولة التي لم تعترض على تحفّظٍ معين ترى أن هذا التحفّظ مقبول، لذلك وبالّنظر إلى المميّزات الخاصّة بمعاهدات حقوق الإنسان، فإنّ مسألة ما يتّرتب عن الاعتراضات من آثارٍ فيما بين الدول تظّل موضوع تساؤلٍ[4].

الأمر نفسه ينطبق على اتفاقية سيداو، فأحكامها جاءت لحماية حقوق المرأة ورفع كل أشكال التمييز الممارس عليها من قبل الدول، فاعتراضات الدول على تحفظات الدول لا أثر لها على هذه الأخيرة.

فقد عملت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تشجيع الدول التي اعترضت على التحفظات الواردة على اتفاقية سيداو على القيام بمشاوراتٍ ثنائيةٍ مع الدول المتحفظة من أجل:

---

1 – محمد يوسف علوان، "بنود التحلل من الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 149.

2 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 17.

3 – COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme…", op cit, p 940.

4 – لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24(52)، مرجع سابق، الفقرة 17.

1- تبرير تحفظاتها،

2- التأكيد من انسجامها،

3- توضيح وبيان آثار تحفظاتها في إطار إقليمها،

4- شرح كيف ستحدّ من هذه الآثار،

5- تحديد متى تعتزم الدولة سحب تحفظاتها[1].

لا يوجد في التطبيق العملي ما يلزم الدول الأطراف في المعاهدة الدولية بالحرص على استبعاد الطبيعة السياسية عن تحفظاتها وحتى عن اعتراضاتها، بالأحرى أن يكون موقفها مبني على القانون، فإن الاعتراضات لا تأتي بإجابةٍ فعالةٍ وموضوعيّة حول تقييم مدى صحّة التحفظات في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. وفي هذا السياق يرى الأستاذ "قولسن" "GOLSONG" أنّ قبول التحفظ أو الاعتراض عليه ليست له أية قيمةٍ قانونيةٍ في الاتفاقيات الدوليّة لحقوق الإنسان[2].

ولا تعلق الدول الأطراف في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان عادةً أهميةً كبيرةً لتحفظات الدول الأخرى باعتبار أن هذه التحفظات لا تمس عادة بمصالحها الحقيقية، وحتّى في حالة اعتراضها على التحفظ فإنها تظل ملزمةً بالقيام بجميع الالتزامات الواجبة عليها، بما فيها تلك التي تتهرب الدولة المتحفظة من تطبيقها، وعليه فإنّ الدول تهتم فقط بالنتائج التي يمكن أن يرتبها التحفظ عليها[3].

---

1 – Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Doc de AG, NU, 49ème session, suppl, n°38, Doc, NU A/49/38 (1994), § 13.

2 – Cité par : IMBERT Pierre-Henri, "Les réserves dans la convention européenne des droits de l'homme devant la commission de Strasbourg…", op cit, p 618.

3 – مثال ذلك ما قامت به البرتغال عند التحفظ على نص المادة 01 من البرتوكول الأول الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسّية لسنة 1957، حيث اعتبرت في تحفظها أنّ الاستيلاء على الملكية يمكن أن لا يرتّب أي تعويض وذلك في الحدود التي يقرّرها القانون. واعترضت مجموعة من الدول على هذا التحفظ ومنها ألمانيا وفرنسا على أساس أن هذا التحفظ يمكن أن يعرض مصالحها للخطر، فأعلنت هاتان الدولتان في اعتراضهما أنّ التحفظ البرتغالي لا يمكن أن يمس بالمبادئ العامة للقانون الدولي التي تتطلب أن يكون التعويض حالاً وكافيًا وفعالاً في حالة الاستيلاء على ممتلكات الأجانب. وتحفظ البرتغال هو تحفظ الوحيد الذي كان محل ملاحظات من جانب الدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، هذا في حين أنّ تحفظاتٍ أكثر مساسًا بها لم تكن محل أي ردّ فعل، من باب أولى أي اعتراض، نقلاً عن: محمد يوسف علوان، "بنود التحلل من الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص 149.

إلا أنه رغم كل ذلك، تم إظهار الطابع المشكوك فيه للتحفظات بالاعتراضات المقابلة لها التي أبدتها الدول الأطراف الأخرى، وإن الاعتراضات المتشابهة في مضمونها تسهّل على جهاز الرقابة الحصول على تفسيرٍ وتمنحها سندًا أساسيًا للتأكيد على السلطة في التحقيق، خاصّةً في الحالة التي لا تكون فيها لهذا الجهاز صفة قضائية[1].

ثالثًا – مضمون اعتراضات الدول على تحفظات الجزائر اتجاه اتفاقية سيداو:

صدر ضد تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو، مجموعة من الاعتراضات جاءت من قبل الدول الأوروبية. كما احتلت الجزائر المرتبة السادسة فيما يخص عدد الدول التي أُعترض على تحفظاتها. وتتمثل الدول المعترضة في (ألمانيا، هولندا، النرويج، السويد، البرتغال والدانمرك).

لقد اتحدت كل الاعتراضات الصادرة ضد هذه التحفظات في فكرةٍ واحدةٍ مفادها أنّ هذه التحفظات غير مسموح بها، وأنها مخالفة لـ "موضوع المعاهدة وهدفها". ولكن وبالرغم من ذلك، لم تمنع كل من ألمانيا والنرويج وهولندا من دخول الاتفاقية حيز النفاذ فيما بينها وما بين الجزائر، وحتى دون أن تشترط منها مراجعة تحفظاتها[2].

لقد درست ألمانيا الاتحادية مضمون التحفظات التي أبدتها حكومة الجزائر لدى انضمامها إلى اتفاقية سيداو، حيث ذكرت حكومة الجزائر أنها على استعداد لتطبيق المادة 02 والمادة 09 الفقرة 02 والمادة 15 الفقرة 04 والمادة 16 من الاتفاقية بشرط عدم تعارضها مع تقنين الأسرة الجزائري.

ترى حكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية أنّ هذا التحفظ، الذي يحاول الحد من سريان الاتفاقية بجعلها مشروطةً بالاتفاق مع تقنين الأسرة الجزائري، يثير الشكوك بشأن مدى التزام الجزائر بموضوع الاتفاقية وغرضها. كما أن الاتفاقية لا تسمح بتحفظاتٍ تتذرع بأولوية القانون الوطني. ومن المصلحة المشتركة لجميع أطراف المعاهدة أن تكون موضع احترام، من حيث الموضوع والغرض، من جانب كافة الأطراف، وبالتّالي فإنّ حكومة جمهورية ألمانيا الاتّحادية تعترض على التحفظات سالفة الذكر، ولا يحول هذا الاعتراض دون دخول

1 – COHEN–JONATHAN Gérard, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme…", op cit, p 938.

2 – نقلاً عن: طالبي سرور، تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص 262.

الاتفاقية حيز النفاذ بين الجزائر وجمهورية ألمانيا الاتّحادية[1].

بينما ذهبت هولندا إلى الإشارة أن الجزائر حاولت من خلال تحفظاتها على اتفاقية سيداو تحديد مسؤولياتها فيما يتعلق بالأحكام الأساسّية للاتفاقية، وذلك باستنادها إلى المبادئ العامة لدستورها وتشريعها الداخلي. وأضافت أنّ هذه التحفظات تثير شكوكًا فيما يتعلّق بالالتزام الذي أخذته الجزائر على عاتقها عند انضمامها إلى الاتفاقية فيما يخصّ تحقيق موضوع وهدف المعاهدة، ومن ثم فهي تخرق قواعد القانون الدولي للمعاهدات[2].

أما رأي حكومة النرويج أن الإعلان الذي يفيد أنّ الدولة الطرف ستحد من مسؤولياتها في إطار الاتفاقية، من خلال التذّرع بمبادئ عامةٍ في القانون الوطني أو الدّيني، قد يثير شكوكًا بشأن مدى التزام الدولة المتحفظة بموضوع الاتفاقية وغرضها، كما قد يسهم في تقويض أساس قانون المعاهدات الدولي. وينّص قانون المعاهدات الدولي المرّسخ على أنّه لا يجوز للدولة أنّ تتذرع بقانونها الدّاخلي لتبرّر إحجامها عن تنفيذ التزاماتها التعاهدية.

وعلاوةً على ذلك، ترى حكومة النرويج أنّ التحفظ الذي أعلنته حكومة الجزائر بشأن بعض الأحكام المحددة من الاتفاقية يتسم بطابع مغرق في العمومية على نحو يتنافى مع موضوع الاتفاقية وغرضها. مما يعني أنّه تحفظ غير جائزٍ بموجب المادة 28 الفقرة 02 من الاتفاقية. ولهذه الأسباب، تعترض حكومة النرويج على التحفظات التي أبدتها حكومة الجزائر. ولا ترى حكومة النّرويج أنّ هذا الاعتراض يحول دون نفاذ الاتفاقية بين مملكة النرويج والجزائر[3].

لقد توصلت كل من السويد والدانمرك والبرتغال إلى النتيجة نفسها، إذ اعتبرت أنّ

---

1 – N.U, Réunion des Etats parties à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 10ème session, 17 Février 1998, point 8 de l'ordre du jour provisoire, Déclarations, réserves, objections et notifications de retrait de réserves relatives à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Doc des NU, CEDAW/SP/1998/2, 06 Février 1998.

2 – الأمم المتحدة، اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الاجتماع الحادي عشر، 31 أوت 2000، "الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، الوثيقة رقم: CEDAW/SP/2000/2، ص 74.

3 – المرجع نفسه، ص 75.

التحفظات الجزائرية لا تتلاءم مع هدف الاتفاقية وموضوعها وتخالف بذلك نص المادة 28 الفقرة 02 منها.

بينما ترى بعض الدول أن بعض التحفظات لا تتفق مع هدف وموضوع المعاهدة، دون أن تثير اعتراضاتٍ رسمّيةٍ. وفي الممارسة العملية، لم تعترض على التحفظات سوى عدد قليل من الدول الأطراف في اتفاقية سيداو، حيث اعترضت فقط 18 دولة من أصل 184 دولة طرفًا في الاتفاقية وهي: ألمانيا، كندا، الدنمرك، إستوانيا، فنلندا، فرنسا، اليونان، ايرلندا، إيطاليا، المكسيك، هولندا، رومانيا، المملكة المتحدة، السويد، البرتغال، اسبانيا، النمسا، والنرويج.

يلاحظ أن اعتراضات بعض الدول على تحفظات الدول العربية أثيرت لإظهار التناقض الموجود بين هذه التحفّظات والالتزامات السابقة لهذه الدول، مثل الاعتراضات التي أثارتها المكسيك والسويد على التحفظات التي أبدتها على مصر والعراق وليبيا وتونس والأردن على اتفاقية سيداو، وفي ذلك تذكر دولة المكسيك أنّ: "... والحقّ أنّ هذه التحفظات إذا نُفذت فإنها ستؤّدي بالضّرورة إلى التّمييز ضّد المرأة على أساس الجنس، وهو ما يتعارض مع جميع مواد الاتفاقية".

فمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ومبدأ عدم التمييز على أساس الجنس، اللذان يتجسدان في الفقرة 02 من الديباجة وفي الفقرة 03 من المادة 01 من ميثاق الأمم المتحدة، الذي وقّعت عليه... وكذلك في المادتين 02 و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لعام 1948؛ قد سبق أن قبلت بهما حكومة... عندما انضمت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقّافية، حيث ورد المبدآن المذكوران أعلاه في نص المادة 02 فقرة 01 وفي المادة 3 من العهد الأول، وفي الفقرة 02 من المادة 02 وفي المادة 03 من العهد الثاني. وبناء على ذلك فإنّ مما يتنافى مع هذه الالتزامات التعاقدية التي سبق أن تعهدت بها... أن تعلن حكومتها الآن أن لديها تحفظات، بشأن الموضوع ذاته، على اتفاقية سيداو لعام 1979"[1]، إنّ هذا النوع من الاعتراضات يشكك في تطبيق الدول العربية المتحفظة لجميع التزاماتها الدوليّة، معتبرًا

1 – الأمم المتحدة، اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الاجتماع التاسع، نيويورك، 29 أوت 2002.

أنها تشكل مجموعةً قانونّيةً غير قابلةٍ للتّجزئة[1].

بينما استندت دول أخرى على الطابع العام للتحفظات لتأييد اعتراضاتها، ونذكر في ذلك اعتراض الحكومة الفرنسية على التحفظات التي أبدتها الإمارات العربية المتحدة لدى انضمامها إلى اتفاقية سيداو، "... التي لا تعتبر بموجبها الإمارات العربية المتحدة نفسها ملزمةً، من جهة، المادة 2(و) والفقرة 02 من المادة 15 لأنّها تتعارض مع الشريّعة الإسلامّية – من جهة أخرى – أنها ستمتثل لأحكام المادة 16 ما لم تصطدم بمبادئ الشّريعة. وتعتبر الحكومة الفرنسّية أن الإمارات العربية المتّحدة باستبعادها تطبيق هذه الأحكام، أو بإخضاعها لمبادئ الشّريعة، تبدي تحفّظاتٍ ذات نطاقٍ عامٍ، ممّا يبطل مفعول أحكام الاتفاقية،..."[2].

يتبين بوضوحٍ عند إجراء مقارنةٍ بين اعتراضات الدول الأوروبية على تحفظات الجزائر واعتراضاتها على تحفظات الدول المغاربة الأخرى، ازدواجية الدول الأوروبية في اعتراضها على هذه الدول. على الرغم من كون هذه الدول بما فيها الجزائر استندت جميعها في تحفظاتها على عدم المساس بتشريعاتها الداخلية للأحوال الشخصية، زيادةً على عدم المساس البتة بالشريعة الإسلامية، فلماذا مثلاً اعترضت ألمانيا والسويد على تحفظات الجزائر ولم تعترض على تحفظات المغرب، مع أن هذه الأخيرة تحفظت بصفةٍ عامةٍ على المواد ذاتها التي تحفظت عليها الجزائر، ولماذا لم تعترض فرنسا على تحفظات الجزائر والمغرب وتونس، بينما اعترضت على تحفظات المملكة العربية السعودية وذهبت في تعليل ذلك كون مجرد التحفظ على المواد 2 و09 الفقرة 02 والمادة 15 فقرة 04 والمادة 16 فقرة 01 و02 من اتفاقية سيداو يمس بموضوعها وغرضها. ولقد تحفظت كل من الجزائر وتونس والمغرب على هذه المواد[3].

نستنتج مما سبق، أنّه لم يكن للدول المعترضة على تحفظات الدول العربية موقفًا

---

1 – KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam-le cas des pays arabes, op cit, p 320.

2– نقلاً عن: الحبيب حمدوني، حفيظة شكير، حقوق الإنسان للنساء بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية المرأة، مرجع سابق، ص 145.

3 – طالبي سرور، تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص ص 281 – 290.

موحدًا فيما يخص أساس الاعتراض على هذه التحفظات ودرجة خطورتها، ولقد تجلى ذلك من خلال عدم إعطاء الدول المعترضة الأهمية ذاتها لتحفظات متشابهةٍ ومن خلال تقديم تبريراتٍ متباينةٍ عن أسس هذه الاعتراضات.

كما يتبين من مختلف الاعتراضات على تحفظات الجزائر وتحفظات الدول العربية على اتفاقية سيداو أن نظام الاعتراض الذي أنشأته اتفاقية فيينا لم يكن فعالاً في مواجهة ما يسمى بالتحفظات التي تتعارض مع موضوع وهدف المعاهدة، لأنّ آثاره تقتصر على الدولة المتحفظة والدولة المعترضة. وعلاوةً على ذلك، فإن مسألة الاعتراضات كما سبق الإشارة إليه تحكمها أساسًا الإرادة السياسية للدول[1]، إذ في مجال الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ومن بينها اتفاقية سيداو لا يلعب فيها مبدأ المعاملة بالمثل أي دور، لا تكون أية عقوبةٍ في مواجهة الدولة المتحفظة، ما دام أن الدولة التي تقوم باعتراضٍ تكون ملزمةً بتنفيذ كل التزاماتها في المعاهدة، وحتّى في مواجهة الأفراد أو الأشخاص رعايا الدولة التي أصدرت التحفظ.

يعني هذا الوضع أن وسائل الحفاظ على سلامة المعاهدة في مواجهة التحفظات التي تتنافى مع غرضها والهدف منها محدود للغاية في إطار القانون الدولي: أولاً – لأنّ الدول الأطراف الأخرى لن تضطر إلى معارضة هذه التحفظات، ما دام مصالحها الخاصّة غير مهدّدة. ثانيًا – لأنّ أقصى حد لأثر الاعتراض سيكون هو منع دخول المعاهدة حيز النفاذ بين الدولة المتحفظة والدولة المعترضة، إذا أعلنت هذه الأخيرة صراحةً عن إرادتها في هذا الشأن، وبالتالي لا تساهم في ضمان احترام المعايير المنصوص عليها في المعاهدة. بالإضافة إلى ذلك، فإن الحالة الراهنة للتحفظات في القانون الدولي – بموجب اتفاقية فيينا لعام 1969 وممارسة الدول للاعتراضات – تسمح بالقول أن فرضية عدم دخول المعاهدة حيز النفاذ بين الدولة المتحفظة وبين الدولة المعترضة تعتبر بصفةٍ عامةٍ نادرة في مجال حقوق الإنسان، باستثناء اتفاقية الإبادة الجماعية.

تعزز هذه الحالة حقيقة أن تقييم توافق التحفظ مع موضوع وهدف الاتفاقية يترك من

1 – يمكن الإطلاع على مضمون التحفظات والاعتراضات الواردة على اتفاقية سيداو على الموقع التالي:
http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm.

جهةٍ للسلطة التقديرية للدول الأطراف في المعاهدات، ومن جهةٍ أخرى إلى التّفسير الدوري لها من قبل أجهزة الرقابة[1].

مع ذلك، إذا كان التحفظ على اتفاقية سيداو باطلاً، يجب على الهيئة المنشأة بموجب الاتفاقية، ولاسيما لجنة سيداو، أن تستخلص العواقب وتتجاهلها، دون انتظار اعتراض الدول الأطراف الأخرى على هذا التحفظ، غير أنّه نجد أنفسنا في المشكلة نفسها، لأنّ الصعوبة التي تواجهها الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان في المقام الأول هو تحديد مفهوم هدف وغرض المعاهدة[2].

لهذا السبب، يصبح من الضروري أن تكون لأجهزة الرقابة اختصاص حصري لتقييم صحة التحفظات، وذلك أساسًا وفقًا للإصلاحات التي تجريها الدولة المتحفظة داخليًا ومن خلال منحها مهمة التحقيق الإلزامي حول مدى صحة أي تحفظ يتم صياغته[3].

الفرع الثاني

عمل هيئة الإشراف (لجنة سيداو) في تقدير صحة التحفظات

لا توجد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات آلية صريحة يمكن بموجبها اعتبار التحفظ غير صحيحٍ أو منافيًا لموضوع المعاهدة أو غرضها، بخلاف آلية الاعتراضات من قبل الدول الأطراف، إلا أنه من خلال استقراء نصوص اتفاقيات حقوق الإنسان، نجد أنها لا تخلو من وجود محكمة أو لجنة مستقلة عن إرادة الدول الأطراف تعمل على متابعة تنفيذ أحكام الاتفاقية ويقع على عاتقها فحص التحفظات المقدمة[4].

---

1 − KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam-le cas des pays arabes, op cit, p 291.

2 − Ibid, p 293.

3 − Ibid, p 294.

4 – لقد دعم الاتجاه الذي يؤكد على أن هيئات الإشراف على حقوق الإنسان لها اختصاص البت في صحة التحفظات بمجموعة من الأسباب ويذكر منها ما يأتي:

1– خصوصية اتفاقيات حقوق الإنسان وما تتميز به من طابع موضوعي.

2– إن نظام التحفظ الذي جاءت به اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 لم يعد مناسبا لمعالجة مشكلة التحفظات الواردة على اتفاقيات حقوق الإنسان، وأن قواعد قبول التحفظ أو الاعتراض عليه لم تعد كافية لتقييم نظام التحفظات.

3– إن بعض اتفاقيات حقوق الإنسان أعدت قبل وقت سابق على اتفاقية فيينا كالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لعام 1950 وغيرها، انظر: ليث الدين صالح حبيب، "التحفظات الدولية على اتفاقيات حقوق الإنسان"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسة، العدد 04، المجلد 02، جامعة كركوك، العراق، 2013، ص 333.

فلقد تضمنت اتفاقية سيداو أسوة بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التأكيد على إنشاء لجنة تتولى مهمة الإشراف والرقابة وتتمثل في لجنة سيداو.

وتعرضت لجنة سيداو إلى مسألة صحة التحفظات في معرض مناقشة تقارير الدول والجزائر من بينها، وفي إطار تعليقها على أحكام مواد الاتفاقية.

لتوضيح مساهمة لجنة سيداو في مواجهة التحفظات الواردة على أحكام اتفاقية سيداو نستعرض إجراءات عمل هذه اللجنة (أولاً)، اهتمامها بمسألة تقييم التحفظات (ثانيًا)، ثم البحث في مدى اختصاصها بعملية تقدير صحة هذه التحفظات (ثالثًا).

أولاً – إجراءات عمل لجنة سيداو:

عند بدء تنفيذ الاتفاقية تُشكل لجنة بموجب المادة 17[1] من اتفاقية سيداو للإشراف على تنفيذ هذه الاتفاقية[2]، وتتألف من 18 خبيرًا، وبعد انضمام 35 دولة إلى الاتفاقية يصبح أعضاء اللّجنة 23 خبيرًا من ذوي المكانة الخلقية والكفاءة العالية تنتخبهم الدول الأطراف من بين مواطنيها مع الأخذ بنظر الاعتبار مبدأ التوزيع الجغرافي العادل، ولكل دولة عضو أن ترشح شخصًا واحدًا من بين مواطنيها وقبل ثلاثة أشهر من تاريخ كل انتخاب يوجه الأمين العام للأمم المتحدة رسائل إلى الدول الأطراف يدعوها إلى تقديم أسماء مرشحيهم ثم تجري الانتخابات في مقرّ الأمم المتحدة بحضور ممثلي الدول الأطراف، بشرط ألا تقل نسبة الحضور عن ثلثي الدول الأعضاء، وتجري هذه الانتخابات كل أربعة سنوات باستثناء الأعضاء التسعة الأوائل الذين تنتهي عضويتهم بعد مرور سنتين، وبعدها يجري انتخاب

---

1 – انظر: المادة 17 من اتفاقية سيداو.

أكدت هذه المادة على مراعاة مبدأ التوزيع الجغرافي العادل، وتمثيل مختلف الأشكال الحضارية والنظم القانونية الرئيسية في العالم عند إنشاء سيداو، ولكنها لم تسر في هذا الاتجاه الإيجابي، فلم تنص في إجراءات انتخاب أعضائها على آلية تحقق مراعاة هذه الاعتبارات. والأهم من ذلك هو التناقض القائم بين النص على مراعاة الخصوصية الحضارية والثقافية والقانونية. كما أنّ ميثاق الأمم المتحدة نص على احترام كافة الأشكال الحضارية، وكافة نظم الاعتقاد الديني في العالم، وأن تخرج المعاهدات والاتفاقيات بما يتّسق مع هذا الاحترام، غير أنّ اتفاقية سيداو تغلب عليها نظرةً واحدةً للإنسان والكون والحياة، هي النظرة الغربية التي ليس للقيم الدّينية أو الخصوصّيات الحضاريّة مكان فيها، انظر: رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005، ص 40.

2 – تم إنشاء آلياتٍ عدّةٍ من أجل تشجيع تطبيق الحقوق الإنسانية للمرأة إلى جانب لجنة سيداو، نذكر أهمها: لجنة أوضاع النّساء، المقرّرة الخاصة لموضوع العنف ضّد المرأة، البرتوكول الاختياري للاتفاقية، والهدف منه وضع إجراءاتٍ تتعلّق بالمرأة، وهو يعدّ اتفاقيةً منفردةً خاضعةً للتوقيع والانضمام والمصادقة من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية الأصلية.

أعضاء اللجنة الخمسة الإضافيين ويتلقى الأعضاء مكافئات تدفع لهم من موارد الأمم المتحدة ويوفر الأمين العام ما تحتاجه اللجنة من الموظفين[1]. ويعمل الخبراء في هذه اللجنة بصفاتهم الشخصية، لا مندوبين أو ممثلين لدولهم.

إن الغريب أن هذه اللجنة منذ بداية عملها عام 1982، كل أعضائها من النساء فقط رغم أن المادة 17 من الاتفاقية التي أنشأتها لم تنص على ذلك، كما أن غالبيتهّن لسن قضاة أو محاميات مثلما هو الحال في اللجنة الدولية المختصّة بحقوق الإنسان[2]، بينما لا يتعّدى تمثيل النساء في إطار الهيئات الأخرى نسبة 39 في المائة من مجموع أعضائها[3]، ومنذ إنشاء اللجنة فقد تضمّنت فقط 04 ذكور، وعلى ذلك يعتبر البعض أنّ هذه اللجنة الجهاز الأممي الوحيد الذي لا يعمل على تحقيق مبدأ المساواة في إطاره[4].

وتتلقى هذه اللجنة التقارير الدورية للدول الأطراف وفقًا لنصّ المادة 18 من الاتفاقية[5] ووفقًا للمبادئ التّوجيهية بشأن إعداد التقارير التي وضعتها الأمم المتحدة[6]، التي توضح فيها الدول إلى أي مدى تم تنفيذ ما جاء من أحكامٍ والتزاماتٍ في الاتفاقية لتحسين وضع المرأة ومساواتها بالرّجل والقضاء على كافة مظاهر التّمييز بينهما[7].

---

1 – كاترين ميكائيل، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المحور: ملف مفتوح – 08 مارس 2010 – المساواة الدستورية والقانونية الكاملة للمرأة مع الرجل، مؤسسة الحوار المتمدين، العدد 2924، لتاريخ 21 فيفري 2010.

2 – منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 276.

3 – DELZANGLES Béatrice, MOSCHEL Mathias, "Le comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes trente ans d'activités en faveur des femmes", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, 2014, p 50.

4 – ROSSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, op cit, p 233.

5 – انظر: نص المادة 18 من اتفاقية سيداو.

6 – انظر: الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تجميع المبادئ التوجيهية بشأن شكل ومضمون التقارير التي يتعين على الدول الأطراف في معاهدات حقوق الإنسان تقديمها، الوثيقة رقم: HRI/GEN/2/REV.1 Add 1 et Add 2.

7 – التقارير التي تقدمها الدول الأعضاء هي تقارير رسمية تعدها حكومات الدول الأطراف وتلتزم بتقديمها للأمين العام للأمم المتحدة، والتقرير الأول يقدم في السنة الأولى التي تلي التصديق الدولة على الاتفاقية. ويهدف إلى تقديم صورةٍ دقيقةٍ وشاملةٍ وواضحةٍ عن الإطار الذي ستدخل فيه الاتفاقية حيّز النفاذ، أي الإطار القانوني والسياسي والاجتماعي للبلد. ويشكل نقطة انطلاق من أجل قياس التقدم المحرز في مختلف المجالات التي ستتطرق إليها التقارير الدوريّة اللاحقة. =

كما تتلقى اللجنة تقارير من المنظمات غير الحكومية عن وضع المرأة داخل المجتمع[1]، ومدى التزام الدول الأطراف بتنفيذ أحكام الاتفاقية، وتعد هذه التقارير أكثر أهميّةً من تقارير الدول الأطراف التي ترسلها إلى اللجنة، لأنّها تكون أكثر دقةً وموضوعيّةً باعتبار أن الدول الأطراف لا تعترف بتقصيرها في غالب الأحيان، ثم تقوم اللجنة بعد ذلك بفحص هذه التقارير، وكتابة تقرير عنها ورفعه إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي يرفعه بدوره إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، ويقوم الأمين العام بإحالة هذه التقارير إلى لجنة مركز المرأة، وترفع اللجنة تقريرها إلى الأمم المتحدة مرةً كل عامٍ[2].

إن تقديم التقارير ليس بتمرينٍ رسميّ، وليس بمسألة إجرائية فقط، بل إنّ الالتزام بتقديمها يبيّن مدى وفاء الدول بالتزاماتها، وبمراقبة وتحديد وتقييم الإستراتيجيات التي تم اعتمادها، الأمر الذي يتيح الفرصة للتقدير الدّقيق للمشكلات التي تعيق تطبيق الاتفاقية، وبواسطة هذا النّوع من التقارير يمكن للجنة الاتفاقية أن تقيس مدى:

1- الأثر الايجابي الذي نجم عن التزام الدول بتقديم التقارير الدورية حول تطبيق الاتفاقية، من حيث المساهمة في تسليط الضّوء على القوانين المجحفة بحقّ المرأة، وعلى الفجوة القائمة بين النصّوص القانونيّة وتطبيقها؛

2- التغير الذي أحدثه الانضمام إلى الاتفاقية على الوضع العام للمرأة ومكانتها في هذه الدول؛

=أما التقرير الدوري تقدمه الدولة الطرف كل أربعة سنوات، ويفترض أن يكون أقلّ تفصيلاً من التقرير الأول، ويستند إلى التقرير الأوّل من أجل: 1- عرض التطور المحرز خلال السنوات الأربع المنصرفة، 2- تشخيص أهم العراقيل في وجه تنفيذ مواد الاتفاقية، 3- الآليات والهياكل اللازمة لتخطي تلك العراقيل، انظر: اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإيسكو)، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تقارير الظل في البلدان العربية، 2007، الوثيقة رقم: E/ESCWA/ECW/2007/1.

1- يجب التنويه إلى أن دور المنظمات غير الحكومية هو بالأساس للتأثير والضغط على السلطات السياسية حتى ترفع التحفظات وتفعيل الاتفاقية تفعيلاً تامًا كي تتمتع النساء بجميع الحقوق التي تقرها وتضمنها. فمن أهم اختصاصاتها أن تلائم الدول تشريعاتها المحلّية مع أحكام الاتفاقية الدولية، وذلك بتنظيم حملات من أجل تطور وإعداد مشاريع قوانين بديلةٍ للقوانين التمييزية الجاري بها العمل حاليًا، انظر: الحبيب حمدوني، حفيظة شكير، حقوق الإنسان للنساء بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية المرأة، مرجع سابق، ص 110.

2 – منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 276.

3- الصعاب أو المعيقات التي تؤثّر على مدى الوفاء بالالتزامات المقرّرة في هذه الاتفاقية[1].

توفر عملية مناقشة التقرير للدولة الطرف من قبل اللجنة منبرًا للحوار مع هيئةٍ مستقلةٍ تمامًا تنحصر مهامها في تقديم المساعدة البناءة حتّى تتمكّن الدول الأطراف من الوفاء بالتزاماتها، ولهذا فإنّ اللجنة تقترح، توصي، تعرب عن قلقها، ولكنها لا تدين، ولا تقول إن الدولة تنتهك الاتفاقية وإنما تشير إلى الفجوات والثغرات من خلال الملاحظات الختامية، ونادرًا ما تنتقد الدولة الطرف، بل تقوم فقط بلفت نظرها إلى القصور والنقص الموجود لديها في مجال حقوق المرأة[2].

على غرار التقارير المقدمة من الدول الأطراف، تطور مضمون الملاحظات الختامية التي أصدرتها اللجنة خلال سنوات عملها إذ أصبحت اليوم أكثر دقّةً، وتأتي في شكلٍ نموذجيٍ. فهي تتكون من مقّدمةٍ قصيرةٍ ودقيقةٍ تبيّن ما إذا كان قد أعدّ التّقرير وفقًا للمبادئ التّوجيهيّة، وكذلك تشير إلى جودة التقرير والتحفّظات التي أبدتها الدولة الطرف على الاتفاقية. ومن ثم يخصص جزءًا للجوانب الإيجابية والتقدم المحرز في حماية حقوق المرأة. ويتناول الجزء الرئيسي اهتمامات اللجنة، في معظم الأحيان وفقًا لترتيب الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية. وتقدم اللجنة توصياتٍ محدّدةٍ فيما يتعلّق بكلّ نقطةٍ من النقاط المثارة إلى الدولة المعنية، وتقترح عليها النقاط التي ينبغي تناولها في التقرير الدوري التّالي.

وعلى أية حالٍ، توصي اللجنة بنشر الملاحظات الختامية على نطاقٍ واسعٍ في الدولة الطرف من أجل تمكين شعبها، بمن فيه المسئولون الحكوميون والسياسيون والبرلمانيون والمنظمات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان، من الإحاطة علمًا بالخطوات التي اتُّخذت لكفالة تحقيق المساواة القانونية والفعلية للمرأة، والخطوات الأخرى اللازم اتخاذها في هذا الصدد. وتوصي اللجنة بأن تمتد عملية النشر لتشمل المجتمعات المحليّة. وتشجع اللجنة الدولة الطرف على تنظيم سلسلةٍ من الاجتماعات لمناقشة التقدم المحرز في تنفيذ هذه الملاحظات.

1 – عايدة أبوراس، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، د.ص.

2 – منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 278.

كما تطلب اللجنة من الدولة الطرف مواصلة النشر على نطاقٍ واسعٍ، لاسيما على مستوى المنظمات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان، التوصيات العامة للجنة، إعلان ومنهاج عمل بكين، ونتائج الدورة الاستثنائية 23 للجمعية العامة المتعلقة بموضوع المرأة عام 2000: المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين[1].

ثانيًا – اهتمام لجنة سيداو بمسألة تقدير صحة التحفظات:

نتيجةً للتحفظات الكثيرة التي وضعت على الاتفاقية، اهتمت لجنة سيداو منذ إنشائها بمسألة التحفظات.

ففي الدورة 03 للجنة سيداو قدمت شعبة المعاهدات في مكتب الشؤون القانونية في الأمانة العامة للأمم المتحدة فتوى مفادها "أنّ مهام اللجنة لا تتضمن على ما يبدو تحديد منافاة التحفظات". بيد أن اللجنة واصلت النظر في مسألة التحفظات واعتمدت التوصيتين العامتين 04 و20 بشأن التحفظات، كما عالجت في توصيتها العامة 21 مسألة التحفظات على المادة 16 من الاتفاقية[2]. وأصدرت اللجنة أيضًا بيانًا بشأن التحفظات على الاتفاقية كمساهمة منها في الاحتفال بالذكرى السنوية الخمسين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان[3].

فضلاً عن ذلك، تحدد المبادئ التوجيهية للجنة حقوق الإنسان المتعلقة بإعداد الدول الأطراف للتقارير شروطًا محددةً للدول التي توجد لديها تحفظاتٍ[4]. كما تواصل اللجنة سؤال الدول الأطراف بانتظامٍ عن تحفظاتها وتدعوها إلى استعراضها وسحبها.

لقد توصلت لجنة سيداو إلى نتيجةٍ مفادها أن المادتين 02 و16 من اتفاقية سيداو تعتبران ضمن جوهر الاتفاقية وأساسها، وعندئذٍ لا يمكن أن يبدى أي تحفظٍ بشأنها وإلاّ أصبحت الاتفاقية مفرغةً من أصلها ولا معنًى لها نصًا وتطبيقًا[5]، وتضيف أن المادة 02 لها

---

1 – DELZANGLES Béatrice, MOSCHEL Mathias, "Le comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes :trente ans d'activités en faveur des femmes, op cit, p 60.

2 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق.

3 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة (18–19)، الوثيقة رقم: A/53/38/Rev.1، ص ص 78–83.

4 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 16، 1997، المبادئ التوجيهية لإعداد التقارير من جانب الدول الأطراف، الوثيقة رقم: CEDAW/C/7/Rev.3، الفقرة 09.

5 – انظر: الوثيقة رقم: A/53/38/Rev.1، مرجع سابق، ص 80.

أهمية أساسية بالنّسبة لهدف الاتفاقية وغرضها.

فالدول الأطراف التي تقوم بالتصديق على الاتفاقية إنما تفعل ذلك لأنها توافق على وجوب إدانة كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وأن تعمل على تنفيذ الاستراتيجيات الواردة في الفقرات الفرعية (أ – ز) من المادة 02 بغية القضاء على ذلك التمييز.

ولا تزال اللجنة على يقينٍ من أن التحفظات التي تبدى على المادة 16 لأسبابٍ وطنيةٍ أو تتصل بالتقاليد أو الدين أو الثقافة، هي تحفظات لا تتماشى مع الاتفاقية وغير جائزةٍ، ولذا ينبغي استعراضها أو تعديلها أو سحبها.

أما بخصوص الجزائر لقد عبرت اللجنة عن قلقها في دورتها المنعقدة بين 10 و28 جانفي 2005 بشأن تمسك الجزائر بالتحفظات التي أبدتها على المواد 02 و09 و15 و16 من الاتفاقية، ولاحظت أن التحفظ اتجاه المادتين 02 و16 منافي لموضوع وهدف الاتفاقية، وتحث اللجنة الدولة الطرف على الإسراع في مراجعة تشريعاتها، خاصةً منها تقنين الأسرة، حتى يتسنى لها الشروع في سحب تحفظاتها على الاتفاقية في غضون مهلةٍ زمنيةٍ محدّدةٍ[1].

كما لاحظت اللجنة، أن بقاء تقنين الأسرة الجزائري قبل سنة 2005 دون تعديلٍ، أمر يشجع بقاء النصوص التمييزية التي لم تسمح للمرأة بالتمتّع بحقوق الرجل نفسها في بعض المسائل المتعلقة بالزواج وبالحياة الأسرية، خاصة الطلاق وحضانة الأطفال. كما أن اللجنة منشغلة بأن التعديلات المقترح إدخالها على تقنين الأسرة لم تحتوِ على إلغاء تعدد الزوجات وجعل المرأة تحت الولاية.

وتكرر اللجنة قلقها إزاء إبقاء الدولة الجزائرية على تحفظاتها على المادة 02، والفقرة 04 من المادة 15، والمادة 16 من الاتفاقية. إذ تلفت الانتباه إلى بيانها بشأن التحفظات[2] وإلى توصيتها العامة رقم 21 لعام 1994 (بشأن المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية)، وتكرر تأكيد رأيها أنّ التحفظ على المادتين 02 و16 يتعارض مع الغرض من الاتفاقية ومقصدها، وبالتالي فهو غير جائز بموجب الفقرة 02 من المادة 28 من الاتفاقية.

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32، التعليقات الختامية للجزائر، في 11 جانفي 2005، الوثيقة رقم: cedaw/c/sr.667 et 668.

2 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، البيان الخاص بالتحفظات على اتفاقية سيداو، مرجع سابق، الفقرة 06.

كما تحث اللجنة الدولة الطرف على ضمان تنفيذ الاتفاقية تنفيذًا كاملاً وتوصي لهذه الغاية بأن تضطلع الدولة الطرف بما يلي:

1- أن تقدم معلوماتٍ وافيةٍ عن أثر تحفظاتها على تنفيذ أحكام الاتفاقية ووضع المرأة في الجزائر؛

2- أن تسرع الإصلاحات التشريعية، لاسيما تلك المتعلقة بتقنين الأسرة، ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المادة 02، والفقرة 04 من المادة 15، والمادة 16 من الاتفاقية في ظرفٍ زمنيٍ محددٍ[1].

لكن، هل من صلاحيات هذه اللجنة واختصاصها أن تحكم في مدى صحة تلك التّحفظات؟

ثالثًا – اختصاص لجنة سيداو في تقدير صحة التحفظات:

تبدو أن لجنة سيداو ليست لديها صلاحيات ملزمةٍ فيما يتعلق بتحديد مدى صحة التحفظات، ولقد عبر مكتب الشؤون القانونية التابع للأمم المتحدة في فتوى قدمها فيما يتعلق بتنفيذ المادة 28 من اتفاقية سيداو بموجب المادة 21، على أنه يتعين على اللجنة أن تقدّم إلى الجمعية العامة كل سنةٍ تقريرًا عن أنشطتها، ولها أن تقدم مقترحاتٍ وتوصياتٍ عامةٍ مبنيّةٍ على دراسة التقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف.

وهكذا، فإن مهام اللجنة على ما يبدو لا تتضمن تحديد ما إذا كانت التحفظات تتنافى مع موضوع هذه الاتفاقية، على الرغم من أن التحفظات تؤثر حتمًا في تطبيق الاتفاقية، ويجوز للجنة أن تعلق عليها في تقاريرها في هذا السياق[2].

في هذا السياق قررت لجنة القضاء على التمييز العنصري في عام 1978 طبقًا لفتوى قاطعةٍ قدمها مكتب الشؤون القانونية إلى مدير شعبة حقوق الإنسان أنّه: "على اللجنة أن تضع في اعتبارها التحفظات التي تقدمها الدول الأطراف لدى التصديق أو الانضمام، وهي

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية للجزائر، الوثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/CO/3-4، مرجع سابق، ص 17.

2 – الأمانة العامة، تقرير للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 25، سبل ووسائل التعجيل بإنجاز أعمال اللجنة، 20 جوان 2001، الوثيقة رقم: CEDAW/C/2001/II/4، المرفق 06.

لا تملك سلطة للتصرف بخلاف ذلك. كما أن قرار اللجنة بعدم جواز تحفظٍ ما، حتى ولو كان بالإجماع، لن يكون له أي أثرٍ قانونيٍّ"[1].

لقد اتخذت الأمانة العامة للأمم المتحدة الموقف ذاته بخصوص صلاحيات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في تقرير أعّدته بناءً على طلب هذه الأخيرة في دورتها 25 في عام 2001، مبينّةً أنّ هيئات معاهدات حقوق الإنسان التي تم استطلاع رأيها أحرص على أن تقيم حوارًا مع الدول المتحفظة بغرض تشجيعها على سحب التحفظات التي تبدو لها تعسفية، من أن تبت في عدم جوازها[2].

ورغم أن بعض أعضاء هذه اللجنة قد وجهوا أسئلةً إلى ممثلي الدول، بمناسبة النظر في التقارير الوطنية، بشأن نطاق التحفظات المبداة، فإن اللجنة ذاتها قد امتنعت دائمًا عن اتخاذ موقفٍ في هذا الشأن[3].

وحتى إن لم تعرب اللجنة عن اتفاقها مع ادعاء الهيئات الأخرى المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان فيما يتعلق بضرورة تغيير نظام التحفظات[4]، وتقييم عدم توافق الدول منفردة، فإن عملها يدل على تحول تدريجي نحو تحديد أكثر اتساقًا لعدم توافق التحفظات في بياناتها، والتوصيات العامة، والملاحظات الختامية[5].

---

1 – الجمعية العامة، الدورة 33، الوثيقة رقم: 18(A/33/18)، الفقرة 374/(أ).

2 – حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 01، الوثيقة رقم: A/CN.4/535/ Add.1-3، مرجع سابق، ص 52.

3 – يبدو ذلك، بشكل خاصٍ، أنّ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لم تعاود النظر في مسألة التحفظات على المعاهدات أثناء دوراتها 26 و27 و28.

4 – تعتبر المبادرات التي اتخذتها مؤخرًا بعضُ هيئات الإشراف المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان في مجال التحفظات، والتي أخذت في السنوات القليلة الماضية تعتبر أنّه يحقّ لها تقدير مشروعيّة تحفظات الدول على الصكوك المنشئة لها والخروج، في عملية التقدير هذه، باستنتاجاتٍ ذات أهميةٍ كبيرةٍ عند الاقتضاء. ويضرب هذا الاتجاه بجذوره في الفقه القانوني للجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اللتين أقرتا، في قراراتٍ مشهورةٍ عديدةٍ، بأنّ "التّحفّظ" أو" الإعلان التفسيري" الذي يكون في الواقع بمثابة تحفظٍ غير مشروع أو أنّه لا يتمتّع بالأهمّية التي تنسبها إليه الدولة المتحفظة، وتوصلت اللجنة والمحكمة من ذلك إلى استنتاجٍ مزدوجٍ، وهو أنّ الدولة المتحفظة لا يسعها من جهةٍ الاحتجاج أمامهما بالتحفظ غير المشروع، وأنها تظل من جهةٍ أخرى ملزمةً بالوفاء بما يمليه عليها تصديقها على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وقد اتخذت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان موقفًا مماثلاً.

5 – ترى لجنة القانون الدولي في المبدأ التوجيهي 2–3–5 أنه يجوز لهيئة رصد معاهدة، لغرض الوفاء بالوظائف الموكلة إليها، تقييم جواز التحفظات التي تصوغها دولة أو منظمة دولية. ويكون للاستنتاجات التي تخلص إليها هذه الهيئة=

حيث اضطلعت لجنة سيداو منذ أواخر التسعينيات بدورٍ أكثر نشاطًا فيما يتعلق بالتحفظات، وتعرب عن آرائها بشأن هذه المسألة لدى الدول الأطراف، ولقد أصبحت الدول مطالبةً بمقتضى التوصية الصادرة عن لجنة سيداو (التي تبنتها اللجنة في جلستها 14) بتوضيح إذا ما كان ما سجلته أو لم تسجله من تحفظاتٍ على الالتزامات المتعلقة بالحقوق نفسها التي تنص عليها اتفاقيات أخرى يتوافق مع تحفظاتها على أحكام اتفاقية سيداو[1]. وأكّدت باستمرارٍ على أهمّية الأحكام الأساسّية للاتفاقية وضرورة قيام الدول الأطراف بسحب التحفظات غير المتناسبة في أوقاتٍ مختلفةٍ.

زيادة على ذلك تؤكد اللجنة في توصيتها العامة رقم 28، أن التحفظ على المادة 02 أو على فقراتها الفرعية يتنافى من حيث المبدأ مع موضوع الاتفاقية وغرضها، ومن ثم تعدّ غير مقبولةٍ بموجب الفقرة 02 من المادة 28[2]، ويتعين أن تقدم الدول الأطراف التي أبدت تحفظاتٍ على المادة 02 إيضاحًا للأثر الفعلي لتلك التحفظات على تنفيذ المعاهدة، وأن تشير إلى الخطوات المتخذة للإبقاء على التحفظات قيد الاستعراض بهدف سحبها في أقرب وقتٍ ممكنٍ[3].

كما أكدت في التوصية رقم 29 على أن التحفظ على نص المادة 16 من الاتفاقية غير مسموح به، والذي ربما يقوم على أساس دّيني أو ثقافي، من ثم فهو يتعارض مع

=في ممارستها لاختصاصها هذا، الأثر نفسه القانوني الناجم عن أدائها لدورها في الرصد، أي أنّه عندما تكون هيئة لتسوية المنازعات مختصة باتخاذ قراراتٍ ملزمةٍ للأطراف في نزاعٍ، ويكون تقييم جواز التحفظ لازمًا لوفاء تلك الهيئة باختصاصها، يكون ذلك التقييم، بوصفه عنصراً من عناصر القرار، ملزماً قانوناً للأطراف.

وأن مقولة أن التقييم الذي تجريه بخصوص صحة التحفظات" بوصفه عنصراً من عناصر القرار يكون ملزمًا قانونًا للأطراف" تعني أن المبدأ الذي يطرحه هذا المبدأ التّوجيهي يفهم ليس فقط بالنسبة للحالات التي يكون فيها الخلاف متعلقًا بصورةٍ مباشرةٍ بهذه المسألة ولكن بالنسبة أيضًا للحالات الأكثر تواترًا التي يشكل فيها جواز التحفّظ مشكلةً ذات صلةٍ يتعين حلّها بشكلٍ أوليٍ لكي يسوّى الخلاف الأوسع نطاقًا المطروح على القضاء.

وغني عن القول إنّ القرار الذي تتوصل إليه هيئة تسوية الخلافات لا يُلزم، على أيّة حالةٍ، سوى الأطراف المعنية بالنزاع وفقط بقدر ما للهيئة المعنّية بتسويته من سلطةٍ في اتّخاذ قرارٍ ما، انظر: تقرير لجنة القانون الدولي، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1 ، مرجع سابق، ص ص 551–552.

1 – دليل خاص بإعداد التقارير عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، مرجع سابق، ص ص 88 – 101.

2 – انظر: المادة 28 الفقرة 02 من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة.

3 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 28، المرجع السابق، الفقرة 41.

موضوع وغرض الاتفاقية، وذلك غير جائز بموجب المادة 28 الفقرة 02 من الاتفاقية، مع ضرورة سحبها أو تعديلها. وتبيّن أيضًا أنّ مسألة التحفظات لا تزال في مقدّمة جدول أعمال اللّجنة[1].

يمكن القول بأن قرار لجنة سيداو بشأن عدم توافق التحفظات كان له أثر على الدول التي صادقت على الاتفاقية خلال العقدين بعد دخولها حيز النفاذ فاعتمدت اللجنة التوصيات العامة رقم 04 لسنة 1987[2] ورقم 20 لسنة 1992 بشأن التحفظات[3]. وأوضحت اللجنة أيضًا موقفها في عام 1995، بشأن التحفظات في تقريرها عن "المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة"[4]، والذي ركز على التحفظات المتعلقة بالمادة 02، والذي ينص على أنه: "بعض التحفظات الواقعة تبدو متعارضةً مع موضوع الاتفاقية وغرضها".

ولقد أدى عملها إلى سحب الكثير من التحفظات وتعديلاتها منذ التسعينات[5]، وللإشارة فإن الجزائر قد سحبت تحفظها على المادة 09 الفقرة 02 بعد تعديلها لتقنين الجنسية، وهو ما

---

1 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية عامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 54.

2 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التّوصية العامة رقم 04، "التحفظات"، 1987، الوثيقة رقم: A/42/38، الفقرة 579.

3 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 20، "التحفظات"، 1992، الوثيقة رقم: A/47/38، ص 1.

4 – انظر: وثيقة "منهاج عمل بكين"، مرجع سابق.

5 – حيث أنّه في عام 2009 سحب الأردن تحفظاته بشأن حرية المرأة في التنقل وحقها في اختيار المسكن المادة 15 الفقرة 4، وسمحت قطر للمرأة للمرة الأولى بتقديم وثائق السفر المتعلقة بها من دون موافقةٍ مسبقةٍ من ولي الأمر، شهد كل من تونس والمغرب تقدمًا ملحوظًا في العقد الأخير. وقد عدل هذان البلدان قوانين الأحوال الشخصية وأعلنا أن كل التحفّظات على مواد الاتفاقية، بما في ذلك المادة 16 ستُسحب غير أن معظم البلدان العربية يزال يتحفظ على المادة 16، كما سحبت دولة الكويت التحفظ على المادة (7) حول حقوق المرأة السياسية في عام 2005، وسحبت دولة مصر التحفظ على المادة 9 الفقرة 02 في عام 2008 بعد تعديل قانون الجنسية للسماح للمرأة بنقل جنسيتها المصرية إلى أولادها، وكما أعلنت الحكومة المصرية سحب التحفّظات ومراجعة الإعلان التفسيري، على الشكل التالي:

– إعادة صياغة الجزء الثاني من الإعلان التفسيري حول المادة (2) في أن ترسيخ مبدأ المساواة في القانون والممارسة؛

– سحب الإعلان التفسيري للفقرة 04 من المادة 15 حول حرية التنقل والسكن والإقامة؛

– سحب التحفّظ على البند/ح من الفقرة 01 من المادة 16 حول الحقوق المتساوية في ملكية وحيازة الممتلكات؛

– تعويض البنود /أ و/ج و/ د و/ه و/و و/ر من الفقرة 01 من نص المادة 16 حول حقوق المرأة في الأسرة بإعلان تفسيري؛

– سحب التحفظ على نص المادة 16 الفقرة 02 حول تحديد سن 18 كالسن الأدنى للزواج وضرورة تسجيل عقود الزواج؛ انظر: اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، التقدم المحرز في تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في البلدان العربية، تحليل مقارن للإنجازات والتحديات، 12 ديسمبر 2011، الوثيقة رقم: E/ESCWA/ECW/2011/IG.1/4.

رحبت به لجنة سيداو، منذ النظر في التقرير الثاني في جانفي 2005، كما أعربت اللجنة عن ارتياحها بشأن التدابير التشريعية التي اتخذتها الجزائر منذ 2005 من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة ومنها على الخصوص:

– تعديل تقنين الجنسية لسنة 2005، الذي قضى بتمكين الأبناء من اكتساب جنسية الأم، تماشيًا مع مبدأ المساواة بين الجنسين حسب المادة التاسعة منه، وتمكين الرّجل المتزوج من جزائرية من اكتساب الجنسية الجزائرية حسب المادة 09 مكرر من التقنين نفسه.

– التعديلات التي أدخلت على تقنين الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الذي قضى بأنّ: الولي أبًا كان أو من الأقارب لا يجوز له إكراه القاصرة التي في ولايته على الزّواج.

– التعديل الدستوري لسنة 2008، الذي قضى بإعادة التأكيد في المادة 31 مكرّر منه[1]، على التزام الدولة بالعمل على "ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة".

في الأخير، يلاحظ أنه لم يخطر ببال الحكومات من بينها الجزائر أثناء توقيعها على تلك الاتفاقية، أن لجان الأمم المتحدة سوف تجرأ على مطالبتهم برفع تحفظاتهم التي وضعوها أثناء التوقيع، وها هي الضغوط الدولية تمارس عليهم من تلك اللجان لرفع تحفظاتهم، والالتزام الكلي بالتطبيق الكامل لتلك الاتفاقيات، في تجاهلٍ شديدٍ للمرجعيات الدينية والثقافية السائدة في مختلف دول العالم[2].

الفرع الثالث

الآثار القانونية المترتبة عن التحفظات غير الصحيحة

بعد قبول إمكانية قيام بعض هيئات الرقابة على حقوق الإنسان بتقرير استيفاء تحفظٍ ما أو عدم استيفائه لما يضعه القانون العام من شروط الجواز (التماشي مع موضوع المعاهدة وهدفها) أو متطلبات حُكم معين يتعلق بالتحفظات، "يبقى من المطلوب تحديد ما

1 – قانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008.

2 – المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، مذكرة توضيحية بأهم القضايا التي تتناولها الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة والطفل، وتداعياتها على القوانين الوطنية، والرؤيّة الإسلامية للأسرة متمثلة في" ميثاق الأسرة في الإسلام"، ط 02، مصر، 2013، ص 30.

يخول [لها] القيام به إذا اعتبرت أن هذا التحفظ أو ذاك لا يفي بهذا الشرط"، وهذه مسألة "هامة وحساسة للغاية"[1].

لم تتناول اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 بشكلٍ مباشرٍ مسألة الآثار القانونية للتحفظ الذي لا يستوفي شروط الجواز والصحة المحددة في المادتين 19 و23 منها، والتي يسمح اجتماعها باعتبار التحفظ منشأ إزاء دولةٍ متعاقدةٍ أخرى بمجرد أن تقبله وفقًا لأحكام المادة 20 منها.

فلا بد إذن من الإقرار فعلاً بأن اتفاقية فينيا لعام 1969، لا تتضمن قواعدًا واضحةً ودقيقةً بشأن الآثار القانونية المترتبة على التحفظ غير الصحيح. تلك هي إحدى أخطر ثغرات اتفاقية فيينا في هذا المجال، وأشير في هذا الصدد إلى وجود "فراغ معياري"، ومثير للقلق لاسيما وأنّ الأعمال التحضيرية لا توفّر إلا القليل من التوجيهات الواضحة عن مقاصد واضعي اتفاقية فيينا لسنة 1969، بل تدفع بالعكس، إلى الاعتقاد بأنهم تركوا المسألة معلقةً عمدًا. لكن ما كان مقبولاً في إطار معاهدةٍ عامةٍ مكرَّسةٍ لقانون المعاهدات بسبب الخلافات التي أثارتها المسألة لم يعد كذلك، ما دام أصبح الأمر يتعلّق تحديدًا بسد الثغرات القائمة في اتفاقية فيينا بشأن التحفظات[2].

تعتبر مشكلة ما يجب أن تقوم به هيئة الإشراف إذا رأت أن تحفظًا ما غير جائزٍ، من المشاكل التي تُطرح عمومًا، من حيث "إمكانية التجزئة"، بمعنى أنّ المؤلفين وهيئات الإشراف ذاتها يتساءلون هل من الممكن فصل التحفظ عن الموافقة على الالتزام؟ وهل يمكن ويجب اعتبار الدولة المتحفظة ملتزمةً بمجموع المعاهدة رغم عدم جواز التحفظ الذي وضعته؟

إلى حد الآن ردت جميع هيئات الإشراف التي طرحت على نفسها هذا السؤال بالإيجاب، فقد تعزز هذا التصور في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فأكدت المحكمة في قضية "بيليلوس" في حيثيةٍ مختصرةٍ أنّه: "... ممّا لا شك فيه أنّ سويسرا تعتبر نفسها ملتزمةً بالاتفاقية بصرف النظر عن صحة الإعلان"[3].

---

1 – قد يحدث إثبات عدم جواز التحفظ بعد فترةٍ طويلةٍ جدًا من إعراب الدولة عن موافقتها على الالتزام بالمعاهدة وبعد أن تكون قد ترتبت على ذلك في هذه الأثناء آثار قانونية قد يصبح من الصعب أو من غير الممكن تغييرها.

2 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 62، الوثيقة رقم: A/65/10، مرجع سابق، الفقرة 16.

3 – C.E.D.H, "Affaire Bélilos c./ Suisse", op cit, § 60, voir le site : https://www.echr.coe.int.

وقامت المحكمة بتطبيق هذا التصور فيما بعد على جميع القضايا المتصلة بهذه المسألة التي عرضت عليها، واتخذت موقفًا أكثر وضوحًا في قضية "لوازيدو" ضّد "تركيا"، التي صرحت أنّه: "ومن سلطة المحكمة إذن، في ممارسة مسؤولياتها المنصوص عليها في المادة 19، البت في المسألة بالرجوع إلى نصّ إعلانات كل من الأطراف وإلى الطبيعة الخاصة لنظام الاتفاقية الذي يؤيد فصل الشروط المطعون فيها لأن تلك هي الوسيلة التي يمكن بها ضمان الحقوق والحريات التي تكرسها الاتفاقية في جميع المجالات التي تندرج ضمن "الولاية القضائية" لتركيا بالمعنى الوارد في المادة 01 من الاتفاقية".

لقد نظرت المحكمة في نص الإعلانات ونص القيود بغية بحث مدى إمكانية فصل القيود المتنازع عليها عن صكوك القبول، أو تقرير ما إذا كانت هذه القيود تشكل جزءًا لا يتجزأ منها. وحتى إذا اعتبرت نصوص الإعلانات المتعلقة بالمادتين 25 و46 ككل، فإن المحكمة ترى أن القيود المطعون فيها يمكن فصلها عن بقية النص، وهو أمر لا يمس بقبول الشروط الاختيارية[1].

في هذا السياق أكدت لجنة حقوق الإنسان في التعليق العام رقم 24(52) على أن النتيجة التي تترتب عادة على عدم قبول التحفظ لا تتمثل في عدم سريان العهد على الطرف المتحفظ بل إن مثل هذا التحفظ يكون بصورة عامة قابلاً للفصل[2]، بمعنى أن العهد يكون

---

1 − C.E.D.H, "Affaire Loizidou.c. /la Turquie", § 95-97, op cit, voir le site : https://hudoc.echr.coe.int

رغم أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تشدّد على الفروق بين الإطار الذي تعمل فيه هي والإطار الذي تعمل فيه محكمة العدل الدولية، فإن أوجه الشبه بين هذا التحليل المنطقي وتحليل "السير هيرش لوترباخت" في الرأي المستقل المرفق بقرار محكمة العدل الدولية في قضية بعض القروض النّرويجية جليّة للغاية، رغم أنّ المحكمة الأوروبية تبدو أكثر حذرًا من قاضي محكمة العدل الدولية في تطبيقه، خاصّة وأنها تجاهلت تمامًا نقطة الانطلاق لكامل استدلاله الذي يقوم على بديلٍ واضحٍ: إذا كان الشرط المدرج في القبول الذي يخوّل للحكومة صاحبة الإعلان الحق في الانفراد بالقرار باطلاً، فليس أمام المحكمة إلا بديلان اثنان: فإما أن تعتبر ذلك الجزء من التّحفّظ باطلاً، وإما أن تعتبر القبول كله مشوبًا بالبطلان (هناك إمكانية ثالثة – يكفي ذكرها لطرحها جانباً –، وهي أنّ هذا الجزء من التحفظ لا يبطل القبول في مجمله، وإنما التحفظ فقط. وهذا يعني أنّ كل التّحفّظ المتعلّق بمسائل الاختصاص الوطني يعتبر باطلاً، في حين يعتبر إعلان القبول، بصفته تلك صحيحًا تمامًا، انظر: حولية لجنة القانون الدولي، الوثيقة رقم A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 1)، مرجع سابق، ص 109.

2 – سبقت الشريعة الإسلامية تصور اللجنة بوضع قاعدة أن: "كل شرط خالف مقتضى العقد أو موجبه فهو باطل"، كذلك=

نافذا بالنسبة للطرف المتحفظ دون استفادته من التحفظ[1].

إلا أن أخطر انتقادٍ يمكن توجيهه إلى "إمكانية الفصل" يقوم على أن هذه الهيئات تتجاهل تمامًا الطابع التوافقي الذي يشكل لبّ أيّ التزامٍ دوليٍ، وفي ذلك اتفقت مجموعة من الدول التي كانت لها حتّى الآن ردّة فعل إزاء التعليق العام رقم 24 للجنة حقوق الإنسان على هذه النقطة التي عبّرت عنها فرنسا بوضوحٍ بالغٍ عندما ذكرت بأنّ الاتفاقيات، أيّا كان نوعها، تخضع لقانون المعاهدات، وتقوم على موافقة الأطراف، إلا أنّ التحفظات هي الشروط التي تعلق هذه الموافقة عليها؛ وبالتالي، يكون الحل الوحيد بالضّرورة، إذا اعتبرت هذه التحفظات متنافيةً مع موضوع المعاهدة وهدفها، إعلان بطلان هذه الموافقة وتقرير عدم إمكانية اعتبار هذه الدول أطرافًا في هذا الصك[2].

غير أنّ هذا الموقف لاقى عدة اعتراضاتٍ ولم تأخذ به محكمة العدل الدولية ولا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث استبعدت هذا الأثر في قضية "بليلوس".

أما لجنة القانون الدولي أكدت في مشروع قرارها بشأن التحفظات على المعاهدات الشارعة المتعددة الأطراف خاصة معاهدات حقوق الإنسان، أنّ الدولة المتحفظة هي وحدها التي تتحمل المسؤولية عن اتخاذ الإجراء المناسب في حالة عدم توافق تحفظها مع موضوع المعاهدة وهدفها، وذلك وفقًا للنتائج التي تستخلصها هيئات الرقابة؛ وهذا الإجراء يتلخّص في تخلّي الدولة عن أن تصبح طرفًا، أو سحب تحفظها أو تعديله بحيث تصّحح ما لوحظ فيه من خللٍ[3].

والواضح تمامًا، من وجهة النّظر القانونية، أنّه يتعين على الدولة قانونًا سحب أي تحفظٍ يعتبر غير جائزٍ إذا لم تشكل هذه المسألة موضوع القرار ذاته، وفيما يتعلق بهيئات الإشراف على معاهدات حقوق الإنسان، فإن هذا الاحتمال لا يحدث إلا قليلاً.

=عرفت هذه القاعدة في القانون الروماني بأنّه: "لا ينال غير المفيد من المفيد" "Utile per non utile non vitiatur"، نقلاً عن: أحمد أبو الوفا، قواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، دار النهضة العربية، 2001، ص 190.

1 – تقرير لجنة حقوق الإنسان، الدورة 50، الوثيقة رقم: A/50/40، الفقرة 18.

2 – لجنة حقوق الإنسان، تعليق فرنسا حول التعليق العام رقم 24 (53)، الدورة 51، المجلد 01، الوثيقة رقم: A/51/40، الفقرة 13، ص 126.

3 – حولية لجنة القانون الدولي، 1996، الوثيقة رقم (Part 1) A/CN.4/SER.A/1996/Add.1، مرجع سابق، الفقرة 6/260، ص 110.

كما أنه ومع افتراض اتخاذ مثل هذا القرار، فإنه سيحظى بالحجيّة النسبية للحكم المقضي به. ومن ثّم فإنّه لن يفرض أيّ التزامٍ على الدولة المدّعَى عليها إلا فيما يتعلّق بالدول أو الدول المعترضة على التحفظ[1].

يبرر السيد "ألان بليه" موقف لجنة القانون الدولي، بأنه لا ينبغي إعطاء هيئات الرقابة سلطاتٍ واسعةٍ فيما يخصّ تحديد الآثار القانونية المترتبة عن التقويم الموضوعي بعدم صحّة التحفظات، لأنّ هذه الأجهزة تنشئها الأطراف لرقابة تنفيذ الاتفاقية، وهي مطالبة لهذا الغرض بتحديد الالتزامات المحدّدة للأطراف بموجب المعاهدة بما فيها التحفظات، فإذا عرض عليها نزاع ما، يجب عليها البتّ في صحة التحفظ وإلا عجزت عن أداء مهمتها، فإذا كانت الهيئات ذات طابع قضائي كانت لها سلطة إصدار قراراتٍ ملزمةٍ للأطراف المعنيّة، وإذا كانت الهيئات ذات طابعٍ استشاريٍّ لم يكن رأيها ملزمًا، وإن كان له طابع سياسّي أخلاقي يمكن أن يؤثّر على موقف الدولة.

لذلك ينبغي أن ينتهي هنا اختصاص هذه الهيئات، ويشمل ذلك عدم استخلاصها أيّة نتائج عن تقييمها للتحفظ غير الصحيح إذا لم يكن هناك قرار من الدول الأطراف في الاتفاقية[2].

في الأخير، يمكن طرح تساؤلٍ حول اقتراح لجنة القانون الدولي بأنّه في حالة إعلان عدم صحة تحفظ ما من طرف جهاز الرقابة تعديل موقفها وتغيير تحفظها، أي هل يتصوّر من وجه النّظر القانونّية أن تعدل وتصحح الدولة المعنية تحفظها ليصبح ملائمًا لموضوع المعاهدة وهدفها؟

يبدو هذا الحل للوهلة الأولى متعارضًا مع "نظام فيينا"، نظرًا لأن أحكام المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 تنص على أنّ الإعراب عن التحفظ لا يكون إلا "لدى توقيع معاهدة ما أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها". وفضلاً عن ذلك، فإن إمكانية الاعتراض على التحفظ محدّدة بفترةٍ معينةٍ نصت عليها المادة 20

1 – حولية لجنة القانون الدولي، 1996، وثيقة رقم (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 1، المرجع السابق، الفقرة 241، ص 106.

2 – المرجع نفسه، الفقرة 82.

الفقرة 05[1].

لقد عبر القاضي "فالتيكوس" حول هذه المسألة، في رأيه المخالف جزئيًا الذي أرفقه بالحكم الصّادر في قضية "كورهر" ضدّ النمسا عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، "فإن رفْض هذا الاحتمال [...] غير معقولٍ، نظرًا لأنّ الحكومة المعنّية لم تبلغ بعدم صحة تحفظها إلاّ بعد عدّة سنواتٍ من التّصديق. ومن ثّم فإنّه يتعيّن أن تتاح للحكومة المعنّية إمكانية تصحيح الحالة والإعراب عن تحفظٍ صحيحٍ للحكومة المعنّية في فترةٍ معقولةٍ وعلى أساس تحفّظها السابق"[2].

كما يمكن الإشارة إلى سابقة واحدةٍ لهذه الحالة، ففي الواقع، وعلى الرغم من أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد رأت، في الحكم الصادر في قضية "بليلوس" أنّ سويسرا ملتزمةً "بقطع النظر عن صحّة الإعلان"– الذي رأت المحكمة أنّه غير متوافقٍ مع المادة 64 من الاتفاقية فإن هذا البلد قد أصدر، وفقًا لاقتراح قدّمه إلى المحكمة التي لم تأخذ به، إعلانًا جديدًا دون أن يؤدّي ذلك فيما يبدو إلى إثارة اعتراضاتٍ أو احتجاجاتٍ ولا صعوباتٍ أمام أجهزة الاتفاقية أو من جانب الدول الأطراف الأخرى[3]. وممّا لا شك فيه أنّه يجب بوجهٍ عامٍ الاعتراف بأنّ الدول التي بوسعها في أيّ وقتٍ سحب تحفظها، يمكنها أيضًا "التخفيف منه".

ومما لا شك فيه، أن قرار الدولة المتحفظة وضعَ حدًا للعلاقات التعاهدية، عقب التأكد من عدم جواز تحفظها، تترتب عليه إعادة الوضع الذي كان قائمًا من قبل، ويبقى أنّه إذا ما نُظر إلى هذه الحالة، وهي"كلّ شيء أو لا شيء"، على ضوء وظائف نظام التحفظات، فإنّها تصبح غير مرضّيةٍ، وقد تؤدي إلى الإضرار بهدف الشموليّة، وذلك بحثّها الدولة المتحفظة على الخروج من دائرة المعاهدة[4].

---

1 – انظر: نص المادة 20 الفقرة 05 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

2 – C.E.D.H, "AFFAIRE CHORHERR c/Autriche", Arrêt aout 1993, voir le site : https://hudoc.echr.coe.int

3 – غير أن بعض الكتاب اعترضوا على صحتها، انظر:

COHEN-JONATHAN Gérard, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt Belilos…", op cit, p 314.

4 – انظر: حولية لجنة القانون الدولي، 1996، الوثيقة رقم A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 1)، مرجع سابق، ص 108.

على كل حال رغم تبني بعض أجهزة الرقابة الموقف القاضي بتجزئة التحفظ غير الصحيح وفصله عن التزام الدولة بالمعاهدة، إلا أن هذا لا ينطبق على جميع الأجهزة المكلفة بالرقابة على تطبيق معاهدات حقوق الإنسان، ولا توجد لجان أخرى على المستوى العالمي اتخذت الموقف نفسه، وأما بالنسبة للجنة سيداو فقد حددت طريقة تقديرها للتحفظات الواردة على الاتفاقية بكل دقةٍ، لكن دون أن تصل إلى حد إعلان عدم صحة تحفظ دولةٍ ما وبفصله عن التزام الدول بأحكام الاتفاقية، بل إنها لم تلغ أي تحفظٍ واردٍ على الاتفاقية.

إذ كانت تدعو الدول المتحفظة إلى سحب تحفظاتها المتنافية لهدف وموضوع الاتفاقية، وهذا ما فعلته مع الجزائر في التوصيات الصادرة عنها، والتي انصاعت لها الجزائر حين قامت بسحب تحفظها على المادة 09 الفقرة 02 من الاتفاقية وعدلت بعض أحكام تقنين الأسرة المتعارضة مع هدف الاتفاقية.

الفصل الثاني

أهمية دواعي تحفظ الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

إن ما يدل على أهمية ووجوب تبرير الدول لتحفظاتها هو أن دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات لعام 2011 أضاف شرطًا موضوعيًا آخر إلى التحفظ وهو شرط تعليل التحفظ وتسبيبه، ذلك ليكتمل وضوحه وصراحته ويعطي للدول الأخرى صورةً واضحةً عن دوافع الدولة في إبداء التحفظ.

وعليه اختلفت المبررات التي ذكرتها الدول لتحفظها على نصوص مواد اتفاقية سيداو، فهناك دول قدمت تحفظاتٍ استنادًا إلى أن النصوص المعنية بالتحفظ نصوصًا مخالفةً لأحكام الشريعة الإسلامية، وهناك تحفظاتٍ صدرت نتيجة مخالفة بعض النصوص الواردة بالاتفاقية لنصوصٍ دستوريةٍ أو تشريعاتٍ وطنيةٍ جاري العمل بها في تلك الدول، مع الإشارة إلى أن هناك من الدول من استعمل ومزج بين اثنين من هذه المصطلحات في آنٍ واحدٍ، وذلك حسب موضوع المادة أو البند المتحفظ عليه.

بينما يلاحظ أن دولاً أدلت بتصريحاتٍ عامةٍ على اتفاقية سيداو وأخرى تحفظت على عددٍ من موادها من دون تقديم أية تبريراتٍ، في حين قدمت بعض الدول تبريراتٍ مفصلةٍ بشأن كل مادة متحفظٍ عليها[1].

---

1 – قد يكون عدم كفاية المعايير الدولية بالنظر للمعايير الوطنية سببًا لإبداء التحفظ في حالة ما إذا وفرت القوانين الداخلية سقفًا أعلى من الحماية في الاتفاقيات الدولية، نذكر على سبيل المثال التحفظ الذي تقدمت به الحكومة الكولومبية على نص المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، حيث أعلنت أن الحكم الوارد في هذه المادة والذي يحدد السن الأدنى لمنع الأطفال في المشاركة في الأعمال المسلحة بـ 15 سنة ليس ملزمًا لها، لأنّ القانون الكولومبي ينص على تحريم مشاركة الأطفال الذين لم تتجاوز أعمارهم 18 سنة في النزاعات المسلحة، وتجدر الإشارة إلى أن البرتوكول الأول الملحق بهذه الاتفاقية لعام 2000 رفع هذه السن إلى 18 عامًا بدلاً من 15 عامًا.

كما أنّ الأوضاع الاقتصادية قد تدفع الدول لإبداء تحفظاتٍ على المعاهدات الدولية نظرًا لنقص مواردها الماليّة التي لن تمكنها من الوفاء بالتزاماتها، وبخاصة بالنسبة لدول العالم الثالث، فأبدت بعضها تحفّظات بغية التخلص من الأعباء المالية التي تتمكن من النهوض بها، ومن قبيل ذلك التحفظ الذي أبدته زامبيا على المادة 2 الفقرة 13/أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 التي تلزم الدول بمجانية التعليم،=

وهناك مجموعة من الدول اختفت وراء قوانينها الداخلية عند التحفظ على هذه الاتفاقية مع أن هذه القوانين مستوحاة من الشريعة الإسلامية، وهو حال الجزائر.

لذا لا يتسنى فهم تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو إلا في ضوء مناقشة أسباب ودواعي إصدارها، إذ تكمن هذه الأخيرة في أن المواد ذات الصلة في الاتفاقية تتعارض تعارضًا واضحًا مع النصوص الواردة في تقنين الأسرة، بينما تعتبر جميع القوانين الجزائرية الأخرى التي تحكم الوضع القانوني للمواطنين بما في ذلك القضايا المدنية والجنائية والانتخابية والإدارية والتجارية، وأيضًا الصحة والعمل تؤكد على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، فيأتي تحفظ الجزائر بسبب التباين بين تقنين الأسرة الجزائري فيما يتعلق بمسائل الزواج وتوابعه مع موضوع وهدف اتفاقية سيداو في تحقيق مبدأ المساواة المطلقة، إذ أبقت الجزائر على تحفظها على هذا المبدأ رغم التعديلات المستحدثة في تقنين الأسرة الجزائري هذا من جهة (المبحث الأول).

ومن جهةٍ أخرى في حرية فكّ الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة وتوابعها، فلم يأخذ تقنين الأسرة الجزائري بالمساواة المطلقة بين الزوجين في حرية الإرادة عند المبادرة لفك الرابطة الزوجية، إذ أخضع حرية المرأة في فكّ الرابطة الزوجية لبعض القيود الواردة في تقنين الأسرة، وألزم المطلق بمجوعة من الالتزامات المالية ولم يفرض ذلك على المطلقة، فضلا عن التزامات وحقوق أخرى سوف ندرس أهمها بالتفصيل. فيلاحظ أن التباين لا يزال قائما في بعض المسائل على الرغم من التعديلات الواردة في تقنين الأسرة، وهو الأمر الذي يفسر تمسك الجزائر بتحفظها على نص المادة 16 من الاتفاقية (المبحث الثاني).

=نظرًا لقلة الموارد المالية لدى هذه الدولة المذكورة، نقلاً عن: محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان– المصادر ووسائل الرقابة، ج 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 40.

لقد يكون التحفظ لأسبابٍ وقائيةٍ، كتلك التي تقدمت بها دول غربية منها ألمانيا التي أبدت تحفظًا على المادة 05 الفقرة 02 من البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنّية والسياسّية، استبعدت بموجبه اختصاص اللجنة المعنّية بحقوق الإنسان في النّظر في البلاغات التي تخصّ الانتهاكات التي لا تتعلّق مباشرة بالحقوق الواردة في العهد، واعتبرت ألمانيا هذا الإجراء وقائيًا لما قد ينجم عنه من آثارٍ في حالة ما إذا قامت اللّجنة المعنّية بحقوق الإنسان بتفسير أحكام العهد تفسيرًا "نشطًا"، انظر: فتيحة مختاري، التحفظ وأثره على الالتزام الدولي بمعاهدات حقوق الإنسان، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص ص 4 – 5.

المبحث الأول

تباين بعض أحكام تقنين الأسرة مع هدف وموضوع اتفاقية سيداو في مسائل الزواج وتوابعه

تكمن أهم مجالات التباين والاختلاف بين تقنين الأسرة الجزائري ونصوص اتفاقية سيداو في مسائل الزواج وتوابعه، حيث لم يسلم تقنين الأسرة من الانتقاد بالتمييز ضد المرأة منذ تبنيه سنة 1984، مما جعل المشرع الجزائري يتدخل لتعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005[1]، محدثًا عدة تعديلاتٍ حاول من خلالها تبني مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة خاصةً في موضوع الزواج وآثاره، ورغم ذلك تمسكت الجزائر بتحفظها على نص المادة 16 من هذه الاتفاقية، وهو ما يستدعي توضيح مجال التباين والاختلاف بين هذه الاتفاقية وبعض أحكام تقنين الأسرة الجزائري حتى بعد تعديله في مسائل إنشاء عقد الزواج، أي كل ما يتطلبه عقد الزواج من شروط وأركان لانعقاده صحيحًا، ونبين إن كان فيها تمييز ضد المرأة وفقا لما ورد في الاتفاقية، كما نحاول من خلال ذلك مناقشة بعض جوانب النقص والتناقض الواردة في تقنين الأسرة والتي تؤثر بدورها على حق المرأة في مساواتها مع الرجل (المطلب الأول).

ثمّ توضيح توابع عقد الزواج من حيث الالتزامات المترتبة على طرفي العلاقة الزوجية والحقوق التي تثبت لهما، والمختلفة في بعض جوانبها مع هدف اتفاقية سيداو التي كما أشرنا إليه تنادي بالمساواة المطلقة بين الزوجين في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مجال التباين في مسائل إنشاء عقد الزواج

تحفظت الحكومة الجزائرية على المادة 16 من اتفاقية سيداو القاضية بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، بسبب تعارضها مع أحكام تقنين الأسرة الجزائري. إذ يكمن التمييز الأكبر ضد المرأة الجزائرية وفقا لمفهوم

1 – قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد 31، الصادر في 31 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

الاتفاقية للمساواة في مجال العلاقات الأسرية[1].

فبالتأكيد أجريت بعض التعديلات على تقنين الأسرة في 2005 التي مست عدة مواد فيه وذلك رغبة من المشرع الجزائري في تكييف نصوص تقنين الأسرة[2] بما يتجاوب مع هذه الاتفاقية، وقد حافظ هذا التعديل على بعض الأحكام التمييزية في بعض المسائل المتعلقة بأركان وشروط عقد الزواج (الفرع الأول)، كما أنه احتفظ بحق الزوج بالزواج من أكثر من امرأة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التباين في تحقيق المساواة المطلقة في أركان وشروط عقد الزواج

يقوم عقد الزواج[3] كغيره من العقود على مجموعةٍ من والأركان والشروط، إذ نص المشرع الجزائري على الرضا كركن وحيدٍ في عقد الزواج بموجب المادة 09[4] من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم في 2005، إضافة إلى مجموعةٍ من الشروط حددها في المادة 09 مكرّر من التقنين ذاته[5].

---

1 – في الحقيقة يؤدي التقيد بحرفية نص المادة 16 إلى القول أن العديد من الأسر في العالم تشهد تمييزًا ضد المرأة، لأن الاتفاقية تدعو إلى إلغاء الفوارق البيولوجية من أجل تحقيق المساواة المطلقة وهذا أمر مستحيل، انظر: عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبى بكر بلقايد، جامعة تلمسان، 2014، ص 58.

2 – يعتبر قانون الأسرة فرعًا مستقلاً بذاته من فروع القانون الخاص، وهو ذو طبيعةٍ خاصّةٍ ومتميزةٍ، وقد فسر الفقيه الفرنسي "(J) Carbonnier " ذاتية قانون الأسرة بأنه يخضع لفرضية "اللاقانون" "le non droit" أكثر من خضوعه للمفاهيم القانونية وللقانون، هو في الأساس علم الأسرة والقانون هو الاستثناء، نقلاً عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 04، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 26.

3 – يلاحظ أن هناك فرق بين الحق في الزواج والحق في تكوين أسرة، حيث أنّ هذا الأخير أثر من آثار الأول، فالحق في تكوين أسرةٍ يفترض بداءةً وجود عقد زواجٍ بين رجلٍ وامرأةٍ، حيث أن الأمر ليس كذلك دائمًا لأنه ربمّا يوجد عقد زواج ولا توجد أسرة حيث أنّ من متطلبات تكوين الأسرة إلى جانب الزواج الإقامة المشتركة وإنجاب الأولاد، انظر: عبد النور عيساوي، حقوق المرأة في ضوء المواثيق الدولية، وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 23.

4 – التي تنص على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث تنص المادة السابقة قبل التعديل على أنّه: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

5 – التي تنص على أنّه: "يجب أن تتوّفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

– أهلية الزّواج،

– الصّداق،

– الوليّ، =

عليه، سنركز دراستنا على إظهار التباين بين مضمون اتفاقية سيداو وبعض أحكام تقنين الأسرة الجزائري في تحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين عند التعبير عن الإرادة في الزواج (أولاً)، وفي ضرورة تحقيق شرط الولي وأثره على التعبير عن هذه الإرادة (ثانيًا)، وفي اشتراط المهر في عقد الزواج (ثالثًا).

أولاً – حدّ المساواة بين الجنسين عند التعبير عن الإرادة في الزواج:

يعد عقد الزواج رباط وميثاق غليظ بين الرجل والمرأة، يهدف إلى إقامة حياةٍ زوجيةٍ مشتركةٍ، ولما كان أساس العلاقة التي تربط بين الزوجين هي المودة والرحمة، كان لزامًا أن يقوم الزواج على مبدأ التراضي وأن يصدر من ذوي أهلية وبإرادة حرة، إلا أنّ هذه الأخيرة تم تقييدها بالنسبة للمرأة وذلك عند اختيار الزوج الذي يعتنق ديانة مختلفة.

أ – الرضا والأهلية في عقد الزواج

يشترط في عقد الزواج أن يكون الرضا حرًا وكاملاً وصادرًا من ذي أهليةٍ، فهل حقق المشرع الجزائري المساواة المطلقة بين أطراف عقد الزواج في ركن الرضا وشرط الأهلية باعتبارهما مترابطان؟

1– الرّضا الحرّ[1] والكامل[2] في عقد الزواج

إن لركن الرضا أهمية في انعقاد كل العقود بما فيها عقد الزواج خاصةً بالنسبة للمرأة، على ذلك حددت اتفاقية سيداو في المادة 16 الفقرة 01 واجب الدول بأن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة الحق نفسه في اختيارها للزوج، وذلك برضاها وموافقتها الحرّة والكاملة[3].

وعليه، فإن عقد الزواج لا ينعقد بمجرد الطلب أو إعلان الرغبة فيه من جانب واحدٍ

=– شاهدان،

– انعدام الموانع الشّرعية للزّواج".

1 – الرضا الحر هو ألا تخضع المرأة لأيّة ضغوطٍ أو تأثيراتٍ مهما كان نوعها أو مصدرها، وذلك عند إفصاحها بنّية قبول الزّواج أو رفضه.

2 – الرضا الكامل هو أن تكون المرأة راضيةً بكل تفاصيل هذا العقد بدءًا من اختيار الزّوج إلى غاية يوم الزّواج أو رفضه.

3 – لقد نصت عليه كذلك اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج وذلك في مادتها 01 بنصها على أنّه: "لا ينعقد الزّواج قانونًا إلا برضا الطرفين رضاءً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعرابهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصّة بعقد الزواج...".

دون اعتبارٍ لإرادة المرأة التي لا تمييز بينها وبين إرادة الرجل.

أما موقف تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم من الرضا في انعقاد عقد الزواج، فقد عرف المشرع الجزائري "الزواج" في نص المادة 04 من التقنين المذكور أعلاه على أنّه: "***عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة...***"، بعدما كانت تنص قبل تعديل 2005 على أنّه: "***عقد يتم بين رجل وامرأة...***".

يلاحظ أن المشرع في تعديل 2005 أضاف في المادة 04 لفظ رضائي إليها، وهذا ما يبّين أنه يولي أهميةً لاعتبار عقد الزواج رضائيًا[1]، وعلى أنه يقوم أساسًا على الرضا باعتباره العنصر الجوهري في العقد مع تأكيده بأن الزواج لا يكون إلا بين "رجل" و"امرأة" على الوجه الشرعي مستبعدًا بذلك أي زواج بين المثليين.

هذا، وقد نصت المادة 10 من التقنين ذاته على أنه: " ***التعبير عن الإرادة يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظٍ يفيد معنى النكاح***"، كما أنه لا يمكن إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة وهي الوسيلة التي كان بإمكان الزوج استعمالها قبل إلغاء المادة 20 من تقنين الأسرة[2].

لقد كان هدف المشرع وراء إلغاء نص المادة 20 من تقنين الأسرة هو تتويج عقد الزواج الرضائي بين الزوجين دون تدخل أيّ وسيطٍ. ويفسر ذلك على أنّ حضور الزوجين يكون إجباري أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، ويعرب كلاهما عن موافقتهما بحريّةٍ ويجب أن تكون الإرادة خاليةً من العيوب، حتّى يمكن اعتبار عقد الزواج صحيحًا وملزمًا لطرفيه.

كما أنه إذا انعدم ركن الرضا في عقد الزواج ترتب عليه البطلان وهذا وفقا لنص المادة 33 من تقنين الأسرة[3]، لأن إرادة طرفي عقد الزواج غير موجودةٍ، ومن ثم لا يرتب أية آثار قانونية وليس له أيّ وجودٍ مطلقًا، ويجب على الزوجين أن يفترقا، كاستثناءٍ على

---

1 – يعرف "العقد الرضائي" بأنّه: "العقد الذي يكفي التراضي لانعقاده، أي أنه عقد يكفي لانعقاده توافق الإرادتين، أي تطابق الإيجاب والقبول"، نقلاً عن: محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 58.

2 – تنص المادة 20 الملغاة من تقنين الأسرة الجزائري، على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالةٍ خاصةٍ".

3 – انظر: المادة 33 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

ذلك نصت المادة 40 من تقنين الأسرة[1] على ثبوت النسب رعايةً لحقوق الطفل.

ولقد جاءت القرارات القضائية مؤكدةً لما جاء في هذه النصوص، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 12 مارس 2008 الذي قضى بما يلي: "إن عقد الزواج مبني أساسًا على الرضا وهو ركن من أركانه... وبناءً على ذلك فإنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به"[2].

إذن يدل إصرار المشرع الجزائري على الرضا في الزواج على أخذه بمبدأ المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بهذا الركن، إذ جاء في التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بأنه: "أصبح الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقدًا توافقيًا يتطلب موافقة زوجي المستقبل، ولقد تم إلغاء النيابة في الزواج..."[3].

2- أهلية المرأة في عقد الزواج

الأهلية في الزواج هي الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشر كل منهما عقد الزواج بنفسه أو بواسطة وكيلٍ مستوفٍ للشروط، ومن الضروري أن يكون الزوجين على درجةٍ من النمو الجسدي والعقلي لتحقيق غايات الزواج، لذا تعمل مختلف التّشريعات على تحديد أهليّة الزواج بإناطتها سنًا معينةً، فيمنع الزواج قبل اكتمال الأهلية نظرًا لعدم قدرة الشخص على تحمّل أعباء الزواج[4].

لا يجوز طبقاً للأحكام العامة لقواعد الأهلية [5] إبرام العقد إلا من ذوي أهلية[6] وهذا ينطبق أيضًا على عقد الزواج باعتباره عقدًا رضائيًا، ولا ينعقد إلا بتوفر أهلية الرجل والمرأة

---

1 – انظر: المادة 40 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

2 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 321514، صادر في 12 مارس 2008، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2008، ص 275.

3 – انظر: لجنة سيداو، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص 18.

4 – محمد توفيق قديري، "تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري: قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجًا"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، الجزائر، 2017، ص 270.

5 – تعتبر الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان، وهي نوعان أهليّة الوجوب وأهلية الأداء، فالأولى هي أهلية التمتّع بالحقوق والالتزام بالواجبات حتى ولو لم يمارس الشخص بنفسه حقّه أو التزامه، أما الثّانية فهي أهلية مباشرة الشّخص للحقّ أو الواجب أي استعماله بنفسه، انظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 35.

6 – لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في التقنين المدني في المواد من 40 إلى 45، وفي تقنين الأسرة في المواد من 81 إلى 86 منه.

على أساسها يتحدد وجود الرضا من عدمه[1]، وقد حدد المشرع الجزائري في التقنين المدني السن القانونية للأهلية أو ما يسمى "بسن الرشد" ويبلغ الشخص سن الرشد باكتماله 19 سنةً كاملةً.

لكن هذا لا يعني أن كل من بلغ سن الرشد يتمتع فعلاً بالأهلية الكاملة فقد يكون الشخص قد بلغ سّن الرشد ولكنه مجنونًا أو معتوهًا، عندئذٍ إذا أريد حرمانه من الأهلية التي يجعلها له القانون بمجرّد بلوغه سن 19 سنة[2]، يجب أن يصدر قرار من المحكمة بحرمانه من هذه الأهلية واستمرار الوصاية عليه.

ويلاحظ أن التقنين المدني الجزائري في تحديده سن الأهلية لم يميز بين الرجل والمرأة، أما في تقنين الأسرة، فقد ميز المشرع الجزائري في مسألة الأهلية بين الرجل والمرأة قبل تعديله سنة 2005، حيث حدد أهلية الزواج للمرأة بتمام 18 سنةً، بينما حددها للرجل بتمام 21 سنةً.

كما أعطى المشرع الجزائري سلطةً للقاضي في تخفيف سن الزواج في حالة وجود مصلحةٍ أو ضرورةً، لكن دون تحديد معيار وضوابط يعتمد عليها القاضي لتقدير هذه المصلحة أو الضرورة[3].

بينما قام بعد تعديل تقنين الأسرة الجزائري سنة 2005 برفع هذا التمييز وسوى بين

---

1 – المقصود بالأهلية هي أهلية انعقاد – الزواج – وليس أهلية الزواج – أي صلاحية كل منهما – أن يكون زوجًا لأنّ هذه الصلاحية تكون بالبلوغ، نقلاً عن: أحمد نصر لجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، الجزائر، 2009، ص 30.

2 – تنص المادة 40 من التقنين المدني الجزائري على أنّه: "كل شخص بلغ سّن الرّشد متمتعًا بقواه العقلّية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهليّة لمباشرة حقوقه المدنّية، وسّن الرشد تسعة عشر سنةً كاملةً".

3 – انظر: المادة 07 من تقنين الأسرة قبل تعديله سنة 2005.

يعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتًا وغير قابل للطعن؛ فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأيّ وجهٍ من الوجوه، انظر: العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 163.

كما أنه وجهت لمسألة أهلية الزواج في ظل تقنين الأسرة قبل تعديله، انتقاداتٍ من بينها أنّها لم تكن منسجمةً مع أحكام الأهليّة في التقنين المدني، حيث حدّدت المادة 40 منه سن الرّشد بـ 19 سنةً، ونتيجة لذلك فإنّ الشخص قد يبلغ سن الرّشد طبقًا للقانون المدني في حين أنّه غير مؤهل للزّواج طبقًا لقانون الأسرة، كما أنّ المرأة تكون كاملة الأهليّة وفقًا لقانون الأسرة دون أن تبلغ سّن الرّشد المدني.

الرجل والمرأة في سن الزواج، فأصبحت موحدة بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة مع إبقائه على مسألة ترخيص الزواج قبل ذلك لمصلحةٍ أو ضرورةٍ[1] ، ولم تعرف المادة 07 المقصود من المصلحة والضرورة، وتركت الأمر لاجتهاد القضاة.

وفي هذا السياق نود أن نشير إلى التشريع الجنائي الجزائري الذي يمكن القول عنه أنه قدم مثالا لحالة الضرورة، وذلك ما يفهم من نص المادة 326 من تقنين العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: "***كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامن عشر وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمسة سنوات، وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دينار.***

وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير، إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

فوفقا لهذه المادة يمكن تزويج الفتاة المخطوفة حتى وإن لم تبلغ الثامنة عشر من عمرها.

ما يلاحظ أن الأخذ بهذا الزواج وجعله مانع من موانع العقاب أمر غير منطقي، ذلك أن رابطة الزواج تقوم على أركان وشروط جاء بها القانون والمتمثلة في الرضا، الأهلية، الولي، والصداق. وأمام زواج الخاطف بمخطوفته لا نجد توفر لا الشروط ولا الأركان، فكيف يمكن الاعتراف بهذه الرابطة المبنية على الخداع والقوة وعدم الرضا[2].

---

1 – للتذكير فإن النساء ناضلت في المحافل الدولية لرفع سن الزواج، إذ كان سن الزواج في العديد من البلدان حتى تاريخٍ قريبٍ أقل من ثمانّية عشر عامًا، مما يعتبر مساسًا بسنّ الطفولة الذي حددّته اتفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل. وفي الكثير من البلدان كان يسمح للإناث بالزواج بسنٍّ أصغرٍ من الذكور، انظر: تقرير حول تحليل الوضع الإقليمي، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوّع الاجتماعي في المنطقة الأورومتوسطية، 2008–2010، ص 28، على الموقع التالي: https://library.euneighbours.eu/sites/default/files/arabic_4.pdf.

2 – فبالرجوع إلى أحكام كل من تقنين الأسرة والتقنين المدني الجزائري، فإن عقد الزواج يبطل ولا يمكن تسجيله للأسباب التالية: – انعدام الأهلية: وفي هذا تنص المادة 07 من أ.ق على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..." ومن ثم فإن الزواج الذي يتم قبل هذا السن، وبدون ترخيص قضائي فهو باطل، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، مع الإشارة إلى أن الترخيص السابق لإبرام عقد الزواج لا يقيد سلطة القاضي المانح للإذن إذا ما تأكد له الدخول بالفتاة قبل إبرام العقد، عن طريق تبين عدم حمل الفتاة، وهو ما يقتضي الاستبراء حسب ما نصت عليه المادة 34 من ق.أ. =

إذن جعل المشرع من زواج القاصرة من الخاطف مانع من موانع العقاب على الرغم من عدم مشروعية التصرف، إلا أن الزواج يقع صحيحا، ففي ذلك تشجيع على الزواج بهذه الطريقة وهو ما أصبح يشهده المجتمع الجزائري مؤخرا، والأسر تتكتم خوفا من الفضيحة وتسمح بزواج القاصرة تحت ضغط السمعة، والرجل يلجأ إلى الزواج للإفلات من العقاب وبعدها بقليل يلجأ للطلاق لفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة[1].

كان من المفروض تعديل نص المادة 326 الفقرة 01 من تقنين العقوبات ويضع بعض الشروط لاعتبار هذا النوع من الزواج صحيحًا، كأن يمنع الخاطف من طلاق المخطوفة خلال مدة معينة، وإن خالف ذلك سوف تطبق عليه العقوبات المقررة في نص المادة المذكورة أعلاه، وذلك حماية للمخطوفة القاصر من سوء نية الخاطف، الذي يتزوج بها للإفلات من العقاب ومن ثم يقوم بتطليقها بعد مرور مدة قصيرة على زواجهما.

كما اشترط المشرع الجزائري إضافةً إلى وجود مصلحةٍ أو ضرورةٍ، قدرة الطرفين على الزواج سواء كان ذلك فسيولوجيًا، أو اجتماعيًا، أو اقتصاديًا[2].

على كل حال إن المشرع الجزائري جعل بتحديده سن الزواج بـ 19 سنةً أهلية عقد الزواج أهلية سن الرشد نفسها في القانون المدني، وبتوحيده سن الزواج قدّم ضربًا من ضروب المساواة بين الجنسين التي شهدها التشريع الجزائري[3]، وهذه المساواة محققة في

=– تخلف ركن الولي: حيث نصت المادة 2/11 من أ. ق على أنه: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، ويكون جزاء هذا الزواج الذي تم دون ولي هو الفسخ قبل الدخول وعدم ثبوت الصداق فيه.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات، فإننا نجد أن المادة 441 تعاقب بالحبس من 10 أيام إلى شهرين وبغرامة من 100 إلى 1000 أو بإحدى هاتين العقوبتين، ضابط الحالة المدنية الذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، و للنيابة العامة أن تتدخل تلقائيا لإبطال عقد الزواج كونه من المسائل المتعلقة بالنظام العام طبقا لنص المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1 – فوزية مروان، "الحماية الجزائية للمرأة في القانونين التونسي والجزائري هل هو مطلب داخلي أم التزام خارجي؟"، مجلة أبحاث قانونية"، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2016، ص 54.

2 – حيث ينص الشطر الثاني من الفقرة 01 من المادة 07 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنّه: "...، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

3 – لقد تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية في موضوع تحديد سنّ الزواج، ففي سوريا حدّد سّن الفتى بتمام 18 سنة والفتاة بـ 17 سنة، في الأردن حدّد سنّ الفتى بتمام 16 سنة والفتاة بتمام 15 سنة، في الإمارات المتحدة حدّد بـ 18 عامًا للفتى وبـ 16 سنة للفتاة، تونس وليبيا حدّد بـ 20 سنة لكلا من الفتاة والفتى، في العراق حدّد بـ 18 سنة للفتى و15 سنة للفتاة، في مصر والمغرب حدّد بـ 18 سنة لكليهما، نقلاً عن: علي جداي، "السن=

المبدأ والاستثناء تنفيذا لمبدأ المساواة كمبدأ دستوري والتزام دولي نصت عليه اتفاقيات حقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقية سيداو بصفة خاصة، وهو ما أكدت عليه الجزائر من خلال تقريرها الذي جاء فيه: "وقد حددت السن القانونية لتوفير القدرة على عقد الزواج 19 سنةً كاملةً، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لصون حقوق الشخص المعني، ولاسيما المرأة الذي يمكنه هكذا أن يبدي موافقته عن درايةٍ..."[1].

بهذا تتناسق نصوص تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم ونصوص القانون المدني من حيث توحيد سن 19 سنة كأهليةٍ للزواج لكلا الجنسين[2]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كرس مبدأ المساواة بين الجنسين الذي تطالب به اتفاقية سيداو في هذه المسألة.

إلا أنه ما يعاب على تقنين الأسرة أنه لم يحدد السن الأدنى لمنح الإذن للزواج، حيث أعطى المشرع سلطة تقديرية مطلقة للقاضي بشأن الترخيص بالزواج دون السن المحددة في تقنين الأسرة، وهذا الأمر يمكن أن يخلق حالة زواج الصغار[3]، خاصةً وأن المادة 222 من

=القانوني للزواج: دراسة مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد 16، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2013، ص 168.

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص 18.

2 – جاء في بيان أسباب التّعديل: "توحيد سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى وتحديده ببلوغ 19 سنةً تطابقًا مع سنّ الرّشد المدني". كما جاء في تقرير لجنة الشؤون القانونية والإدارية لمجلس الأمّة: "... هناك تضارب كبير وفوضى في التشريع الجزائري فيما يتعلق بتحديد سن الرشد وأهلية الزواج وأهلية التقاضي وسن البلوغ ففي القانون المدني هي 19 سنةً، وفي قانون الجنسية قبل التعديل هي 21 سنةً وفي قانون الأسرة السابق هي 21 سنة للذكر و18 سنة للأنثى وفي القوانين الجزائية 18 سنة وفي قانون العمل وقضايا الإرهاب هي 16 سنةً. إنّ الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد سن الرشد بين جميع هذه القوانين استنادًا إلى أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر... ومن ثم فأن تحديد سن أهلية الزواج بـ 19 سنةً كاملة في هذا الأمر جاء منسجمًا تمامًا وموفقًا مع هذه الاتفاقية ومع أحكام القانون المدني الجزائري، ومكرسًا لمبدأ المساواة بين الجنسين، انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، رقم: 2005/146، مؤرخة في 28 مارس 2005.

3 – إن النظرة التقليدية التي ترى في زواج الفتاة المبكر ضرورةً لابّد منها مرتبطة بقناعةٍ لدى البعض مفادها أن الزواج المبكر للفتاة هو الأكثر ضمانًا للعفة، من دون الاكتراث لأبعاد وتأثيرات تلك العلاقات الإنسانية غير المتكافئة، فضلاً عن المخاطر النّاجمة عن الزواج في مثل هذا العمر على الفتاة ذاتها من مختلف النواحي الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والصحية، والتي تؤثر بطبيعة الحال على سير حركة التنمية الاجتماعية، خصوصًا وأن المرأة تمثل نصف المجتمع وتشكل عنصرًا فعالا في التنمية الشاملة للمجتمع كونها من الموارد البشرية المهمة التي يعتمد عليها في إنجاح أيّة خطةٍ تنمويةٍ، انظر: فوزي خميس، أرليت تابت، ... وآخرون، الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر، دراسة قانونية، الهيئة الوطنية لشؤون المرأة اللّبنانية، الجامعة اللبنانية الأمريكية، معهد الدراسات النسائية في العالم العربي، لبنان، 2014.

تقنين الأسرة تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز ذلك[1]، وأن أيضا لم ينص تقنين الأسرة على جزاء مخالفة شرط السن الوارد في نص المادة 07 السالف ذكرها وكأن نص هذه المادة أفرغت من محتواها، وهنا يثور التساؤل عن جدوى هذا التحديد إذا خالفه الأشخاص دونما جزاء يطبق على مخالفي هذه المادة، خاصة وأنه بإمكان إبرام الزواج قبل ذلك ثم تسجيله طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة. وبالتالي فقد تضمنت المادة 07 من قانون الأسرة المعدل نهيا بدون جزاء وانعدام الجزاء يفتح الباب واسعا لانتشار الزواج العرفي بصفة عامة وانتشار زواج القاصرات بصفة خاصة 07[2]، وهذا ما يخالف نص المادة 16 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو.

وفي هذا الموضوع لقد قضت لجنة حقوق الطفل بأن التطور الجسماني للطفل لا يعني نضجه وقدرته على تحمل تبعات عقد الزواج، وخصوصًا عندما لم يكتمل بعد النمو الاجتماعي والعقلي، وعليه يمكن اعتبار فكرة أن الطفل قادر على الزواج عندما يصل لسن النضج غير صحيحة، فلا بد من وضع حد أدنى للسن الذي يحظر إصدار رخصة زواج من طفل[3].

ب – تقييد حرية إرادة المرأة في عقد الزواج بمانع الإسلام

تحظى حرية العبادة والمعتقد بدرجة القاعدة الملزمة في حقوق الإنسان الكونية بالنظر إلى كونها خاصّية ملازمة للكائن البشري، لذا يمنع كل تمييز ناتجٍ عن اللون أو الجنس أو الرأي أو المعتقدات، وهذا ما تضمنه الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد[4]. لقد ركزت جل الاتفاقيات الدولية على مبدأ المساواة بين الجنسين

---

1 – الجدير بالذكر فإن الفقه الإسلامي ربط أهلية الزواج بظهور علامات البلوغ من غير تحديدٍ لسن معينٍ متفق عليه، والمعروف أن قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وفي التعديل الجديد أبقى المشرع على الشريعة الإسلامية كمصدر أول لأحكام قانون الأسرة، ولكنه أخذ بما يعرف بالتلفيق الحسن الذي يعني الأخذ من جميع المذاهب بما يناسب المجتمع ومراعيا للالتزامات الدولية للجزائر انظر: وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2019، ص 57.

2 – وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2019، ص 66.

3 – مؤسسة من أجل المساواة بدعم من سفارة كندا بالجزائر، مرافعة ضد زواج الأطفال في الجزائر 2016، ص 22، متوفر على الموقع التالي: https://www.ciddef-dz.com .

4 – تؤكد المادة 03 من الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدّين أو المعتقد على أنّ يشكل التّمييز بين البشر على أساس الدين أو المعتقد إهانة للكرامة الإنسانية وإنكارا لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة، ويجب أن يشجب بوصفه انتهاكًا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي نادى بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والواردة بالتفصيل في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، وبوصفه عقبة في وجه قيام علاقات ودّية وسلمية بين الأمم.
اعتمد ونشر هذا الإعلان بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 36/55، لتاريخ 25 نوفمبر 1981.

وعدم التمييز بينهما فيما يتعلق بالتمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، سواء كان هذا التمييز بسبب الجنس أو اللون، أو العرق أو الدين، وحتى المبادئ الدستورية تضمن حرية المعتقد وحرية أداء الشعائر الدّينية وعدم التّمييز بين الرجل والمرأة على أساس الدين[1].

ولم يعد للدين في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الداخلي، ولا يعتد في هذه الدول بالفوارق الدينية بين الأفراد التي يقررها قانون أجنبي وعلى الخصوص من حيث الحياة الخاصة. وعلى ذلك اختلاف الدين بين الزوجين لم يكن بمانع من موانع الزواج في الدول الأجنبية، فللمرأة كامل الحرية في أن تختار شريك حياتها دون أية قيود دينية.

غير أن الأمر على خلاف ذلك في قوانين بعض الدول والتي من بينها القانون الجزائري، فيحتل الدين مكانة هامة في مسائل الأحوال الشخصية ولاسيما مسائل الزواج، إذ أن اشتراط رضا المرأة كركن للزواج لم يأت مطلقًا بل قُيّد بما ورد في المادة 31 من تقنين الأسرة لسنة 1984[2] التي لا تسمح بزواج المسلمة بغير المسلم، وهذا قبل التعديل.

بينما يبدو أن هناك إشكال في التعديل الأخير لتقنين الأسرة الجزائري لعام 2005 السابق ذكره، الذي جعل زواج المسلمة بغير المسلم من المحرمات تحريمًا مؤقتًا من خلال المادة 30 منه التي تنص على أنّه: " ***يحرم من النساء مؤقتًا... زواج المسلمة بغير المسلم***"، ثم يحكم على هذا الزواج مثل باقي المحرمات مؤقتًا الأخرى بالفسخ، وهذا يعني بأنّه يعتبره زواجا فاسدا وليس باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 34 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم التي جاء فيها: " ***كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء*** ".

كان على المشرع الجزائري الحكم ببطلان زواج المسلمة بغير المسلم بدلاً من جعله فاسدًا فحسب، حيث ترتيب مثل هذه الآثار على زواجٍ باطلٍ شديد الخطورة ويخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي جعلت زواج المسلمة من غير المسلم محرم، وهذا التحريم مبني على الآية 221 من سورة البقرة لقوله تعالى: "**وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللّهُ يَدْعُوَ إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ**".

---

1 – مثال ذلك: تنص المادة 42 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، على عدم المساس بحرمة حرية المعتقد وتضمن حرية ممارسة العبادة في ظل احترام القانون.

2 – تنص المادة 31 الفقرة 01 من تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005 على أنه: "لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلمٍ".

ولعل السبب في وضعه هو مراعاة لأحكام القانون الدولي الخاص عند تنازع القوانين، لكن آثاره وخطورته على مستوى الأنساب لا تخفى على أحدٍ، وبالتالي لا وزن لذلك المبرّر[1].

ويفهم من نص هذه المادة أن إذا كانت المرأة غير مسلمةٍ تستطيع الزواج بغير مسلمٍ وحتى بمسلم، وفي هذه النقطة لم يمتثل المشرع الجزائري لكل ما جاء في الشريعة الإسلامية التي استمد منها أحكام تقنين الأسرة، وذلك عندما سمح للرجال بالزواج بغير المسلمات، ولم يشر إلى أنّه على الرجال اختيار أزواجهم من النساء اللواتي يدن بدينٍ سماويٍّ أي من أهل الكتاب[2] عملاً بقوله تعالى:

– "**وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ**"[3]،

– وقوله تعالى: "**وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ**"[4].

– وقوله تعالى: "**الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَن يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ**"[5].

يمكن اعتبار نص المادة 30 الفقرة 05 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم لا تتعارض مع نص المادة 16 من اتفاقية سيداو فحسب، بل تميز بين المواطنين الجزائريين المسلمين وغير المسلمين، وتكون بذلك مخالفة لشتى اتفاقيات حقوق الإنسان التي لا تجيز إقامة التمييز على أساس الجنس أو الدين، وهو ما اعتبره البعض أن هذه المادة تجسد فكرة التّمييز بين الرجل والمرأة.

---

1 – غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 22، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عشور، الجلفة، الجزائر، 2016، ص 190.

2 – الأصل جواز نكاح المسلم للكتابية وأهل الكتاب هم اليهود والنصارى فيجوز الزواج منها بالشروط المعتبرة شرعًا، ولكن لا يحل له أن ينكح المجوسية ولا الوثنية أو ما يشبههم.

3 – سورة البقرة، الآية 222.

4 – سورة الممتحنة، الآية 10، المراد من هذه الفقرة هو النهي عن الإبقاء على الزوجية التي بين الرجل إذا أسلم وبين الكافرة إذا بقيتْ على كفرها.

فمورد الآية المباركة هو ما لو أسلم رجل وكانت في عصمته امرأةٌ كافرة أَبتْ عليه أن تُسلم فالآية تنهى مثلَ هذا الرجل عن الإمساك بالعصمة التي بينه وبينها أي أنها تنهاه عن الإبقاء على الزوجية التي بينه وبينها. فمعنى الإمساك هو الإبقاء ومعنى العصمة هي عقد النكاح المنتج للزوجية، انظر: ترجمة معاني القرآن الكريم باللّغات المختلفة، موقع المصحف، http://www.e-quran.com/kurtoby/kur-s60.html

5 – سورة المائدة، الآية 05.

ولهذا هناك من يرى أن احترام الدستور يقتضي حذف مانع الدين في الزواج من التشريع الداخلي باعتبار أنّ هذه القاعدة تخالف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور، كما أن عبارة "الإسلام دين الدولة" الواردة في نصّ المادة 02 من الدستور الجزائري لسنة 2016 المعدل والمتمم يمكن أن تعني أنّ الإسلام دين الأغلبية المسلمة، لكنها لا تعني أنّ الإسلام هو الدين الوحيد لأن هذا ينفي وجود غير المسلمين، ولأن تطبيق قواعد الدين الإسلامي على الجميع ومن ضمنها قاعدة مانع الدّين في الزواج، يعتبر تعسفًا ومن باب الظلم ويتنافى مع مبدأي المساواة والحرية في ممارسة الشعائر الدينية المنصّوص عليهما دستوريًا.

وبخلاف هذا التصور، هناك تصور آخر يرى أن لا تعارض بين الدستور والاتفاقيات الدولية ولا مجال للتخلي عن قاعدةٍ شرعيةٍ ثابتةٍ، فيقول الأستاذ "الهادي كرو" أنه: "قاعدة الإسلام دين الدولة لها قوة إلزامية خصوصًا وأنّ الدستور يأتي في مرتبةٍ أعلى من درجات القوانين الأساسية التي تخضع إليها كل دولة منظمة سياسيًا واجتماعيًا واقتصاديًا، وأنّ رتبة مصدر القاعدة التي تمنع زواج المسلمة بغير مسلمٍ وزواج مسلم بغير كتابيةٍ لا تقل عن رتبة الدستور باعتبار أنّ مصدر هذه القاعدة هو الإسلام، كما أن عبارة "الإسلام دين الدولة" تفيد أيضًا وبصفةٍ ضمنيةٍ ضرورة تطبيق قواعد الدين الإسلامي ومن ثم منع زواج المسلمة بغير المسلم، وأن أحكام زواج المسلمة بغير المسلم قد دلت عليها بصفة ضمنية مبادئ احتواها الدستور ولم يبق مجال لمقارنتها من حيث الرتبة التشريعية إلا بالقواعد الدستورية، لأنّ مصدر هذه الأحكام هو الإسلام، والإسلام ليس هو الدين فقط وإنما هو دين وشريعة"[1].

وإذا بحثنا عن خلفيات وضع نص المادة 30 من قانون الأسرة المستوحى من مبادئ الشريعة الإسلامية نجد أساس منع زواج المسلمة من غير المسلم، كون أن الإسلام يخشى من تأثير غير المسلم على المسلمة، كأن يدفعها إلى التخلي عن دينها، وكما أن الرجل هو الذي يمنح النّسب في القانون الجزائري، فإن هذه المادة قررت للحفاظ على نسب المسلم[2].

على كل حال، فالمشرع الجزائري وضع نص المادة 30 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم المستوحاة من الشريعة الإسلامية وفيه يمنع مؤقتا زواج المسلمة بغير مسلم، ولكن كان عليه

1 – نقلاً عن: خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة – دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 235.

2 – تنص المادة 41 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنّه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيًا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة".

أيضا أن يضع نصًا آخر يشر فيه إلى أنه على الرجال اختيار أزواجهم من النساء اللواتي يدن بدينٍ سماويٍّ، أي من أهل الكتاب، ليمتثل على الأقل لما جاء في الشريعة الإسلامية في هذه المسألة التي استمد منها أحكامه، وإن كان هذا النص يتعارض مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة عند الزواج الذي تدعو إليه كل الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بما فيها اتفاقية سيداو.

ثانيا – شرط الولي وأثره على حرية إرادة المرأة في الزواج:

عرف الفقهاء "الولي" على أنّه: "القريب الذي ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه كالمرأة والصغير والمجنون"[1]، أو هو "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب، أو إيصاء أو كفالة، أو سلطنة"[2].

لقد جعلت المادة 09[3] من تقنين الأسرة قبل تعديله سنة 2005 من الولي ركنًا أساسيًا لإتمام عقد الزواج، حيث أن اشتراط رضا المرأة في عقد الزواج مرتبط بوجود الولي، غير أن هذا يتنافى مع أحكام تحديد سن الأهلية، فوجود الولي إجباريًا كركنٍ في إبرام عقد الزواج يعدم ضرورة وجود أهلية المرأة من جهةٍ، ويؤثر على حرية المرأة وعلى القيمة القانونية للرضاء كتعبيرٍ عن الإرادة من جهةٍ أخرى، إذ كيف يمكننا أن نسمح بوجود وضعيةٍ ينظم فيها بعدان قانونيان حياة المرأة الجزائرية التي تتمتع بالحق في الترشح للانتخابات الرئاسية، وبالتالي الحق في الترشح لرئاسة بلدها المنصوص عليه دستوريًا والمعترف به لصالح المرأة الجزائرية، والحق في أن تكون الولي في الزواج للشخص الذي لا يملك وليًا، بصفتها قاضيةً، بينما تحتاج هي إلى وليٍّ عند زواجها، ويبقى حقّها في عيش حياتها الشخصية والعائلية، وممارسة السلطة الأبوية مسلوبًا منها بكل بساطةٍ[4].

ولقد ذهب الاجتهاد القضائي في هذا المجال إلى حد عدم قبول دعوى التطليق المقدم من الزوجة قبل دخولها إلا بإذن وليها، وهذا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 1987[5].

---

1 – رمضان علي السيد الشربناصي، جابر الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلام والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 321.

2 – جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب لطباعة والنشر، الجزائر، (د.س.ن)، ص 134.

3 – التي تنص على أنه: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

4 – بثينة شريط، "المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في دول المغرب العربي: النموذج الجزائري"، مرجع سابق، ص 49.

5 – جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "وحيث أن الزوجة طلبت بنفسها تطليقها والحال أنها لا زالت تحت ولاية من زوجها، الذي له سلطة الإجبار عليها، فالدخول الذي يكون لها المطالبة شخصياً بالتطليق لم يثبت، وقبول دعواها=

تدارك المشرع الجزائري الأمر نسبيًا بوضع مجموعةٍ من القيود والضوابط التي لا يستطيع الولي تجاوزها من خلال نصه على منع الإجبار في تزويج البنت، ومنع الاعتراض على الزواج من خلال المادتين 12[1] و13[2] من التقنين المذكور أعلاه (تقنين الأسرة قبل تعديله).

أبعد من ذلك، نجد أن المادة 12 من التقنين ذاته تعطي للمرأة إمكانية اللجوء إلى القاضي ليأذن لها بالزواج في حالة ما إذا منعها وليها، فمن هذه الناحية يمكن اعتبار الولي مجرد وكيلٍ مفوّضٍ من طرف المرأة بإبلاغ من يتقدم للزواج منها بقبولها أو رفضها.

غير أنه ما ورد في المذكرة التوضيحية لقانون الأسرة يثير كثيرًا من الانتقادات لأنه مس مكانة المرأة وكرامتها، إذ وردت كما يلي: "... الترتيبات الخاصة بمختلف أشكال الوصاية تمثل وجهًا من وجوه العناية المعطاة من التشريع لحماية العاجزين الناتجة عن إحدى أسباب الضياع ونقص القدرة، وكذلك للمصلحة بالنسبة للذين لا يتحملون الضرر"، وفي الحقيقة يعتبر هذا التفسير بعيد كل البعد عن ما شُرّعت من أجله الولاية وليس على اعتبار أن المرأة قاصرةً أو عاجزةً عن اتخاذ القرارات المتعلقة بحياتها الشخصية.

كما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية التي استمدت نصوص تقنين الأسرة الجزائري منها في مدى وجوب نظام الولاية، فهناك من اعتبر أن عقد النكاح هو بيد الولي لا بيد المرأة، وهناك من اعتبر أن عقد النكاح ليس بيد الولي بل بيد المرأة[3].

وعليه، عمل المشرع الجزائري على تعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة للولاية بموجب الأمر رقم 05-02 السالف ذكره وذلك لاعتباراتٍ عدةٍ. إذ أكد على رضائية عقد الزواج كسائر العقود الأخرى، بمعنى لا يجوز لأيٍّ كان أن يتدخل في اختيار المرأة وبالأخص تدخل الولي أبًا كان أو غيره. يجعل المرأة هي صاحبة القرار في زواجها، والأكثر

=وتطليقها يتعارض مع سلطة الإجبار التي جعلها المشرع بيد الوالي للجبر المسئول عن إتمام الزواج بخبرته، أو تحمل نتائج عدم إتمامه"، انظر: المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 03، 1992، ص 72.

1 – التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فالقاضي 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".

2 – التي تنص على أنّه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

3 – نقلاً عن: أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 216.

من ذلك فإنه يمنح لها سلطة تزويجها لنفسها، أي تولي عقد قرانها بدون موافقة وليّها أو حتى حضوره.

إذ تم تعديل المادة 11 من تقنين الأسرة الجزائري، التي أصبحت تنص على أنّه: " ***تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له***"، كما ألغيت المادة 12[1] من التقنين ذاته، وعُدِّلت المادة 13 منه كما يلي: "**لا يجوز للولي أبًا كان أو غيره أن يجبر القاصرة[2] التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها**".

فبخصوص زواج القصر يتبين من مضمون هذه المادة – المادة 13 المعدلة – أن المشرع لم ينظم ولاية الإجبار وفق أحكام الفقه الإسلامي من حيث الاستبداد، طالما أنه تقرر فيها بمنع الولي صراحة عن تزويج من في ولايته جبرا، أو تزويجه دون موافقته، إذن فالولاية هنا ولاية شراكة وليست ولاية استبداد كما يراها جمهور الفقهاء[3].

كما حصر الولاية في الأب فالأقربين مستعملا أداة العطف "ف" التي تفيد الترتيب، بخلاف ما ورد في زواج الراشدة، ثم أشار إلى من يلي الأب بعبارة "الأقارب الأولين" دون تعيينهم أهم الأصول ثم الفروع أم العصبة أم الأقربون بحسب ترتيب الميراث؟ وهل تعد الأم أيضا من الأقربين؟[4].

ولقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "القُصّر" في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة لتشمل الذكور والإناث، دون وضع حدّ أدنى لسن زواج القُصر، أهو سن التمييز

---

1 – انظر: نص المادة 12 من تقنين الأسرة الملغاة بتعديل سنة 2005.

2 – إن القاصرة في مفهوم القانون هي المرأة التي لم تبلغ 19 سنةً، بمعنى أنها قاصرةً حتّى وإن كانت عاقلة بالغة وتجاوزت 15 سنة. أما في مفهوم الفقه الإسلامي فالقاصرة هي التي لم تصل سن البلوغ أي دون 15 سنةً عند جمهور الفقهاء، ولهذا الخلاف في تحديد هذه السن أثاره الخطيرة في مجال تحمّل التبعات والمسؤوليات والالتزامات.

3 – أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص88 و89.

4 – يلاحظ أن القانون الفرنسي قضى باقتران رضا الأب والأم معا في تزويج صغيرهما كما أخذ بذلك القانون التونسي في فصله السادس بما نص "زواج القاصر يتوقف عل موافقة الولي والأم " وقد يكون الولي أبا أو جدا أو عصبة ومهما تتابع الأقارب على الولاية فإن الأم تبق في نظر هذا القانون محتفظة بمركزها في ولاية الزواج، نقلاً عن: المرجع السابق، ص 65.

المحدد بـ 13 سنة وفقا للمادة 43 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم، أم أدنى من ذلك، أم يعتد بسن البلوغ[1].

أضف إلى كل ما أشير إليه يعد ترتيب الأولياء الإشكالية الكبرى في موضوع الولاية في تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم مع ما يعتريه من الغموض، إذ بينت المادة 11 المعدلة من التقنين ذاته بدايةً بأن الأب هو الولي الأصلي للمرأة، فإن توفي أو غاب غيبةً تؤثر في مصلحة المرأة في أمر زواجها تنتقل الولاية إلى الأقربين بنص القانون والفقه، إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح من هؤلاء الأقربون، وترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد القريب المناسب الذي تعطى له ولاية تزويج المرأة.

أما بالنسبة لزواج المرأة الراشدة فلقد استخدم المشرع الجزائري في ترتيب الأولياء أداة "أو" التي تفيد الاختيار لا الترتيب، وبالتالي يمكن الانتقال حسب نص المادة من الأب إلى غيره من الرتب الدنيا دون أن يُحدث ذلك تعارضا مع نص المادة، وأضافت المادة أن بعد الأب والأقربين عبارة "أي شخصٍ آخر تختاره" والتي تفيد بأنه يجوز لها أن تختار شخصًا غريبًا لأسبابٍ معينةٍ.

هذا ما ترجمه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 فيفري 2007، جاء فيه: "الزواج العرفي يكون... ولا يشترط أن يكون الولي محصورًا في الأب فقط"[2].

لقد عللت المحكمة في أحد حيثيات القرار بأن الولي الذي أشرف على زواج الطاعنة هو عمها واعتبرته مقبول شرعًا وقانونًا لأنه من المقربين وهو عاقل وبالغ ومكلف، ولكون ولاية الأب لا تعد ركنًا من أركان الزواج.

لا يوجد لموقف المشرع الجزائري حول الولي مثيل له لا في الفقه الإسلامي ولا في التشريعات العربية كلها[3]، إذ استجاب النص المستحدث بموجب التعديل سنة 2005 نسبيًا

---

1 – إن من الأرجح أن الاعتداد بالبلوغ هو الأصح طالما أن قاضي شؤون الأسرة حال الترخيص بالزواج يطالب بشهادة طبية للقاصرة تثبت القدرة على ممارسة الحياة الزوجية، نقلاً عن: فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، ص 60.

2 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 14 فيفري 2007، ملف رقم 381880، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2007، ص 483.

3 – يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ في هذه المسألة برأي بعض الحنفية، وبه أخذت بعض التشريعات العربية كالمملكة المغربية ومصر. غير أن المشّرع في المملكة المغربية يجعل العقد بيد المرأة الرّاشدة أو تفوضه لأبيها أو أحد أقاربها، أمّا المشرع الجزائري فتعدى الوليُ حتى ما دون أقاربها، يعني أن أيّ شخصٍ آخر ولو كان أجنبيًا يمكن=

لمطلب الإلغاء، وفي محاولة تأصيل هذا الموقف استرشد بالمذهب الحنفي، وهو غير ما قُرر في ذلك النص، إذ أن الحنفية وإن كانوا يجيزون للمرأة الراشدة العاقلة أن تنفرد بعقد زواجها ولم يشاطرها في ذلك وليها، إلا أنهم يمنحوا لهذا الأخير حق الاعتراض ومن ثمّ طلب فسخ العقد إذا لم يكن المتعاقد معها غير كفؤ[1].

تبين لنا من خلال ما أشير إليه أعلاه أن موقف المشرع الجزائري من اشتراط الولي موقفًا غامضًا، فلا هو قرر إلغاؤه صراحةً، ولا هو قرر اشتراطه صراحةً، ممّا يدل التعرض لضغوطٍ متزايدةٍ في هذا المجال ومن جهاتٍ مختلفةٍ، فالحرف "أو" الذي تم ذكره في نصّ المادة والذي يفيد التّخيير ما قد يدفع بالمرأة إلى الاستغناء عن أبوها كولي، وتعمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد زواجها إلى شخصٍ أجنبيٍّ عنها، هو أمرٌ مستهجن لا يتوافق مع الأعراف السّائدة في مجتمعنا، ويلاحظ أن تغير موقع الولي في التعديل لم يكن ليحقق التناسق في النصوص القانونية أو الاسترشاد ببعض المذاهب الفقهية إلى جانب الفقه المالكي، بقدر ما كان يرمي إلى تحقيق حرية المرأة في اختيار الشريك على غرار حريتها في إبرام أي تصرف قانوني آخر.

زيادة على ذلك فإن المشرع لم يرتب بطلان العقد في حالة تخلف الولي بل رتب الفسخ قبل الدخول والتثبيت بعد الدخول، في حين رتب البطلان في حالة تخلف ركن الرضا، وهذا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة المعدلة وهنا لا معنى لفسخ عقد بسبب غياب الولي الذي لا يجبر على الزواج ولا يمنع منه، فالولي هو من يقوم مقام المتولي عليه على نفسه

=أن يعقد. وقيد القانون المصري زواج البالغة الرّاشدة بزواجها بمهر المثل وكون الزوج كفؤاً، انظر: سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2015، ص 103.

1 – موقف الحنفية تبناه قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 منه ما يلي: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإنّ كان الزوج كفئ لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النّكاح"، نقلاً عن: حميدو زكية تشوار، "بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05–02 المعدل لقانون الأسرة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011، ص 79.

لقد أخذ الاجتهاد القضائي لمحكمة العليا بقول الحنفية حيث قضت المحكمة يوم 23 جانفي2001، ملف رقم 253366، بأنّه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"، انظر: المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2002، ص 440.

وعلى ماله، فالمشرع أعطاه نوع من الاعتبار قبل الدخول إذا رتب عليه الفسخ و لكنه تراجع عن ذلك بقبول تثبيته بعد الدخول[1].

ويمكن القول أن التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على المادة 11 من تقنين الأسرة الجزائري يعتبر من بين التعديلات التي أراد المشرع الجزائري بموجبها تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين تطبيقًا متماشيًا مع ما جاءت به اتفاقيّة سيداو ولكن بطريقةٍ انفرد بها.

يظهر من خلال النصوص المعدلة والنصوص الملغاة من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، نية المشرع الجزائري في تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين والتوفيق بين هذه النصوص وبين أحكام المادتين 02 و16 من اتفاقية سيداو.

ومع ذلك تعرضت الجزائر إلى انتقاد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في ردها على التقرير الثالث والرابع للجزائر على عدم الإلغاء الكليّ لشرط الولي.

إذ أنه على الرغم من أن المشرع الجزائري جعل رضا الزوجين عنصرًا أساسيًا في إبرام عقد الزواج، بالسماح للمرأة الراشدة أن تبرم عقد زواجها، غير أن حضور الولي يبقى شرطًا لصحة الزواج، وهو ما يحد بشكلٍ واضحٍ من الأهلية القانونية. وهذا يعد مناقضًا لأحكام المادة 40 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم، التي تحدد الأهلية القانونية بسن 19 سنةً بالنسبة للرجل والمرأة اللذين يحق لهما التمتع بحقوقهما المدنية ابتداءً من هذا السن.

وهناك من يرى أن مجرد الإبقاء على شرط الولي ولو بصفة رمزية يؤكد أن المجتمع لا يزال ذكوريًا والمرأة تابعةً وخاضعةً للرجل. وهو ما يتعارض مع نص المادة 05/أ من اتفاقية سيداو التي تحث الدول على اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، والقضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة[2].

ولقد سبق وأن عبرت الجزائر في تقريرها الدوري الأول المقدم للجنة القضاء على

1 – وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 41.

2 – نقلاً عن: خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة – دراسة مقارنة –، مرجع سابق، ص 214.

التمييز ضد المرأة في خصوص هذه النقطة، على أنه الفرض العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتّطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون، ويدفع إلى عدم الثقة التي تسفر عن النزاع بين المشرع والمواطن، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي.

لهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحوٍ تدريجيٍّ، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية[1].

غير أنّ الحقيقة الرضا الكامل للمرأة لا تزعزعه الولاية ولا اللجوء إلى القضاء لإبرام العقد، بل كل من الولي والقاضي ملزمان بتكريس إرادتها والامتثال لها دون تأخيرٍ متى وجدت رجلاً تعتبره كفئًا لها ليشاركها حياتها، وهو ما يتفق مع روح الإسلام والعدل والوصية بالنّساء[2] كما أوصى بها النبي صلى الله عليه وسلم: "**استَوْصُوا بالنِّسَاءِ خَيْرًا**".

ثالثاً – الخلاف حول اشتراط الصداق في عقد الزواج:

يقع على عاتق الزوج تقديم الصداق لزوجته مصداقًا لقوله تعالى: "**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**"[3]، فبالتالي لا زواج بدون صداق[4]، وهذا باتفاق الفقهاء لكنهم اختلفوا حول التكييف الشرعي والقانوني له.

لقد نظم المشرع الجزائري الصداق وضبط أحكامه في المواد 14 إلى 17 والفقرة 02 من المادة 33 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم، إذ عرّفه في المادة 14 بأنه: "***الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء***".

---

1 – تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأورومتوسطية، الاتحاد الأوروبي، (2008–2011)، ص 10.

2 – أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، ص 216.

3 – سورة النساء، الآية 04.

4 – وسبب تسميته بذلك أنه دليل على صدق الرجل في طلب المرأة للزواج، إذ يبذل في سبيل الزواج منها أكثر ما يحرص عليه المرء عادة وهو المال، ففي شرعة المهر إظهارٌ لخطر عقد الزواج ومكانته وإعزاز وتكريم للمرأة.

فيتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي الأحناف باعتبار الصداق نحلة وهدية من الزوج للزوجة[1].

ويلاحظ أن نص هذه المادة يتسم بالغموض "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة"، فلفظ نحلة لفظ له معان كثيرة، لذلك ينبغي حذف هذا اللفظ حتى يستقيم المعنى.

كما نص المشرع على تسمية الصداق أثناء العقد في المادة 15 والتي تنص على أنه: "***يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل***"، وحددت المادة 16 من التقنين ذاته، حالات استحقاق الزوجة للصداق وهي: الدخول بها، وفي حالة وفاة زوجها، كما تستحق نصف الصداق عند طلاقها قبل الدخول، أما المادة 17 منه فتتعلق بمسألة النزاع في الصداق، الذي يثور بين الزوجين، أو ورثتهما، فتدعي الزوجة حقها الكامل فيه، ويدعي الزوج براءة ذمته لسبب من الأسباب، ومنه يثور مشكل الإثبات، فيكون قبل أو بعد الدخول.

إن الصداق حق خالص للزوجة في الإسلام تتصرف فيه كما تشاء، ويؤدي إلى إثراء ذمتها المالية سواء استحقته كاملا أو استحقت نصفه، ويبقى دينا في ذمة الزوج إلى أن يفي به ممّا يخولها الحق في عدم الانتقال إلى بيت الزوجية أو الامتناع عن تسليم نفسها له لحين استيفاء صداقها[2].

وفي بعض المجتمعات الشرقية الآسيوية والغربية تدفع المرأة مهرًا للرجل مقابل زواجه منها، يدفعه أهلها كأن الزوج تفضل على المرأة بموافقته على الزواج منها، لا العكس. وهذا حط من كرامة المرأة واستخفاف بمنزلتها.

هذا ما جعل بعض المتوهمين أن الصداق في الإسلام من مظاهر امتهان المرأة وظلمها، زاعمين أنه ثمن لشرائها واقتنائها، أو أنه مقابل الاستمتاع الجنسي بها وقضاء

---

1 – يرى الحنفية بأن شرعية الصداق ليست من قبيل المعاوضة، وإنما شرع إبانه لشرف المحل. ويعني بذلك أن الله سبحانه وتعالى جعل لهذا العقد أهمي بالغة، وعناية خاصة فلم يرض أن يتم هذا العقد مجانا. وعلى ذلك يعتبر الصداق هدية من الزوج لزوجته لدلالة على مودته ومحبته لها، وهي في المقابل ذلك تقدم إخلاصها والسهر على راحته، انظر: عمر سدي، "الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، جامعة تمنغست، 2019، ص 58.

2 – عمر سدي، "الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق"، المرجع السابق، ص 60.

الشهوة. ويرمون من وراء ذلك إلى الطعن في أحكام الأسرة في الإسلام[1].

كما جاء في اتفاقية سيداو، حيث من تفسير نصوصها نجد أنه بتكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين، فإنها تهدف بذلك إلى تجاهل ما فرض على الزوج من تقديم للصداق، وهو ما يفهم من المادة 16 سالفة الذكر، وكذا ما جاء في التوصية العامة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بقولها: "بعض الدول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل... وعبارة الدفع أو التفضيل تشير إلى بعض معاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته للعروس أو أسرتها نقودًا أو سلعًا أو ماشية... ولا ينبغي في أي حال من الأحوال أن يكون ذلك شرطًا لصحة الزواج، ولا ينبغي للدولة أن تعترف بمثل هذه الاتفاقات بوصفها قابلة للإنفاذ"[2].

كما اعتبرت لجنة سيداو في دورتها رقم 49 لسنة 1994، أن الزواج القائم على أساس دفع المهر إلى الزوجة يصور المرأة أنها سلعة تباع مما يؤثر على حقها في إنشاء عقد الزواج بحرية كاملة[3].

إن الحكمة من وجوب الصداق لإظهار خطر عقد الزواج ومكانته، وإعزاز المرأة وإكرامها، وهو دليل على أن للمرأة مكانة عالية عند الرجل تستحق أن يضحي من أجلها بالمال الذي كد واجتهد في جمعه وتحصيله والحفاظ عليه، والصداق – كذلك – دليل على الرغبة في بناء حياة زوجية كريمة مع الزوجة، وإبداءً لحسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف، وفيه تمكين للمرأة في التهيؤ للزواج ومساعدته لها في التجهيز للعرس. إذن الصداق تكريم للمرأة، وتقديس للحياة الزوجية، ولا يمكن أن يعتقد عاقل أن الإسلام وضعه ثمنا للمرأة وشرطا لتملكها[4].

يقول أحد الباحثين في هذا الموضوع: "لا تمنع المرأة – في أوروبا – فقط من التصرف في أمورها الاقتصادية، بل عليها بحكم العرف، والعرف قانون، أن تؤسس لخطيبها بيت

---

1 – عبد العظيم أبو زيد، "أوضاع المرأة المالية والاقتصادية في الإسلام"، مقال منشور في مجلة:
Journal of Muslim Unity, Vol. 7, MPRA, Germany, 2016, p 14.

2 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، فقرة 18.

3 – تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 49، وثيقة الأمم المتحدة رقم: DOCA/49/38/1994

4 – دعوى أن المهر في الإسلام ثمن لشراء المرأة والاستمتاع بها، بيان الإسلام للرد على شبهات حول الإسلام، على الموقع التالي: http://www.bayanelislam.net تاريخ الإطلاع: 24 مارس 2017.

الأسرة المقبلة التي ستتكون منها مبدئيا. ولهذا لا يفهم الأوربي المادي ما فرضه الإسلام على الرجل من صداق لزوجته، ويحاول أن يصور المرأة المسلمة بالسلعة القابلة للبيع والشراء، ولا يستحي حتى فيما يسميه أبحاثا علمية، أو فيما تطلع به الجرائد اليومية على الرأي العام، من تسمية المهر في الإسلام ثمن شراء"[1].

الفرع الثاني

التباين في مسألة حق الرجل في تعدد الزوجات

لقد شرع الله تعدد الزوجات في الإسلام وأباحه وضبطه بشروطٍ بعدما كان على إطلاقه دون قيدٍ عند العرب. فتعدد الزوجات هو أن يجمع الرجل في عصمته عددًا معينًا من الزوجات[2] ألا يزيد عن أربع نسوةٍ، ويحرم عليه الزواج بأكثر منهن كما تدّل الآيتان على ذلك:

– قوله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وثُلَاثَ ورُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**"[3].

– وقوله تعالى: "**وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ ولَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وإِنْ تُصْلِحُوا وتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**"[4].

---

1 – نقلاً عن: عبد العظيم أبو زيد، "أوضاع المرأة المالية والاقتصادية في الإسلام"، مرجع سابق، ص 15.

2 – وباللغة الفرنسية يشير إلى تعدد الزوجات بـ

« La polygamie est définit comme un système social dans lequel un homme peut avoir plusieurs épouses (polygynie) ou une femme plusieurs maris (polyandrie).

Étymologiquement (Du grec ancien polus « beaucoup » et gamos « mariage », la polygamie désigne l'état d'une personne qui a contracté plus de deux mariage, mais on retient aussi couramment le terme de bigamie. La polygamie suppose nécessairement la bigamie, et les normes sociales comme juridiques ne distinguent généralement pas ces deux comportements. Par ailleurs, la bigamie est d'une acception générale.la dualité d'unions, que désigne ce terme, s'applique tout autant à l'union d'un homme et de deux femmes ou à celle d'une femme et de deux hommes. C'est cette signification de la bigamie, dictée par son étymologie, que retient le vocabulaire juridique », voir : GJAGHAM Mohamed, Polygamie en Algérie divergences autours d'un doit en mutation, Revue des sciences humaines, N° 34, Université Mohamed Khider, Biskra, 2014, pp 63-64.

3 – سورة النساء، الآية 03.

4 – سورة النساء، الآية 129.

من التفسير الوارد على هذه الآية تفسير "الجلالين" الذي جاء كما يلي: "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا" تساووا "بين النساء" في المحبة" ولَوْ حَرَصْتُمْ" على ذلك "فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ "إلى التي تحبونها في القسم والنفقة" فَتَذَرُوهَا" أي تتركوا الممال عنها "كَالْمُعَلَّقَةِ" التي لا هي أيم ولا هي ذات بعلٍ" وإِنْ تُصْلِحُوا" بالعدل بالقسم "وتَتَّقُوا" الجور"فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا" لما=

وعلى حد علمنا، لا توجد في القانون الدولي أية وثيقة دولية تتعامل مباشرة مع تعدد الزوجات من حيث حقوق الإنسان. ومع ذلك يمكن الاحتجاج بالأحكام العامة المتعلقة بالمساواة بين الرّجل والمرأة في الزواج الواردة في الاتفاقيات الدّوليّة المختلفة[1]. إذ ذهب أنصار اتفاقية سيداو إلى أن مقتضى المساواة بين الرجل والمرأة في حق الزواج يحتم بداهةً ألا يباح لأحدهما ما يحرم على الآخر، أي أنه إذا كان يحرم على المرأة الزواج بأكثر من رجلٍ فإنّه يجب ألا يباح للرجل الزواج بغير امرأةٍ واحدةٍ.

واعتبرت لجنة سيداو في توصيتها العامة رقم 21 على أنّه: "... تعدد الزوجات يخالف حق المرأة في المساواة بالرجل، وتلاحظ اللّجنة بقلقٍ أنّ بعض الدول الأطراف التي تضمن دساتيرها تساوى الحقوق، تسمح بتعدد الزوجات وفقًا لقانون الأحوال الشخصية أو للقانون العرفي، وهذا ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة ويخالف أحكام المادة 15 من الاتفاقية"[2].

كما دأبت اللجنة، في ملاحظاتها الختامية، على حث الحكومات للقضاء على ممارسة تعدد الزوجات، وتجريمه، ومنعه، تماشيًا مع التوصية العامة رقم 21. وأوصت الدول الأطراف بتبني التدابير التي تهدف إلى جعل الزيجات الدينية والعرفية متسقةً مع الاتفاقية[3]. وجرت مناقشة تعدد الزوجات كشكلٍ من أشكال العنف ضد المرأة، من قبل المقررة الخاصّة السابقة للأمم المتحدة المعنيّة بالعنف ضد المرأة في تقريرها لعام 2002[4].

لقد اختلفت التشريعات الوضعية في مسألة تعدد الزوجات، فهناك من أخذ بالتعدد كما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فقط، وهناك من أضاف بعض القيود والشروط القانونية

=في قلبكم من الميل "رَحِيمًا" بكم في ذلك، متوفر على الموقع التالي: https://equran.me/tafseer-622-4.html، تاريخ الإطلاع: 23 أفريل 2016.

1 – BOUSNINA-BEN AYED Lamia, Les réserves des pays arabes à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, mémoire pour l'obtention de diplôme d'étude approfondies en sciences politiques, Université EL MANAR, Tunis, 2004, p 53.

2 – لجنة القضاء على التّمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة 14.

3 – الحركة العالمية "مساواة"، تقرير حول "سيداو وقانون الأسرة المسلمة، بحثاً عن أرضية مشتركة"، ماليزيا، 2014، ص 16، على الموقع التالي: www.musawah.org، تاريخ الإطلاع: 24 ماي 2016.

4 – انظر: الوثيقة رقم: UN Doc. E/CN/4/2002/83، الفقرة 63.

الأخرى، وهناك من منع التعدد أصلاً[1].

أما المشرع الجزائري أخذ بنظام التعدد مع تقييده بشروطٍ وضوابطٍ[2]. إذ تقرّ المادة 08 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم للرجل الحق في تعدد الزوجات شرط الحصول على تصريح

---

1 – نشير هنا إلى آراء بعض المفكرين الغربيين الذين استحسنوا تعدد الزوجات وبخاصةٍ عند المسلمين، حيث قال الفيلسوف الألماني الشّهير "شوبونهور" في رسالته "كلمة النساء": "أنّ قوانين الزّواج في أوروبا فاسدة المبنى بمساواتها المرأة بالرجل فقد جعلتنا نقتصر على زوجة واحدة فأفقدتنا نصف حقوقنا".

وتحدث "جوستاف لوبون" في "حضارة العرب" عن تعدد الزوجات عند المسلمين فقال: "لا نذكر نظامًا اجتماعيًا أنحنى الأوربيون عليه باللائمة كمبدأ تعدّد الزوجات، كما أننا لا نذكر نظامًا أخطأ الأوروبيون في إدراكه كذلك المبدأ، فيرى أكثر مؤرّخي أوربا اتزانًا أن مبدأ تعدد الزوجات حجز الزّاوية في الإسلام. وهو نظام طيب يزيد الأسرة ارتباطًا، ويمنح المرأة احترامًا وسعادةً لا تراهما في أوربا"، نقلاً عن: محمد الصالح بن عومر، "تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك، تمنغست، الجزائر، 2012، ص 32.

للإشارة فإن حظر تعدد الزوجات في فرنسا هو مبدأ من مبادئ النظام العام، حيث يعتبر المشرع الفرنسي انتهاك هذا المبدأ جريمة ويعاقب عليها بموجب المادة 433–20 من تقنين العقوبات. فالمشرع الفرنسي يعتبر تعدّد الزوجات جريمة في حالة ما يبرم الرجل عقد زواجٍ ثانٍ مع بقاء عقد الزواج الأول قائمًا، وإن كان لا يعاقب على تعدّد الزوجات في الواقع، ولكن يعاقب على عقد زواجٍ جديدٍ قبل حل الزواج السابق، على هذا يمكن للمرء أن يعيش في فرنسا مع العديد من النساء أثناء عقد الزواج المدني مع أحدهّن.

تبنى المشرع الفرنسي موقفًا متناقضًا، حيث أنّه يعتبر عيش الرجل مع العديد من النساء لا يضر بحقوق المرأة، وبينما يعتبر إضفاء الشرعية على علاقته مع هؤلاء النّساء أمر غير مقبول ويقلل من شأن المرأة هذا من جهةٍ، ومن جهةٍ أخرى كما أشرنا إليه يحظر تعدّد الزوجات، ولا يجرم الزنا والتسرّي ويمنح الأطفال غير الشّرعيين الحقوق نفسها التي يتمتع بها الطفل المولود في إطار زواجٍ شرعيٍ، انظر:

DJAGHAM Mohamed, "Polygamie en Algérie divergences autours d'un droit en mutation", op cit, p 65.

2 – نذكر بعض الأمثلة عن موقف قوانين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي من تعدد الزوجات فيما يلي:

– البحرين: في ماي عام 2009 تم إقرار قانون الأسرة جديد للمسلمين السنة يسمح للمرأة بمنع زوجها من اتّخاذ زوجةٍ ثانيةٍ.

– لقد حظرت جمهورية قيرغيزستان، طاجكستان، تركيا، وأوزبكستان تعدد الزوجات.

– أما في تونس فإن تعدد الزوجات ممنوع بموجب قانون 1956، ويعتبر الإقدام على تلك الممارسة جريمة تستوجب عقاب الرّجل بالسجن لمدة عام أو غرامة مالية قدرها 240000 دينار أو العقوبتين، ومعاقبة المرأة التي تدخل في تلك العلاقة مع علمها بها بالعقوبة نفسها. =

من القاضي (رئيس المحكمة) الذي يراقب مدى توفر شروط صحة التعدد[1]، فاشترط المشرع في هذه المادة: وجود المبرر الشرعي، ونية العدل، إلى جانب إعلام الزوجة السابقة، أو الزوجات السابقة، وزوجته اللاحقة[2]، وأن لا تكون الزوجة قد أدرجت في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق شرط عدم الزواج عليها من طرف الزوج[3].

اشترط المشرع لدى الزوج مبرر شرعي للتعدد، ولم يوضح المقصود من المبرر الشرعي، ومن ثم من يقدّر هذا المبرر، لأنه ما يعتبر مبررًا في نظر الزوج قد لا تعتبره المحكمة كذلك، ورغم أنه يحيل إلى الشريعة الإسلاميّة، إلا أن الفقهاء لم يذكروا اشتراط وجود مبررٍ لأجل

=– وأما في البلدان التي تعرف التفاوض حول عقد الزواج، وهو أمر شائع في العالم الإسلامي، يحق للمرأة أن تضع في عقد زواجها شرطاً يمنع الزوج من اتّخاذ زوجة أخرى، فإن أخل الزوج بهذا الشرط حق للزوجة الحصول على الطلاق، انظر: الحركة العالمية "مساواة"، "سيداو وقانون الأسرة المسلمة، بحثاً عن أرضية مشتركة"، مرجع سابق، ص 59.

1 – لقد سبق أن أثير مشكل غموض شروط التعدد في تقنين الأسرة قبل تعديله عام 2005 لعدم وجود تفسيرٍ دقيقٍ لهذه الشروط، خاصّةً شرط العدل وشرط توفر المبرر القانوني، ولتجنب الخلاف حول هذه النقطة، أصدرت وزارة العدل تعليمة بتاريخ 23 سبتمبر 1984، أين أعطت السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى توفر الشروط التي تفرضها المادة 08 من التقنين ذاته، انظر:

Circulaire n° 84/102, du 23 septembre 1984, Direction des affaires administratives, ministère de la justice, Alger.

2 – غير أن المشرع لم يبين الطريقة التي يتم بها إخبار الزوجتين (السّابقة واللاّحقة)، هل تكون إخبارًا شفويًا أو بحضور شاهدين، هذا من جهةٍ، ومن جهة ثانيةٍ فإن الفقرة الأخيرة من المادة 08 قد علقت رخصة رئيس المحكمة على التحقق أو التأكد من موافقة الزوجتين دون توضيح – أيضًا– للطريقة أو الوسيلة التي يستطيع رئيس المحكمة بواسطتها التّأكد من ثبوت إخبار الزّوجتين وثبوت موافقتهما، فهل يطلب إحضارهما أمامه، أو تكليفهما بالحضور لتعلن كل واحدةٍ منهما على قبولها للزواج بهذا الرجل؟

فلم يتوضح هذا العلم، لا من حيث درجة إلزامه ولا من حيث إجراءات القيام به، وهو ما حاول المقنن رفع اللبس عنه في النصوص التطبيقية، ولقد جاء في المنشور رقم 84–102 ما يلي: "... موظف الحالة المدنية ... أخبر كلا من الزوجة السابقة واللاحقة – إن حضرتا – برغبة الزوج في إبرام عقد زواج بثانيةٍ، وسجل في صلب العقد رضا كل منهما، واعتراض الزوجة السابقة ليكون حجة يرجع إليه عند التنازع"، ومنه يبرز أن الإعلام المقصود في المادة 08 من تقنين الأسرة، إنما يتم عن طريق عون إداري أو موظف عمومي.

3 – تنص المادة 08 من تقنين الأسرة قبل تعديله بموجب الأمر رقم 05–02 على أنّه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية...".

التعدد[1]، وعند صدور المنشور الوزاري 84-102 حصر المبرر الشرعي في مرض الزوجة مرض عضال أو العقم، ويكفي في إثباته شهادة طبية من طبيب أخصائي[2].

وما يعاب أيضًا على المشرع الجزائري هو صياغته لشرط نية العدل، والنية هي من الأمور الداخلية في نفس الإنسان ولا يمكن لأحدٍ الإطلاع عليها. ثم إن شرط العدل بين الزوجات كشرطٍ مسبقٍ لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يسلّم به كقيدٍ على الزواج الثاني، لأنّ ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطًا لما هو جائز شرعًا، ولأن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالنفقة والمسكن، ويظهر بعد قيام الحياة الزوجيّة وليس قبلها[3].

وفي هذا السياق، فسر الإمام محمد عبده الشطر الثاني من الآية القرآنية المبيحة لتعدد الزوجات "**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً**"، إلا أن شرط العدل مستحيل التحقق بتأكيد من القرآن نفسه "**ولن تعدلوا**"، ولهذا يخلص إلى القول "أما جواز إبطال هذه العادة، أي عادة تعدد الزوجات فلا ريب فيه...لأن شرط التعدد هو التحقق من العدل، وهذا الشرط مفقود حتما، فلا يصح أن يتخذ قاعدة، ومتى غلب الفساد على النفوس، وصار من المرجح ألا يعدل الرجال في زوجاتهم جاز للحاكم أن يمنع التعدد أو للعالم أن يمنع التعدد مطلقا مراعاة للأغلب"[4].

أما الترخيص بالزواج يعتبر إجراء لحماية الزوجة السابقة، والمرأة التي يُقبل على الزواج بها لتفادي مفاجئتهما بالزواج، واعتبر المشرع الجزائري قبل تعديل تقنين الأسرة سنة 2005، إخفاء الزوج على إحدى الزوجات بزواجه غش من الزوج، بينما اعتبرها حالة تدليس بعد هذا التعديل.

لكن نعلم أنه بوسع الرجل الزواج بالفاتحة حسب نص المادة 06[5] من التقنين ذاته،

---

1 – عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 121.

2 – Voir: Circulaire N° 84/102, du 23 Septembre 1984, op cit.

3 – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 87.

4 – نقلاً عن: ربيعة زواش، "المساواة بين المرأة والرجل في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 42، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2014، ص 362.

5 – تنص المادة 06 من تقنين الأسرة المعدل والمتمّ على أنّه: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجًا متى توفر الرضا وشروط الزواج".

ويحتمل أيضًا على غرار ما يحدث غالبًا أن يستغني الزوج عن موافقة الزوجة الأولى التي قد لا تعلم بالأمر إلا عندما تريد الزوجة الثانية تسجيل زواجها بعد وفاته، فالفاتحة تتيح لها هذا الحق[1]. لذلك جاء المنشور الوزاري الذي أصدره وزير الشؤون الدينية والأوقاف خلال سنة 2005 والذي يمنع الأئمة من إبرام مراسيم الفاتحة إلا بعد استظهار عقد الزواج.

كما أن هذا المنشور لا يعد عمليا، لكونه يلقى معارضة الإسلاميين، الذين يعتبرون الفاتحة أكثر أهميّةً من العقد المدني الذي يشرف عليه ضابط الحالة المدنيّة. ومهما كانت النّية حسنةً. فإنّ الأمر ليس بأيدي الأئمة، خاصةً عندما ندرك أهمية الفاتحة قبل الزواج عند الأسرة الجزائرية[2].

لقد نصت المادة 18 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنّه: "***يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظفٍ مؤهلٍ قانونًا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكّرر من هذا القانون***". أضاف نص المادة 21 بأنه: "***تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج***"، فبقراءة هاتين المادتين يتبادر إلى الذهن أن المشرع جعل تسجيل عقد الزواج شرطًا شكليًا لانعقاد الزواج.

إلا أنه يستنتج بالرجوع إلى نص المادة 22 أن الكتابة في عقد الزواج للإثبات وليس للانعقاد، إذ تنص على أنه: "***يثبت الزواج بمستخرج من سجّل الحالة المدنية***...".

وينص الشطر الثاني من الفقرة 01 من المادة ذاتها على أنّه: "... ***وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي***"، وذلك بعد توفر الشروط والأركان المتطلبة شرعًا وقانونًا، بالنسبة للزواج الشرعي الرسمي. مما يدل على أن المشرع الجزائري اعترف بالزواج العرفي[3]،

1 – جمعية المرأة في الاتصال، الاتحاد الأوروبي، قانون الأسرة: تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر، 2008، ص 12.

2 – المرجع نفسه.

3 – يطلق "الزواج العرفي" على عقد الزواج الذي لم يوثق بوثيقة رسمية، وهو نوعان نوع يكون مستوفيًا للشروط والأركان ونوع غير مستوفيًا لذلك، فالأول عقد صحيح شرعًا يحل به التمتع وتتقرر الحقوق للطرفين والذريّة النّاتجة منها والتّوارث، والثّاني له صورتان صورة يكتفي فيها بتراضي الطّرفين على الزّواج دون أن يعلم بذلك الشهود، وصورة يكون فيها العقد لمدّةٍ معيّنةٍ كشهرٍ أو سنةٍ وهما باطلان باتفاق مذاهب أهل السنّة، نقلاً عن: ابتسام صولي، "عقد الزواج المغفل ووضعية الأطفال مجهولي النسب في قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة"، مجلة دفاتر القانون والسياسة، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2015، ص 254.

والأكثر من ذلك فإن انعقاد الزواج عرفيًا وعدم تسجيله رسميًا لا يؤثر على صحة العقد[1]، وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري فتح مجالاً لعدة تجاوزاتٍ قد تنعكس سلبًا على مصلحة الزّوجين، والتي تكون فيها حتمًا المرأة هي الطرف الأكثر تعرضًا للضرر، الأمر الذي يخالف ما تهدف إليه اتفاقية سيداو.

تعرض المشرع الجزائري إلى انتقاداتٍ كثيرةٍ من طرف لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لتكريسه للتمييز الصارخ ضد المرأة، وذلك بإبقائه على نظام تعدد الزوجات المتنافي ونصوص الاتفاقية، وكان رد الحكومة الجزائرية على أنّه:

---

1 – كما أن في حالة الإعفاء من السن القانوني في حالة زواج القصر، فبعض الشباب الذين لم يبلغوا السن القانونية ويريدون الزّواج لسببٍ ما، يلجئون إلى العقد العرفي بحضور الزّوجين وولي المرأة وشاهدين، دون تسجيلٍ لعقد الزواج مخالفًا لنصّ المادة 07 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

– وحالة الحفاظ على بعض الحقوق مثلا الحق في الحضانة، حيث بمجرد تزوج الأم تسقط حضانتها لأولادها، وذلك حسب نص المادة 66 من التقنين المذكور أعلاه.

– كذلك حالة المطلقين حيث يشترط إضافة إلى الشروط العامة شرط إحضار شهادة الطلاق بالنسبة للرجل وشهادة طلاق تثبت أنه تم منذ أكثر من ثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة وهذه الشهادة تسلم من مصلحة الحالة المدنية للبلدية وأحيانًا لا تسلم لهم لعدم تلقي مصلحة الحالة المدنية للبلدية لإخبارٍ بحكم بالطلاق، والذي يقوم رئيس كتاب الضبط في المحاكم والمجالس القضائية الذين لا يقومون بهذا الإجراء تلقائيًا بل بناءًا على طلب من يرغب من الزوجين في الإسراع في تسجيل الطلاق على هامش سجلات الحالة المدنية، وشهادة الإخبار بالطّلاق بعد إحضار نسخة من حكم الطلاق ونسخة من محضر تبليغ الحكم وشهادة عدم المعارضة أو الاستئناف إذا كان حكم الطلاق تم بإرادة الزّوجة، وهذه الإجراءات الصعبة تجعل من الأفراد يلجئون إلى الزواج عرفيًا تفاديًا لهذه التّعقيدات.

– انعدام الجزاء القانوني على من لم يوثق عقد زواجه حيث نجد أن تقنين الأسرة الجزائري لم ينص على عقوبات في هذه الحالة بل نص فقط على ضرورة توثيقه وتسجيله، انظر: المرجع السابق، ص 254.

بخلاف بعض القوانين العربية التي نصت على عقوبة خاصة لمن لم يوثق عقد زواجه، كقانون الأسرة العراقي لعام 1959، الذي نص في المادة 10 الفقرة 05 منه على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن 300 دينار ولا تزيد عن 1000 دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة (أيّ بطريقةٍ عرفيةٍ)، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن 03 ولا تزيد عن 05 سنوات إذا عقد زواجًا آخر مع قيام الزوجيّة"، نقلاً عن: فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته: عقد الزواج وآثاره، والفرقة ولآثارها، وحقوق الأقارب، د.د.ن، العراق، 2004، ص ص 80 – 81.

"... أما إلغاء تعدد الزوجات، فهي مسألة غير مطروحةٍ في الوقت الحاضر (علمًا بأن هذه الممارسة شبه منعدمةٍ في واقع المجتمع الجزائري؛ فنسبة حدوثها لا تكاد تصل إلى 01 في المائة حسب الإحصائيات"[1]. أضافت الحكومة الجزائرية أن هناك أسبابًا دينيةٍ حالت دون إدخال الإلغاء الكامل للأحكام المتعلقة بتعدد الزوجات في تقنين الأسرة الجديد[2].

انتقد اعتماد الجزائر على الإسلام كضابطٍ للتحفظات التي أبدتها على اتفاقية سيداو من قبل البعض، بحجة أن الإسلام يستعمل من قبل الدول الإسلامية كذريعةٍ فقط لتبرير تحفظاتها، وأنّ السبب الحقيقي لهاته التحفظات يعود للعادات والتقاليد التي لازالت تتخبط فيها هذه الدول، ومن بينها الجزائر[3].

كما يؤكدون طرحهم هذا بأن الدول الإسلامية تُجمع تحفظاتها على مواد معينةٍ بذاتها باعتبار أنها مُخالفةٍ للشريعة الإسلامية، إضافةً إلى أن دول أُخرى غير إسلامية تحفظت على المواد ذاتها (5، 9، 11، 16) غير أنها تستند إلى حججٍ غير تلك التي تحتج بها الدول الإسلامية[4].

ومن الاجتهادات الحديثة في هذا المجال والتي أثارت اهتمام الباحثين إسهامات الفقيه السوري "محمد الشحرور"، والتي يعتبرها البعض بداية لعمل علمي رصين على طريق المصالحة أو التوفيق بين الشريعة الإسلامية والقيم العالمية لحقوق الإنسان.

وينطلق شحرور في تفسيره للآية التي اعتمدها الفقهاء منذ القدم كدليل قاطع على إباحة التعدد، أي: "**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ**"، فيرى أن المفسرين والفقهاء أغفلوا السياق العام الذي وردت فيه هذه الآية، وهي الآية الثالثة من سورة النساء، وهو الموضع

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، قائمة القضايا والمسائل المتعلقة بالنظر في التقارير الدورية: ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الدوري الجامع الثالث والرابع، الوثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/Q/3-4/Add.1، مرجع سابق، الفقرة 17، ص 04.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، محضر موجز، الجزائر، 2005، الوثيقة رقم: Cedaw/c/SR.668، الفقرة 35.

3 – BOURAOUI Soukaine, "Les réserves des Etats à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes", Colloque de Tunis, 13 – 16 Janvier 1988, I.O.R.T, Tunisie, 1989, p 27.

4 – Ibid, pp 30 et s.

الوحيد في القرآن الذي وردت فيه ذكر مسألة تعدد الزوجات أي أغفلوا ربط مسألة تعدد الزوجات بالأرامل ذوات الأيتام. وتعدد الزوجات في اعتقاده جاءت في سياق أمر الله الناس بإيتاء الأيتام أموالهم وعدم أكلها "**وَآتُواْ الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَتَبَدَّلُواْ الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا**"[1].

فالخوف من عدم النجاح بالإقساط إلى اليتامى على الوجه المطلوب جاءت الآية بالحل وهو الزواج من أمهاتهم الأرامل "فانكحوا ما طاب لكم من النساء" والخطاب هنا موجه حسب رأيه إلى المتزوجين من واحدة وعندهم أولاد، إذ لا محل في التعددية لعازب، بدلالة أن الآية بدأت بالاثنين وانتهت بالأربعة.

ويخلص هذا الفقيه المجدد إلى نتيجة اعتبرها الكثير من الدارسين نقلة نوعية في التجديد الفقهي وهي أن القرآن الكريم لا يسمح فقط بالتعددية سماحا، بل يأمر بها أمرًا ولكن يشترط لذلك شرطين، الأول أن تكون الزوجة الثانية والثالثة والرابعة أرملة ذات أولاد، والشرط الثاني أن يتحقق الخوف من عدم الإقساط إلى اليتامى، وطبيعي أن يلغي الأمر بالتعددية في حالة عدم تحقق الشرطين[2].

نعتقد أنه تحت تأثير مثل هذه المواقف وانتشار قيم ومبادئ حقوق الإنسان بدأت العديد من الدول الإسلامية تنحني بقوانينها نحو إلغاء تعدد الزوجات سواء كان ذلك بنصوص صريحة أو بالتشديد في شروط قبول التعدد.

أما المشرع الجزائري لم يكن جريئًا بما يكفي لكي يمنع التعدد، إلا أنه قد جعل له قيودًا وحصره في مجالٍ ضيقٍ بحيث أعطى للقاضي صلاحياتٍ واسعةٍ، وذلك كله بنية تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، وهذه القيود هي نفسها التي قالت عنها الجزائر في تقريرها للجنة سيداو أنها: "قواعد جديدة تم فرضها ويتحتم على الزوج احترامها، وهي تزيد من صعوبة ممارسة التعدد"[3].

---

1 – سورة النساء، الآية 02.

2 – نقلاً عن: ربيعة زواش، "المساواة بين الرجل والمرأة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية"، مرجع سابق، ص 364.

3 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، الوثيقة رقم: CEDAW/DZA/3-4.

يرجع غياب موقفٍ قاطعٍ تجاه تعدد الزوجات، إلى الصراع بين تيارين فكريين، الأول تيّار تقليدي يسعى إلى الإبقاء على أحكام الشريعة الإسلامية في أمور الأسرة، والثاني تيار تجديدي يدعو إلى تجديد نصوص قانون الأسرة بما يتفق مع الأفكار التي تدعو لها اتفاقية سيداو[1].

المطلب الثاني

مجال التباين في توابع عقد الزواج

يقصد بتوابع عقد الزواج تلك الآثار والنتائج التي تترتب على العقد عمومًا بمجرد انعقاده صحيحًا.

لقد رتب تقنين الأسرة الجزائري جملة من الآثار لعقد الزواج، وتوجد من بينها بعض الآثار التي لم يكرس بشأنها المشرع مبدأ المساواة المطلقة بين الزوجين كما نصت عليه اتفاقية سيداو، مما يفسر تمسك الجزائر بتحفظها على الاتفاقية في هذا المجال سواء في توابع غير ماليةٍ (الفرع الأول)، أو في توابع مالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع غير المالية لعقد الزواج

تتعلق أغلب هذه الأحكام بالمعاملات والروابط داخل الأسرة، والتي يبدو أن المشرع الجزائري بعد تعديل تقنين الأسرة لسنة 2005، اهتم بها بشكلٍ أساسيّ محاولًا بناء أسرةٍ قائمةٍ على التشاور والتعاون في إطار المساواة بين الزوجين.

بيد أن هناك تباين بين مضمون المادة 16 من اتفاقية سيداو وبعض أحكام تقنين الأسرة الجزائري في موضوع التوابع غير المالية لعقد الزواج، فيما يخص المساواة في إطار الروابط الأسرية بين الزوجين (أولاً)، وفي إسناد النسب واختيار اللقب العائلي (ثانيًا)، وفي الولاية والوصاية على الأولاد (ثالثًا).

أولاً – حدّ المساواة بين الزوجين في إطار الروابط الأسرية:

تهدف المساواة في اتفاقية سيداو إلى القضاء على أية سلطةٍ أو حق للرجل في القوامة

1 – CHAFI Mohamed, La polygamie, Etude des législations des pays islamiques et africains, 01ère éd, Ed. S.N, Marrakech, 2000, p 55.

على أسرته[1] والاستغناء عن واجب طاعة الزوجة[2] له في كل ما يتعلق بشؤون وقرارات الأسرة، إذ تكون هذه الأخيرة بالمشورة بينهما.

ففي هذا الموضوع أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تعليقاتها الختامية حول التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، عن قلقها إزاء استمرار ممارسات التمييز وقوة المواقف المقولبة بشأن الأدوار ومسؤولية المرأة والرجل في الأسرة والمجتمع، مما يؤثر سلبا على تمتع المرأة بحقوقها و يعيق التطبيق الكامل للاتفاقية[3].

انطلاقا مما تقدم، تمت الدعوة إلى البحث عن توازن جديد في العلاقات الزوجية فيما يخص الحقوق والواجبات، وهذا بهدف تطوير المركز القانوني للمرأة.

استجاب المشرع الجزائري إلى المطالب الداعية إلى إعادة النظر في توزيع الحقوق والواجبات بين المرأة والرجل داخل الأسرة، وملاءمتها مع مفهوم المساواة الوارد في اتفاقية سيداو، فقام على إثر تعديل تقنين الأسرة الجزائري لسنة 2005 بإعادة صياغة المادة 36 منه وما يليها، إذ قام بالنص على مجموعة من الواجبات المشتركة تقع على عاتق الزوجين في المادة 36 وحددها في 07 واجبات، في حين ألغى الواجبات التي تقع على كل طرف تجاه الآخر حين ألغى المادتين 38 و39[4]، وعدل المادة 37 وغير مضمونها جذريا حين نص على استقلال الذمة المالية للمرأة، وأضاف مسألة الأموال المشتركة بين الزوجين.

ويعتبر واجب التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات من بين أهم الواجبات التي نص عليها المشرع في التعديل الأخير، فإن هذا الواجب يكرس مبدأ

---

1 – تعني "بالقوامة" كون الرجل مسئولاً عن تقويم زوجته، وأنّ له الكلمة الأخيرة في شؤون الحياة الزوجية، وهذا الأمر قد ينظر أناس إليه أنه حق للرجل لكن عند البعض يحسن أن جعله واجبًا لاحقًا، فالرجل مسؤولاً عن زوجته لأنّها رعية استرعاها الله إيّاها كما قال ﷺ: " والرجل في بيته راع وهو مسؤول عن رعيته"، انظر: الزواج في ظل الإسلام، متوفر على الموقع الآتي: http://www.al-eman.com/index.htm ، تاريخ الإطلاع: 25-07-2015.

2 – يقصد "بواجب طاعة الزوجة لزوجها" هو موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصيّة، نقلاً عن: عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفاش، الأردن، 2011، ص 196.

3 – لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الثاني للجزائر، 2005، ص 06.

4 – انظر: المادتين 38 و39 من تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديله.

المساواة المطلق بين الزوجين، وذلك بجعل قيادة الأسرة مشتركةً تقوم على مبدأ التشاور في التسيير[1].

بذلك يكون المشرع الجزائري قد كرس مضمون الفقرة 01/ج من المادة 16[2] من اتفاقية سيداو التي تكرس مبدأ المساواة المطلقة في الحقوق والواجبات بين الزوجين في إطار الأسرة، ذلك لأن الحياة المعاصرة تقضي أن يقوم كل من الزوجين بواجباته تجاه الآخر فيما يتعلق بتوزيع الأعمال المنزلية، وإدارة شؤون الأسرة، وتربية الأبناء والمشاركة في المسؤولية على أفعالهم، وإن اقتصار دور الزوج أو الأب في الكسب والإنفاق صار من الفقه التقليدي، خصوصا ما يشهده الواقع من ضغوطات وتحديات اقتصادية ومالية واجتماعية، تفرض حضورا فاعلا لدور الرجل الأب، لأن الأساس في الزواج هو التشارك والتفاعل والمسئولية المشتركة.

هذا ما أكدته المادة 05 من اتفاقية سيداو التي تدعو إلى القضاء على الأدوار النمطية للرجل والمرأة، وأن الأمومة وظيفة اجتماعية تمارسها الأم والأب على السواء مع مراعاة مصلحة الطفل. ولم يلزم المشرع الجزائري الزوجة وحدها بالأعمال المنزلية وتربية الأبناء صراحة، بل المؤسسة التقليدية (العرف والعادات) من حملت المرأة هذا الواجب[3].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن تقنين الأسرة قبل تعديله في سنة 2005 ميز بين مكانة الزوج عن الزوجة فكان الزوج هو رئيس العائلة والقرار الفاصل يرجع له، إلا أن المشرع سلبه هذا الحق بعد التعديل، وجعل له شريكًا وهي الزوجة. هذا ما يؤكد على محاولة المشرع الجزائري تكييف نصوص تقنين الأسرة بما يتماشى ومبدأ المساواة بين الزوجين.

---

1 – حسب بعض التشريعات مثل قانون كيبيك في كندا يمارس الزوجان بصورةٍ مشتركة السّلطة الأبويّة والمسؤوليّات الأسرية، وقد أصبح عدد الآباء الذين يحصلون على عطلة أبوية عقب ولادة طفلهم في تزايدٍ مستمرٍ. وحينما يتطرق الأمر للمسؤوليات الأسرية، فهذا يعني أيضًا تقاسم الأعباء المنزلية: مثل تنظيف المنزل، وإعداد الوجبات، وما إلى ذلك. ويجب أن يكون هذا التقاسم عادلاً قدر الإمكان لاسيما لأنّ كلا الزّوجين، في العديد من الحالات، يشغل وظيفة، وفي عام 2012، قام 100/78 من الآباء الجدد بأخذ إجازةٍ عند ولادة طفلهم من إجمالي عدد المواليد المشمولين بطلبات المساعدات الأسرية في إطار خطّة التّأمين الأبويّة بكيبيك (76775)، انظر:

Conseil de gestion de l'assurance parentale, statistiques officielles sur les prestataires du régime Québécois d'assurance parentale, Décembre 2012, voir le site : http://www.cgap.gouv.qc.ca/statistiques/index.asp

2 – انظر: نص المادة 16 الفقرة 01/ج من اتفاقية سيداو.

3 – زغيشي سعاد، "المرأة بين القوامة والشراكة"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد أصديق بن يحي، 2016، ص 158.

يظهر ذلك من خلال إلغاء المادة 39 من التقنين ذاته التي كانت تنص على طاعة الزوجة لزوجها بصفته رب الأسرة، وللعلم أن واجب الطاعة جاء نتيجة لقوامة الزوج ورئاسته للأسرة. وللتذكير هنا فإن القوامة التي نادت بها الشريعة الإسلامية توجب على المرأة أمرًا بينما تلزم الرجل بأمور كثيرة، منها القيام على النساء بالحماية والرعاية والولاية والكفاية، وهي أمور ليست استبدادّيةً ولا قاهرةً، بل هي مسؤولية وتكليف يقعا على عاتقه وحده[1].

لقد كان تحفظ الجزائر على نص المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو[2] بسبب تعارضه مع أحكام الفصل الرابع من تقنين الأسرة المتعلق بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها وسكنها، حيث تلزم المرأة المتزوجة السكن في بيت الزوجية ولا تستطيع السفر أو التنقل إلا بإذن زوجها، كما أنّه تقضي التعاليم الدينية والأعراف بأنّ المرأة غير المتزوجة تسكن مع عائلتها، وبالتالي التحفظ الخاص بمسكن المرأة المتزوجة يأتي كنتيجةٍ منطقّيةٍ لما يعنيه عقد الزواج من ضرورة إقامة الزوجة في السكن الذي يعده لها الزوج، علمًا أن حق النفقة يسقط إذا صدر حكم قضائي بنشوزها أي في حالة عدم التزامها في سكن الزوجية دون أي مبرر مقبول[3].

فيفهم من ذلك أن حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها في طاعة زوجها، إلا أن المشرع الجزائري ألغى واجب الطاعة[4] بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لتقنين الأسرة، ممّا

---

1 – تشوار جيلالي، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مرجع سابق، ص 14.

2 – انظر: المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو.

3 – امحمدي بوزينة أمنة، "تعزيز حقوق المرأة وانعكاسات أحكام اتفاقية السيداو على الأسرة الجزائرية (قراءة نقدية للمواد 2 و15 و16 مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية"، الملتقى الدولي السنوي للبحث العلمي، التربية على المواطنة وحقوق الإنسان 13-14 جويلية 2018، لبنان، سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، مركز جيل البحث العلمي، 2018، ص 206.

4 – أكدت العديد من الدول التي شملتها دراسة مساواة حول سيداو مثل: البحرين، الإمارات العربية المتحدة، المملكة العربية السعودية، مصر، إن أوجه عدم المساواة في بعض القوانين ليست من باب التمييز، بل هي انعكاس لتكامل الالتزامات والحقوق وفق الشريعة، والتي يقصد بها تحديدًا أن على الزوج أن يعول زوجته، بينما للزوجة أن تحتفظ لنفسها بأيّ دخلٍ أو ثروةٍ. وهم يرون في ذلك نوعًا من العدل للمرأة.

تغض هذه الحجة الطرف عن الجانب المقابل الذي يشترط طاعة المرأة لزوجها في مقابل إعالته لها، فإن لم تطعه كانت ناشزًا وسقط حقّها في النفقة، وكذلك في مؤخر صداقها، إذا وقع الطلاق. هذا فضلاً عن إغفالها لحقيقة أن العديد من الرجال لا يفون بواجبهم في الإنفاق على الأسرة تاركين تلك المسؤولية للمرأة، دون أن يرفع ذلك من وجوب طاعتها له. وعندما تربط الحجّة بين واجب الزّجل في النفقة وحصوله على نصيب أكبر في الميراث، يغفلون ذكر أن عدم وفائه=

يدل على أنّه قد تراجع عن تحفظه على المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو بطريقةٍ غير مباشرةٍ، كما يمكن القول أن المشرع الجزائري أصبح لا يشترط إذن الزوج لخروج الزوجة.

لكن هذا غير صحيح، لأن المشرع الجزائري لم يلغِه بنص صريح بل ألغى المادة التي كانت تتناوله وسكت عنه، مما يجعلنا نلجأ إلى المادة 222[1] من تقنين الأسرة التي تحيلنا في حالة السكوت إلى الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوجة بطاعة زوجها، على أن لا تكون مطلقة في كل الأمور، وإنما فقط في الجوانب المتعلقة بالزواج، ولا طاعة عليها في ما يكون فيه معصية ومخالفة الله[2].

إذن القرار في البيت من حقوق الزوج على زوجته، فللزوج أن يمسك زوجته في البيت ويمنعها عن الخروج إلا بإذنه، قال تعالى: "**وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى**"[3]، فهذه الآية تقرر مبدأ هاما يوجب على المرأة أن تتخذ من البيت مقرًا لها تستقر فيه.

كما أنه يفهم ضمنيًا عندما أجاز المشرع اشتراط عمل المرأة في المادة 19 من تقنين الأسرة الجزائري، فلو كان عدم القرار أصلاً لما جعل العمل محلاً للاشتراط، لأن الأصل لا يشترط، غير أن هذا لا يعني أن الزوجة لا يمكنها الخروج من بيتها بل يحق لها ذلك متى كان بإذن زوجها أو استدعت الضرورة ذلك، وإنما غير الجائز خروجها بغير ضابطٍ[4].

إضافة إلى كل ما سبق، لم يكن المشرع الجزائري قبل تعديل تقنين الأسرة سنة 2005 يمنح الزوجة حرية الإرضاع، بل كان يلزمها به، حيث كانت المادة 39 من تقنين الأسرة تعتبره من واجباتها متى استطاعت ذلك، وكان الزوج يملك أن يجبرها عليه، غير أن المادة السابقة ألغيت دون التطرق لهذه المسألة، مما يترك فراغًا قانونيًا يتم بموجبه اللجوء إلى الشريعة الإسلامية على أساس المادة 222 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم[5].

=بواجب النفقة لا يحرمه من نصيبه المضاعف في الميراث: انظر: الحركة العالمية "مساواة": "سيداو وقوانين الأسرة المسلمة، بحثا عن أرضية مشتركة"، مرجع سابق، ص ص 59–60.

1 – انظر: المادة 222 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

2 – فايزة مخازني، "مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2017، ص 115.

3 – سورة الأحزاب، الآية 33.

4 – فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 112.

5 – نجد خلافًا فقهيًا بين المذاهب في مسألة واجب الإرضاع على النحو التالي: =

إذن على الرغم من أن التعديل الجديد لتقنين الأسرة لسنة 2005 لم ينص على أي حق من حقوق الزوج على زوجته بعد أن كان حقّ الطاعة مجسدًا في المادة 39 الملغاة، إلا أن هذا الحق يفرض نفسه شرعًا وقانونًا، إذ يحيلنا المشرّع في المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1]، في هذا الصدد نجد المحكمة العليا أقرت أن من واجبات الزوجة متابعة زوجها والالتحاق أينما طاب عيشه. واعتمدت على المادة 39 رغم إلغائها[2].

وبناءً عليه يتبين أن ولو لم يذكر المشرع في التعديل الأخير حق الطاعة على الزوجة أو ألغاه، غير أنه يبقى محفوظا ويستدل عند الحاجة واكتفى المشرع بذكر الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين ربما لكثرة النزاعات والخلافات بينهما في هذه الأمور كمسألة تقارب الولادات، زيارة الأقارب، تربية الأولاد،... الخ. فهذه مسائل تتكرر في حياتنا أكثر وتكثر فيها الخلافات بين الزوجين.

ثانيًا – حدّ المساواة بين الزوجين في مسألة إسناد النسب واختيار اللقب العائلي:

لقد نصت المادة 16 الفقرة 01/ز من اتفاقية سيداو على أنّه: "... ***نفس الحقوق الشخصيّة للزوج والزوجة، بما في ذلك الحقّ في اختيار اسم الأسرة***...".

هذه الفقرة خاصة بالتساوي في الحقوق الشخصية بما فيها اختيار اسم الأسرة والمهنة والوظيفة. فيما يخص إعطاء المرأة حق اختيار اسم عائلتها على قدم المساواة مع الرجل، فيه

=– الجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة يرون عدم إجبار الأم على الإرضاع جاعلين منه واجبًا على الأب يلتزم بموجبه بتوفير المرضعة، غير أنه إذا تعذر إيجاد المرضعة أو لم يقبل الطفل غير ثدي أمه أو كان الأب والطفل معسرين فيجوز إجبارها، ويستوي في ذلك أن تكون الأم زوجة للأب أو لا، أما لو كانت الزوجة ليست أمًا فهي غير ملزمةً أصلاً، وهو الذي يبدو أن المشرع الجزائري أصبح يميل إليه.

– المالكية يجبرون الزوجة الأم على إرضاع أولادها، أما لو انقطعت الزوجية أو الأمومة، كما لو كانت الزوجة ليست أمًا أو الأم ليست زوجةً، فلا يمكن إجبار أيًا منهما، وإنما يلزم الوالد بتوفير المرضعة، نقلاً عن: فايزة مخازني، "مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري"، مرجع سابق، ص 113.

1 – ما يدل على لزوم طاعة الزوجة لزوجها في القرآن الكريم قوله تعالى: "**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ واضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**"، سورة النساء، الآية 34.

ومن السّنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: "لو كنت آمرًا أحد أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها"، من خلال ذلك نستخلص أن حق الزوج في الطاعة واجب على الزوجة بالقرآن والسنة وأنّ هذا الواجب لم يجعله الله مطلقًا بل نظمه بضوابط وقيود، فللطاعة حدود أهمها أنه لا طاعةً لمخلوق في معصية الخالق فتكون بذلك في دائرة الحلال.

2 – انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم: 403557، صادر في 12–03–2008، قرار غير منشور، نقلاً عن: سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، مرجع سابق، ص 160.

وجهان: الأول هو أن هذه النظرة هي نظرة غربية تمامًا، حيث تنسب المرأة فور الزواج إلى عائلة الزوج، وهو غير موجودٍ في تقنين الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، فالشريعة تقرر انتساب الزوجة إلى عائلتها، وليس إلى عائلة الزوج.

أما الثاني، هو في حال تطبيق هذه الفقرة – وهو ما تم بالفعل في بعض البلدان الغربية – يعني ذلك أن يحمل الأبناء اسم الأم كما يحملون اسم الأب، وبالتالي يجوز أن ينسب الأبناء إلى الأم، وفي هذا تعارض صريح مع الشريعة الإسلامية التي لا تجيز نسبة الأولاد لغير آبائهم، كما أن الابن لا يحمل اسم أمه إلاّ في حالةٍ واحدةٍ فقط، هي حالة الزّنا.

فإذا ما صار قانونًا عامًا، وأعطت كل الأمهات أسماء أسرهن لأبنائهن اختلط الحابل بالنابل، وضاعت الحكمة من نسب ابن الزنا لأمه، فالكلّ صار يحمل اسم الأم[1].

ويطرح إشكال آخر عندما يختار الزوج اسم وتختار الزوجة اسمًا مغايرًا له، فأي اسم سيحمله الأبناء، أهو الاسم الذي اختاره الزوج أم الذي اختارته الزوجة؟ إنه لا توجد إجابةً عن هذا في المواثيق الدولية، وهذا خير دليل على عدم سلامة هذا الطرح، ورغم ذلك فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تنتقد الآراء التي تعطي الأبناء الاسم الذي اختاره الأب عند تعذر الاتفاق، وهذا ما فعلته في تعليق لها بشأن هولندا[2].

يلاحظ أن مضمون الفقرة 01/ز من نص المادة 16 يتوافق مع التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم في نص المادة 28 منه التي تنص على أنّه: "... ***لقب الشخص يلحق أولاده***"، دون تمييزٍ بين الذكور والإناث، إلا أنّ الأولاد في مجتمعنا يحملون لقب آباءهم بسبب العرف السائد وليس القانون.

بينما أنه يتعارض مع ما ورد في المادة 41 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم التي تجعل

---

1 – جيلالي تيشوار،" تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدّوليّة المتعلقة بحقوق المرأة الأسريّة بين التّراجع والتّمسك"، مرجع سابق، ص 27.

2 – جاء في تعليق اللجنة أنّه: "اللجنة تعتقد أنّ القانون الجديد السّائد في هولندا المتعلق بالأسماء يخالف المبدأ الأساسي للاتفاقية بشأن المساواة، خاصةً من حيث أنه يمنح الأب القرار النّهائي في إعطاء ابنه اسمًا عندما يتعذر الاتفاق بين الأبوين، ولذلك تطلّب اللجنة من الحكومة العمل على جعل هذا القانون متوافقًا مع الاتفاقية"، فهنا هل سيكون التّوافق مع الاتفاقية بعدم إعطاء اسم للطفل؟، انظر: تقرير لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة 56، 2001، الوثيقة رقم: A/56/38، ص 82.

الولد ينسب إلى أبيه متى كان الزواج شرعيًا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة[1].

وعليه، يتعارض مضمون هذا النص مع مضمون المادة 16 الفقرة 01/د، ج من اتفاقية سيداو والتي تمنح الزوجة الحق في نسبة ابنها إليها.

هذا ما جعل الجزائر تتمسك بتحفظها على نص المادة 16 من اتفاقية سيداو التي كما أشرنا إليه تمنح المرأة حق نسبة ابنها إليها، ويفهم من ذلك أن الاتفاقية تعترف بولد الزنا وتلزم الدول بعدم حظر مثل هذه الأمور. الأمر الذي يخالف الشريعة الإسلامية التي استنبط قانون الأسرة من مبادئها.

ثالثًا – حدّ المساواة في الحق في الولاية والوصاية على الأولاد القصر:

نصت المادة 16 فقرة 1/د من اتفاقية سيداو على أنه: "...– ***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***"، يلاحظ أن الاتفاقية لم تبين المقصود بمفاهيم الوصاية والقوامة، ولم تحصرها في شكلٍ معينٍ، بل إنها لم تشترط وجودها، بل اشترطت المساواة عند وجودها.

تتعارض هذه الفقرة مع تقنين الأسرة الجزائري، الذي لم يعرّف الولاية، بل اكتفى ببيان أحكامها في المواد 81، 87 إلى غاية المادة 91 منه.

فيمكن تعريفها على أنها: "سلطة شرعية على النفس والمال، وتنفذ على الغير شاء أم أبى"، وعرّفت أيضًا بأنها: "قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره عليه"[2].

وتبين بعد قراءة نص المادة 81 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم أنّ الولاية سلطة بموجب القانون تقرّر لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونّية لحساب شخصٍ آخرٍ غير كامل الأهليّة.

تكون الولاية على القصر أثناء قيام الزوجية بيد والدهم وفق نصّ المادة 87 من التقنين

---

1 – انظر: المادة 41 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

2 – العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في فقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 274.

المذكور أعلاه والذي جاء فيه: "***يكون الأب واليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم قانونًا.***

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن استندت له حضانة الأولاد".

اتجه المشرع الجزائري كما يظهر واضحًا من نص هذه المادة، إلى تخصيص الولاية للأب دون الأم على أولادهما القصر أثناء قيام الزوجية، أي أن السلطة على الأولاد في هذه الحالة تكون للزوج دون مشاركة زوجته التي ليست ملزمةً قانونًا بطاعته، فكيف سيطيعه أولاده وعلى أي أساسٍ؟

إضافةً إلى ذلك، كيف يعقل أن تكون الأم شريكة الأب في رعاية أطفالها بمقتضى المادة 36 من تقنين الأسرة، في حين يكون الأب وحده وليًا على أولادهما القصر بمقتضى المادة 87 من التقنين ذاته. أليس هذا اختلال وتناقض بين نصين يعالجان موضوعًا واحدًا بطرقٍ مختلفةٍ، ممّا يكشف عن مدى الارتباك الذي أوقع فيه المشرع الجزائري نفسه، بسبب حرصه على التوفيق بين احترام مبدأ المساواة كما نصت عليه اتفاقية سيداو دون الإخلال بأحكام الولاية على القصر كما تضمنها الفقه الإسلامي[1].

أما الوصاية فقد نصت المادة 95 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه للوصي سلطات الولي نفسها في التصرف وفقًا للقانون، ويتم تعيينه وفقًا لنص المادة 92 من قبل الأب أو الجد ليشرف على الأولاد القصر إذا لم تكن لهم أم، أو ثبت أنها غير أهلٍ لذلك قانونًا.

كما للقاضي حق تثبيت الوصاية أو رفضها حسب نص المادة 94 من التقنين ذاته، ولم يعطِ المشرع الجزائري للمرأة الحقّ في أن تعهد بالوصاية إلى أحدٍ باعتبار أنه قصر ذلك على الأب والجد، وهذا يعتبر تمييزًا ضّد المرأة في منظور اتفاقية سيداو.

1 – ليلى جمعي، "تطور المركز القانوني للمرأة في التشريعات الجزائرية الداخلية الخاصة بالأحوال الشخصية"، مداخلة للمؤتمر الدولي السابع: "المرأة والسلم الأهلي"، 19–21 مارس 2015، لبنان، ص 14.

من خلال دراسة أهم الآثار غير المالية للزواج، نجد أن المشرع الجزائري كرس مبدأ المساواة بين الزوجين ولكن ليس على إطلاقه كما ورد ذلك في اتفاقية سيداو، هذا ما يفسر إبقاء الجزائر لتحفظها على نص المادة 16 من هذه الاتفاقية.

الفرع الثاني

التباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع المالية لعقد الزواج

يقصد بالتوابع المالية لعقد الزواج تلك الحقوق التي يكون موضوع الحق فيها يقيم بالمال ويكوّن الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص، فهل ساوى قانون الأسرة بين الزوجين من حيث آثار عقد الزواج المالية وفقا لما هو وارد في اتفاقية سيداو؟ فتكون الإجابة بحصر أهم هذه الآثار والمتمثلة في حقوق الزوجة في النفقة (أولاً)، وحق التوارث بين الزوجين (ثانيًا).

أولاً – حدّ المساواة في واجب النفقة:

يقصد "بالنفقة" ما يصرف على شخصٍ ما من مالٍ وطعامٍ وكسوةٍ وسكنٍ، ويراد بنفقة المرأة ما تحتاج إليه في معيشتها من طعامٍ وكسوةٍ ومسكنٍ، وما يلزمها بالضرورة لحياتها اليومية وفقًا للعادة الجارية بين الناس[1].

يمكن القول إن الكلام عن مبدأ المساواة في هذا المقام يأخذنا إلى أنّه من أجل تجسيد هذا المبدأ يجب ألا يُلزم الزوج بالإنفاق على زوجته، إذ لابد من أن تساهم الزوجة كذلك في نفقات العائلة، ويصبح هذا الواجب مسؤولية مشتركة بينهما يمارسانها كما يمارسان الواجبات الأخرى، وهو ما تسعى إلى تحقيقه اتفاقية سيداو بنصها على أنّه: " ***نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وبعد فسخه***".

وهو ما أخذت به كذلك أغلبية الدول الغربية، فمثلاً القانون الفرنسي يقر بوجوب المساواة بين الزوجين في تسيير أموالهما وأموال أولادهما، إذ نصت الفقرة 02 من المادة 214 من القانون المدني الفرنسي على أنّه: " ***إذا لم تحدد اتفاقية مالية أو خاصة مشاركة***

1 – ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2011، ص 148.

الزوجين في الأعباء المالية للزواج، فإنه يجب عليهما المشاركة في تلك الأعباء بنسبة تحدد باحترام قدراتهما المالية"[1].

أما في الشريعة الإسلامية فيجب على الزوج أن ينفق على زوجته إذا كان العقد صحيحًا ولم يوجد سبب يمنع النفقة عليها[2]، والأساس الشرعي لوجوب نفقة الزوجة على زوجها هو قوله تعالى: "**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**"[3].

وعليه، جعل المشرع الجزائري نفقة الزوجة مبدئيًا واجبةً على زوجها سواء كان موسرًا أو معسرًا ومن حق الزوجة أن تطالبه بها في كل وقت ما دامت في عصمته شرعًا، حسب ما جاء في نص المادة 37 من تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديل سنة 2005[4]، لكن هذه المادة عدلت تعديلاً كاملاً لتنص على استقلال الذمة المالية للزوجين في الأمر رقم 05-02 المعدّل للتقنين السابق[5]، مع بقاء المادة 74 من التقنين ذاته التي تنص على أنّه: " ***تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون***"، وهو ما يدل على الإبقاء على أصل وجوب الإنفاق على الزوجة.

ولكن يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عندما عدل نص المادة 37 السالفة الذكر لم يشر إلى أن النشوز من مسقطات النفقة، وعلى ذلك نتساءل هل أن إلغاء

---

1 – L'article 214 du code civil français stipule que : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives », créé par la loi 1803-03-17 promulguée le 27 Mars 1803, modifié par la loi n° 65-570 du 13 Juillet 1965- art.1, JORF, 14 Juillet 1965 en vigueur le 01 Février 1966.

2 – عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية (الزواج–الطلاق–الولادة ونتائجها)، ج 01، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987، ص 447.

3 – سورة البقرة، الآية 233.

4 – انظر: المادة 37 من تقنين الأسرة الجزائري قبل التعديل.

5 – تنص المادة 37 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنّه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحقٍ، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

من خلال نص هذه المادة فإن المرأة تملك حريةً كاملةً في إدارة أموالها دون إذن أو تدخل من الزوج كما لا يجوز له منعها التصرف أو تشغيل أموالها، ونجد أن المشرع الجزائري ذهب إلى حماية حقوق المرأة المالية ومساواتها مع الرجل عملاً لما هو وارد في اتفاقية سيداو.

واجب الطاعة حتّم على المشرع إلغاء النشوز لإسقاط النفقة، وذلك لارتباطه بالطاعة الزوجية؟

يعتبر هذا الأمر فراغا تشريعيا، وأنّه ليس من اليسير سد هذا الفراغ عمليًا بموجب أحكام المادة 222 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم، وذلك بالنظر إلى الاختلاف في المذاهب الفقّهية ولا يمكن الاحتجاج بكون المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي، لأنه لا يُمنع الأخذ بالمذاهب الأخرى خاصّةً بعد التعديل الأخير لهذا القانون.

كما يتضح لنا من خلال المادة 74 سالفة الذكر أنّه يقع على عاتق الزوج واجب الإنفاق على زوجته حتى لو كانت غنيّةً أو عاملةً، ومن اللافت أن بعض الدول تطرقت إلى حقيقة أن التبادلية بين الزوجين قائمًا قانونًا على علاقة مستندةٍ إلى عدم المساواة بين الزوجين، ففي مقابل النفقة تلزم الزوجة بالطاعة فإن شقت عصا الطاعة فقدت حقها في النفقة[1].

ولا يجوز أن يفهم مما سبق أن وجوب النفقة هو مقابل خدمة المرأة للزوج فتكون كالأجيرة، يدل على ذلك قول جمهور الفقهاء بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها، قال بن حزم: "ولا يلزم المرأة أن تخدم زوجها في شيء أصلاً"، بل ذهب الكثير منهم إلى جعل نفقة الخادم من مشتملات النفقة الواجبة على الزوج[2].

ويُرجع الأحناف سبب النفقة الزوجية إلى عقد الزواج واحتباس الزوجة لمنفعة زوجها، ومما هو مقرر في قواعد الشريعة أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه.

وذهب الحنابلة إلى أن خدمة البيت مجرد عادة، ومن المستحب الحفاظ عليها. بيد أنّ المالكية انفردت وحدها بواجب الخدمة من طرف الزوجة في حالة فقر الزوج، أما في حالة يسره، فعليه استئجار خادمة تقوم بالأشغال المنزليّة. تفصيلاً في المذهب المالكي، يرى محمد

1 – انظر: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، تقرير الغابون، 2003، الوثيقة رقم: CEDAW/C/GAB/2-5، ص 26.
كما أشارت الإمارات إلى أن: "الشريعة الإسلامية كرمت المرأة وجعلت الرجل هو المكلّف بالنفقة على المرأة سواء كانت زوجة أو ابنة أو أم أو أخت، ولا يلزم الزوجة بالنّفقة على نفسها أو أسرتها، ولو كانت غنيّة، انظر: تقرير دولة الإمارات العربية المتحدة، 2008، U.N. Doc. CEDAW/C/ARE/1، ص 58.

2 – فاطمة الزهراء لقشيري، "المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق دراسة في المطلب والمبررات"، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2012، ص 159.

بن عرضون أنه لا يجوز تشغيل المرأة الحرة في الزراعة دون تأجيرها، وهي ليست أَمَة يجوز لسيدها أن يستغلها في البيت والفراش.

وذهب أخوه أحمد بن عرضون أبعد من ذلك، حيث أفتى للزوجة بنصف مال الزوج عند الوفاة أو عند الطلاق، وهو ما سمّاه "حق الشقا"، أي حق "الكد والسعاية" بواسطة العمل المنزلي الذي أنجزته الزوجة خلال الحياة الزوجيّة والذي ساهم في تنمية أموال الزوج. فالفقه الإسلامي لم يرَ في العمل المنزلي جانباً من فطرة المرأة، لأنه ألزم الزوج بالنفقة، والنفقة لا تعني الطعام والكسوة والمسكن فقط، بل تعني الخدمة أيضاً، أي استئجار من يخدم في البيت[1].

هناك طرح آخر يذهب إلى ضرورة تأجير العمل النسائي المنزلي باعتباره نشاطاً اقتصاديّاً من الضروري حسبانه في الناتج الداخلي الخام. وهذا ما غيّبته العلوم الاجتماعيّة، الاقتصاد والإحصاء خاصّة، من لائحة المجموعات السوسيومهنية، فوضعت ربة البيت في خانة المجموعات غير النشيطة اقتصاديّاً.

من خلال ذلك، يتبين أنّ تلك العلوم تقوم على خلفية ذكورية لا تأبه بوضع تصنيفات عادلة ضامنة لخصوصية وديمومة الأعمال النسائية المنزلية ولمساهمتها في الاقتصاد الوطني. وقد أثبتت بعض الدراسات الغربية أنّ حساب الكلفة الماليّة لعمل المرأة في البيت، انطلاقاً من عشر ساعات عمل يومياً كمعدّل، يقود إلى ضرورة إعطاء ربّة البيت أجراً منزلياً يساوي 3500 أورو شهريًا. على هذا الأساس، تطالب النَّسَويّة بتأجير عمل المرأة في البيت لكي لا يتكرّر نموذج الأمهّات غير المعترف بنشاطهنّ المنزلي كنشاط اقتصادي مساهم في الإنتاج الداخلي الخام وفي الثروة الوطنية[2].

وفي هذا السياق، أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن العمل دون أجر يعتبر نوعا من استغلال النساء، وأوصت بأن تتخذ الدول الأطراف الإجراءات اللازمة قصد تقييم وإدراج النشاطات النسوية المنزلية غير المأجورة في إجمالي الناتج الوطني.

لم يتناول المشرع الجزائري صراحةً أسباب النّفقة في تقنين الأسرة، غير أنّه أحالنا في

---

1 – نقلاً عن: عبد الصمد الديالمي، "عمل المرأة في البيت نفقة"، أفريل 2019، على الموقع التالي: https://www.mominoun.com/articles ، تاريخ الاطلاع: 16 جوان 2019، (د.ص).

2 – انظر: المرجع نفسه.

المادة 222 منه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث جاءت قوامة الرجل على المرأة مقابل النّفقة، في حين ألغى المشرع الجزائري هذه القوامة مع إلزامه للرجل كمبدأ عام بواجب النفقة. واعترف للزوجة بناء على ذلك بحق طلب التطليق إذا امتنع زوجها عن الإنفاق عليها وفق الفقرة الأولى من المادة 53 من التقنين ذاته[1].

حسب نص 75 من التقنين المذكور أعلاه: "***تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول...***"، فحق البنت لا يسقط إلا بعد أن يدخل زوجها بها، إذ تنتقل النّفقة عليها من أبيها إلى زوجها في حين يسقط حقّ الابن في النّفقة بالرّشد وإنهاء دراسته، وهذا يؤكّد على أن النفقة تعتبر واجب يقع على الرّجل سواء كان زوجًا أو أبًا.

وإن المادة 76 من التقنين ذاته نصت على أنّه: "***في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرةً على ذلك***". إلا أن كل ما يدل عليه هذا النص هو إلزام الأم الموسرة بالإنفاق على أطفالها، إذا كان والدهم معسرًا، إلا أنها ليست ملزمةً بالإنفاق على هذا الأخير. وهذا يعني أن المشرع الجزائري لم يلزم الزوجة قانونًا بمساعدة زوجها في تحمل أعباء البيت، خاصّةً إذا كان هذا الأخير معسرًا وهي موسرةً، وقد يبرّر البعض هذا التمييز بين الزوجين بسبب اختلاف أنصبة الميراث بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية وتقنين الأسرة.

كما أن للامتناع عن أداء النفقة الزوجية آثار، فعلى سبيل المثال صدور حكم على الزوج يلزمه بدفع النفقة إلى زوجته، وكان هذا الحكم نهائيًا، وعند تنفيذ هذا الحكم من طرف الزوجة امتنع الزوج، فللزوجة متابعة زوجها جزائيًا بجنحة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية تطبيقًا لنص المادة 331 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم[2]، ولها في الوقت نفسه طلب التطليق لعدم الإنفاق تطبيقًا لنص المادة 53 الفقرة 01 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمّم.

يلاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء غامضًا من المساواة بين الزوجين داخل

1 – انظر: المادة 53 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

2 – انظر: المادة 331 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

الأسرة، حيث اعتبرهما من جهةٍ شريكان في تسييرهما لشؤون أسرتهما المشتركة، كما صرح بذلك في المادة 36 الفقرتين 03 و04 من تقنين الأسرة الجزائري، إلا أنّه تراجع عن هذه المساواة في بعض المواقف منها إلزامه للرجل بالنفقة على زوجته وأبنائه، وذهب عكس ما طالبت به اتفاقية سيداو والمواثيق الدولية من تحقيق المساواة بين الزوجين في كل الحقوق والواجبات داخل الأسرة.

ثانيًا – حدّ المساواة في حق الميراث:

الميراث هو ما يتركه الميت بعد موته من أموال وحقوقٍ ماليةٍ أو عينيةٍ، سواء تعلقت بحق التركة كالرهن، أو بذّمة الميت كالقروض الخاصّة، وهو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث[1] ومقدار ما لكل وارثٍ من حقٍّ معيّنٍ في التّركة[2].

تستمد العديد من التشريعات العربية موادها القانونية الناظمة للميراث من القرآن الكريم، الذي ينص على أنه للذّكر من الورثة مثل حظّ الأنثيين استنادًا لقوله تعالى: "**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ**"[3]، وقوله تعالى: "**لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا**"[4].

الجدير بالذكر أن اتفاقية سيداو لم تشر بصورة مباشرة إلى المساواة بين الجنسين في الميراث[5]، فحاولت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضّد المرأة سدّ هذا الفراغ في

---

1 – تنص المادة 126 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية".

2 – محمد ابداح، "تعريف الميراث وبيان أركانه وشروطه"، مجلة الحوار المتمدين، عدد 4515، لتاريخ 17 جويلية 2014، على الموقع التالي: http://www.ahewar.org/debat/show.cat.asp?cid=200، تاريخ الاطلاع: 13-07-2014.

3 – سورة النساء، الآية 11.

4 – سورة النساء، الآية 07.

نزلت آيات المواريث لإنصاف المرأة وبيان نصيبها من الميراث وصيانة لحقّها من الاعتداء عليه، وتأكيدًا على أنّه مفروض من عند الله تعالى "نصيبًا مفروضًا": حيث لا يجوز لأحدٍ من البشر أن يغيّر أو يبدّل أو يحرف في هذا الحقّ الذي فرض بآياتٍ محكماتٍ مفصلاتٍ.

5 – لم تعالج الاتفاقيات الدولية مباشرةً موضوع الميراث، فيمكن بذلك الاستعانة بالحق في الملكية دون تمييزٍ على أساس الجنس الوارد في نص المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكما يضيف البعض الآخر، من خلال نص المادة 26 من العهد الدولي للحقوق المدنّية والسياسّية لعام 1966، التي تطلب من الدول ضمان حمايةٍ متساويةٍ في ظّل القانون في كّل المجالات التي يمكن أنّ تشرّع فيها، وإنّ لم يكن ذلك المجال منظمًا من قبل هذا العهد، انظر:

Nation Unies, Série de formation professionnelle N°2, droits de l'homme et élection, New Yourk, Genève, 1994, § 49-50.

توصيتها العامة رقم 21، إذ ناقشت الحقوق الاقتصادية من زاوية نص المادة 16 الفقرة 01، وأعلنت اللجنة أنّه: "ينبغي لتقارير الدول الأطراف أن تتضمن تعليقاتٍ على الأحكام القانونية أو العرفّية المتعلقة بقوانين الإرث من حيث تأثيرها على مركز المرأة كما هو منصوص على ذلك في الاتفاقية وفي قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 884 دال (د – 34)، الذي يوصي فيه المجلس الدول بضمان أن يكون للرجل والمرأة اللذين تجمعهما نفس الدرجة من القرابة بشخص متوفي الحق في الحصول على حصص متساوية في التركة، والحق في مرتبة متساوية في ترتيب الورثة"[1].

أما فيما يتعلق بالميراث في الجزائر، نجد أن التعديل الدستوري لعام 2016 ينص في المادة 64 الفقرة 02 منه على أنّه: "***حق الإرث مضمون***"، فهي خلافًا لدساتير بعض الدول، تقر للنساء هذا الحق.

لكن بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية[2]، نجد أنه يتم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حيث يتم بموجبها تحديد الورثة وبيان أنصبتهم، في آيات المواريث في سورة النساء (10، 12 و116) وهي مبنية على قاعدة "**لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ**" من الآية العاشرة المفصَّلة في سائر الآيات.

ولقد جاءت المواد من 126 إلى 183 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم لتنظيم حقّ الميراث، فنجد أن ميراث الأنثى يختلف باختلاف حالها وصلتها بالمورث، ويقرر للمرأة نصف ما يعطي للرجل من التركة، كما أنه يحرم في بعض الحالات النساء من الإرث، إذا

---

1 – لجنة القضاء على التّمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، الفقرة رقم 34.

2 – حدد الكتاب الثالث (المواد من 126 إلى 183) من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمّم أصناف الورثة وحدّد قسمة كل واحدٍ منهم:

– أصحاب الفروض، بمعنى الذين حصتهم محددة في القانون وخاصّةً في المادتين 141 و142.

– بالنّسبة للرجال هم تحديدًا: الأب، الجد، والأب إن علا، الزوج، أخ الأم، أخ الشقيق، حسب العمري.

– بالنسبة للنساء هن: البنت، بنت الابن وإن نزل، الأم، الزّوجة، الجدّة من جهتين وإن علت، الأخت الشقيقة، أخت الأب وأخت الأم.

– العصبة، العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم.

تعتبر أحكام قانون الميراث من النظام العام، إذ لا يمكن عزل من الميراث الأفراد المنصوص عنهم قانونًا، انظر: مرافعة من أجل المساواة في الميراث بين الرجل والمرأة بالجزائر، مركز الإعلام والتوفيق لحقوق الطفل والمرأة، الجزائر، نوفمبر، 2010، ص 28.

تعلق الأمر بالزوجات غير المسلمات، وجاء مضمون هذه المواد مخالفًا لتفسير اللجنة للمادة 16 الفقرة 01/و من اتفاقية سيداو[1].

كما قُدمت للجزائر جملةً من التوصيات أثناء عرضها لتقريرها سنة 2008 حول وضعية حقوق الإنسان أمام لجنة المراجعة الدولية الدورية (UPR) التابعة للأمم المتحدة بجنيف، وذلك لإزالة كل أشكال التمييز ضد المرأة، ومن بين هذه التوصيات ضرورة تكريس العدالة بين المرأة والرجل في الميراث.

أبدى ممثل الجزائر في خاتمة مداخلته استعداد الجزائر لتقبل كل التوصيات المتعلقة بحقوق المرأة ما عدا تلك التي تخص الميراث، إذ صرح هذا الأخير قائلاً: "الدولة الجزائرية تقبل كل التوصيات إلا التوصيات المتعلقة بالميراث لأنها مخالفة لسيادة الشعب"[2].

غير أن يمكن تكييف تصريح ممثل الجزائر على أنه غامض جدًا، فما المقصود بسيادة الشعب هنا؟ أهو دستور الدولة الجزائرية؟، لأن إن كان يقصد في تصريحه الدستور الجزائري، فإن هذا الأخير قد كرس مبدأ عدم التمييز والمساواة بين الجنسين في كل الميادين وبصورة واضحة لا لبس فيها، وذلك في عدد من مواده ومن أهمها نص المادة 29 و31[3].

وأما تقنين الأسرة الجزائري فقد كرس عدم المساواة بمفهوم الاتفاقية في مادة الميراث، والتي يمكن رصدها وفق النّقاط الآتّية:

---

1 – في الواقع نجد بعض المناطق في الجزائر لازالت تحرم النساء من التمتّع بهذا الحقّ، اعتقادًا منها بأنّ تجريد النّساء من هذا الحقّ هو الإجراء الوحيد الذي يضمن المحافظة على الأراضي، حيث أنّ المرأة عند زواجها تترك مكانها الأصلي لتعيش في قبيلة زوجها، فتصبح جزءًا من عائلته وتستقّر وأولادها معه، انظر: نادية برجب، فتيحة عقاب، وضعية المرأة في الجزائر، الجمعية الجزائرية للتنظيم العائلي، لجنة المرأة، ديسمبر 1995، ص 24.

2 – نقلاً عن: مرافعة من أجل المساواة في الميراث بين الرجل والمرأة بالجزائر، مرجع سابق، 45.

مثل الجزائر كثيرًا ما تشير الدول الأطراف في سيداو إلى أنه مسألة في القانون لا يمكن تغييرها لاستنادها إلى الشريعة نذكر على سبيل المثال مصر، ليبيا، سوريا. فقد أكدت مصر على أنّ أحكام الشريعة فيما يتعلق بالميراث" أمر محسوم"، كذلك أشارت العديد من الدول الأطراف صراحةً إلى تحفظاتها على سيداو تتعلق بقوانين الميراث (مثل البحرين، ليبيا، غامبيا، سنغافورة)، فقد اعتبرت ليبيا على سبيل المثال أنّ تحفظها" ينطبق على الإرث لوجود أحكام قاطعةٍ في الشريعة في هذا الصدّد لا يمكن مخالفتها"، نقلاً عن: الحركة العالمية "مساواة"، "سيداو وقوانين الأسرة المسلمة، بحثًا عن أرضية مشتركة"، مرجع سابق، ص 62.

3 – انظر: المادة 29 و31 من دستور الجزائر، لعام 1996 المعدل والمتمم.

1 – عدم العدالة بين الأطفال: الولد له حصة مضاعفة على حصة البنت، ولا يمكن القيام بالوصية لحساب أحد الورثة. الأولياء الذين يريدون وضع عدالة بين كل أولادهم، البنات والذكور، لا يمكن استعمال الوصية كتعويض لحساب البنات اللواتي هن من الورثة ذوي حصة ثابتة.

2 – عدم العدالة بين الأزواج:

أ)–حسب جنس الزوج المتبقي على قيد الحياة: إذا كان الزوج الباقي هو رجل، هذا الأخير يرث النصف من تركة زوجته في حالة عدم وجود الفرع الوارث لها، وعند وجود الفرع الوارث للزوجة يرث الزوج الربع.

إذا كان الزوج الباقي هو المرأة فترث الربع عند عدم وجود الفرع الوارث للزوج، وترث الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج.

ب)–حسب ديانة الزوج المتبقي على قيد الحياة: الزوجات غير المسلمات لا ترثن من أزواجهن المسلمون، بينما العكس ممكن.

3 – عدم العدالة بين الأطفال الشرعيين والآخرين:

أ)– الطفل المكفول لا يرث.

ب)– الطفل غير الشرعي، وحتى المعترف به من طرف الأب لا يرث.

4 – عدم العدالة على أساس الوضع والانتماء الديني:

يمنع من الإرث كل من المرتد والخارج من الملة.

إن القول بعدم المساواة بين الرجل والمرأة اعتمادًا على ما جاء أحيانًا لا دائمًا في أن للذكر مثل حظ الأنثيين، وأن الزوجة تأخذ نصف ما يأخذ الزوج فهو ليس مطلقًا في كل حالات الميراث، إنما هو في حالات خاصّة، حيث أنّه بمقارنة حالات ميراث الأنثى بالذكر يتبيّن أنّه يوجد أربع حالاتٍ:

الأولى: الحالات التي تتساوى فيها الأنثى مع الذكر في الميراث[1]، والثانية: الحالات

1 – انظر: المادة 149 الفقرة 01 و02 و07 من تقنين الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم، والمادة 148 الفقرة 02، والمادة 147 الفقرة 01، والمادة 176.

التي ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر[1]، والحالة الثالثة: فهي الحالات التي ترث فيها الأنثى ولا يرث فيها الذكر[2]، أما الرابعة: فهي الحالات التي ترث فيها الأنثى أقل من الذكر[3].

بينما يرى بعض المنتقدين لقانون الأسرة أن هذه الأنصبة غير متساويةٍ بين الرجل والمرأة فتأخذ الزوجة الثمن من تركة زوجها، وفي الحالة نفسها يأخذ الرجل الربع من تركة زوجته، فهذا النص يبين التمييز اتجاه النساء، كما أن هذا النظام المتعلق بأحكام المواريث هو نظام تمييزي انطلاقًا من المبادئ العالميّة ولاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فكم من امرأةٍ بدون أطفال وجدت نفسها ملقاة في الشارع، لأن البيت الذي كانت تسكنه أصبحت مشتركة فيه مع ورثة زوجها، وكم من امرأة انتزعت منها ممتلكاتها التي تلقتها في حياة زوجها[4].

تتجلى الحكمة من جعل نصيب المرأة نصفَ نصيبِ الرجل هو أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل أن ينفق على المرأة، فالبنت تعيش على نفقة أبيها وولي أمرها ما لم تتزوج، وعندما تتزوج تأخذ من زوجها مهرًا وهو حق خالص لها تتصرف فيه كما تشاء، وتعيش على نفقة زوجها، ثم إذا عادت إلى بيت أهلها بسبب الطلاق أو بعد وفاة زوجها فينفق عليها ولي أمرها مع أنها تكون قد حصلت على نصيب من ميراث زوجها بحكم النظام الإسلامي، فبهذا يكون نصيب المرأة مساويًا لنصيب الرجل تارة وزائدًا عليه تارة أخرى باختلاف الأحوال.

أما الابن فإن على ذمته أمورا وأعباءً ليس من شأنه أن يتزّوج إلا بدفع مهر من ميراثه إن لم يكن متزوجًا، أو عليه أن يقوم بدفع نفقة زوجته إذا كان متزوجًا وإيفاء من ما يحتاج إليه في بيت الزوجية من الفرش وغيره وأهم متطلبات الحياة المتعددة، وإضافة إلى تحمل نفقة الأولاد من تعليمٍ وتربيةٍ[5].

---

1 – انظر: المادة 147 فقرة 02 والمادة 155 الفقرة 02، والمادة 144 الفقرة 04، والمادة 153 الفقرة 03، والمادة 154 من تقنين الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم.

2 – انظر: المادة 149 الفقرة 04 من التقنين المذكور أعلاه.

3 – إذا كان أولاد الميت من صلبه ذكوراً وإناثاً تأخذ الأنثى نصف الذكر أي للذكر مثل حظّ الأنثيين،

– عند وجود الأب والأم، ولا يوجد أولاد ولا زوجة فتأخذ الأم الثلث والأب الثلثان، انظر: المادة 144 الفقرتان 01 و02، والمادة 145 الفقرتان 01 و02، والمادة 146، والمادة 149 الفقرة 02، والمادة 153 الفقرة 02.

4 – ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 82.

5 – المرجع نفسه.

لهذه الأسباب ولغيرها يظهر أن مال البنت محفوظ لها، وأن مال الابن فإنه مهدّد بالنقص والفناء من نواحي متعددةٍ، فهذه هي الحكمة، وبعد النظر والإنصاف يجعل نصيب البنت من الميراث نصف نصيب الابن منه.

وما يلاحظه على هذه المبررات أنها لم تأخذ بعين الاعتبار أن بعض النساء هن اللواتي تلبين حاجيات أسرهن أكثر من الرجال، وأن هناك فصلاً شاسعًا يفصل القانون عن الممارسة، فالمرأة المسلمة اليوم تشارك في الحياة العامة، ولها نشاط اقتصادي، وتحظى باعتراف أكبر بقيمة عملها المنزلي غير المأجور. فمن الشائع اليوم أن نسمع مثلاً قصص نجد فيها الابنة هي التي ترعى أبويها المسنين ماليًا وجسديًا وعاطفيًا حتى وفاتهما، ومع ذلك يظل الابن يحصل على ضعف نصيبها في الميراث. فعلى الرغم من أنه لم يسهم بشيء في رعاية والديه وراحتهما، يظل هو المميز على أخته التي تحملت المسؤولية والرعاية. فإذا كان الامتياز مرتبطًا بالمسئولية، ألا ينبغي أن يفقد الرجل غير المسئول امتيازه إذا فشل في الوفاء بالتزاماته؟

وفي كثير من الأحيان تتحمل المرأة عبء الإنفاق على الأسرة، بدافع الضرورة ليس إلا، ولكنها رغم ذلك لا تتحصل على نصيب أكبر في الميراث يعكس تلك المسؤوليات الأكبر، التي يفترض أنّها تقع على عاتق الرجل.

فاليوم رغم أن مسؤوليات الرجل التقليدية تقلصت، فقد ظلت حقوقه التقليدية دون تغيير، بينما زادت مسؤوليات المرأة وظلت حقوقها التقليدية دون تغيير. ففي مجتمعنا المعاصر يقال للزوجة ألا تنتظر من زوجها تحمل مسؤولية الإنفاق عليها وعلى أبنائها وحده، بينما لا يقال للزوج أنه من غير المنطقي أن تظل متوقعًا من زوجتك الطاعة التامة.

وعليه أعيد فتح النقاش حول موضوع عدم المساواة في الميراث بين الجنسين في تقنين الأسرة الجزائري، غير أن السلطات الجزائرية استبعدت أي احتمال لمناقشة هذه المسألة، وفي هذا ظهر اتجاهان يهدفان إلى التغلب على التناقضات الواردة بين الواقع الاجتماعي المعاش والنصوص في تقنين الأسرة في موضوع المساواة في الميراث، فيرى الاتجاه الأول وهو الأكثر تحفظا أن البحث عن حل لتطبيق المساواة في الميراث بين الجنسين والعثور عليه يكمن في الشريعة الإسلامية نفسها، ولكن مع الابتعاد نوعا ما عن التفسير الأكثر صرامة للشريعة الإسلامية، ومن بين المفكرين الإسلاميين المؤيدين لهذا الاتجاه المفكر الإسلامي "محمد طالبي" الذي اقترح أن مشكل المساواة في

الميراث سيكون له حل قانوني عن طريق تطبيق بعض قواعد الشريعة الإسلامية من أجل تطوير القانون ومطابقته للواقع مثل قاعدة "الضرورات تبيح المحرومات"، قاعدة "المصلحة العامة"، وقاعدة "المقاصد الشرعية"، فهذه المبادئ تسمح بتطوير القانون في مادة الميراث.

والدليل على ذلك حسب هذا الاتجاه أن بعض الأحكام القرآنية تم استبعادها، فعقوبة السرقة مثلا تم تعليقها من طرف عمر بن الخطاب ولم يتم الاحتفاظ بها في تشريعات الدول الإسلامية، وأحكام أخرى تم تركها واستبدالها بما يناسب وفق الحدث المناسب.

أما الاتجاه الثاني الذي تمثله جمعيات الدفاع عن حقوق المرأة، يطلب علمنة قانون الأحوال الشخصية، وبالتالي تحرير وضع المرأة. ويرى هذا الاتجاه أن ذلك سيجعل تقنين الأسرة أكثر انسجاما مع بقية القوانين الجزائرية مثل قوانين الضمان الاجتماعي وقوانين الضرائب أو القوانين الجنائية وسوف تتقدم في اتجاه العدالة الاجتماعية والتقدم[1].

غير أنه مهما كانت أهمية تبريرات هؤلاء حول إمكانية تكييف النصوص الدينية مع الواقع الاجتماعي الجزائري، نظرا لما حدث فيه من تطور وتغير في الأوضاع والأفكار، فإن استبعاد أو تعديل القواعد القانونية الناظمة للميراث في تقنين الأسرة على أساس المساواة بين الجنسين كما تدعو إليه اتفاقية سيداو ليس بالأمر الهين والمقبول اجتماعيا.

على كل حال تبقى مسألة الميراث من المسائل التي تثير مخاوف لجنة سيداو، فدعت اللجنة الجزائر إلى وجوب النظر في قانون الميراث مع مراعاة تجارب دول أخرى لديها خلفياتٍ ثقافيةٍ ونظمٍ قانونيةٍ مماثلةٍ، كانت عدلت قوانينها لتمكين المرأة من الميراث على قدم المساواة مع الرجل[2].

1 – GARRATON MATEU Carmen, " L'égalité à l'héritage : l'épineuse question de la société algérienne", in, L'Algérie au présent Entre résistances et changements, (ss/dir), DIRECHE Karima, Edi. Karthala et IRMC, Tunis, 2019, p 677.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية حول التقرير الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص 17.

المبحث الثاني

تباين أحكام تقنين الأسرة مع هدف وموضوع اتفاقية سيداو في مسألة حرية فكّ الرابطة الزوجية وتوابعها

أباحت الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة حل الزواج عند حدوث طوارئ اجتماعية التي تجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلةً وتنعدم كل سبل الاتفاق بين الزوجين، وهذا لرفع الحرج عن الزوجين والخلاص من الشقاق والتباغض ليستبدل كل منهما زوجًا آخر قد يتآلف معه ويتبادلا المودة والرحمة.

وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي كما نص على انعقاد الزواج وما يتطلبه من أركان وشروط، نص أيضًا على انحلال هذا العقد وطرق ذلك. ومن المقرّر في القانون الدولي لحقوق الإنسان أن يتساوى الرجل والمرأة في حرية فك الرابطة الزوجية وفي توابعها، فنصت المادة 16 الفقرة 01 من اتفاقية سيداو على أنّه: " ***الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزّواج وعند حلّه***".

انطلاقًا من ذلك يمكن توضيح أين يكمن اختلاف وتباين تقنين الأسرة الجزائري مع اتفاقية سيداو الأمر الذي جعل الجزائر متمسكة بتحفظها على نص المادة 16 منها، وذلك في حرية الزوجين في فكّ الرابطة الزوجية (المطلب الأول)، وفي توابعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التباين في تحقيق المساواة المطلقة في حرية فكّ الرابطة الزوجية

تتنوع صور انقطاع العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب فتكون إمّا ببطلان عقد الزواج[1] أو بالفسخ، وذلك لوجود ما ينافي العقد شرعًا عند قيام الزوجية أو يطرأ بعده ما ينافي بقاءها، إلى جانب البطلان والفسخ توجد صور مختلفة لفكّ الرابطة الزوجية فمنها ما يكون بإرادة الزوجين معًا وهو ما يسمى "بالطلاق بالتراضي"[2]، ومنه ما يكون بإرادة الزوج فقط، إضافة إلى فكّ الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة.

في هذا، ركزت اتفاقية سيداو، على جعل المرأة في نفس مرتبة الرجل في خصوص حرية إنهاء الرابطة الزوجية. ولمعرفة معالم تباين تقنين الأسرة الجزائري في مسألة حلّ الرابطة الزوجية لابد من التطرق إلى صوره المختلفة، والمتمثلة أساسًا في حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، وهو الأصل إذ أن العصمة في يد الزوج فتمنح له الحق في حل عقد الزواج متى شاء دون قيودٍ(الفرع الأول)، وبالمقابل اقتضت العدالة أن تمنح الزوجة حق حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة لكن لأسبابٍ محددةٍ تثبتها أمام القاضي، كما خوّلت لها مكنة أخرى للتحرر من العلاقة الزوجية وهو ما يعرف بالخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

فكّ الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة حقًا إراديًا أصيلاً للزوج

قد يكون الزوج هو الوحيد الذي لا يرغب في استمرار الحياة الزوجية القائمة فله أن ينهي العلاقة بإرادته المنفردة، وهو ما يعرف بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

---

1 – لقد عالج المشرع الجزائري الزواج الباطل في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول، وحاول أن يميّز بينه وبين الزواج الفاسد في أربع مواد، لكنه لم يفلح في ذلك، حيث لم يعط تعريفًا لأيّ منهما.

لا يرتب الزواج الباطل أيّ أثرٍ من أثار الزواج أن وجوده كعدمه، فلا يحل ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا يرد عليه طلاق، ولا عدة فيه بعد المفارقة ولا يثبت فيه توارث ولا مصاهرة، ويبطل طبقا للمادة 33 الفقرة 01 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم، إذا اختل ركن الرضا، وهذا يتماشى مع ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية التي تمنع زواج المرأة دون رضاها، ومعلوم أن الرضا يختل إذا طرأ عليه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس.

2 – لقد نظم المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي من الناحية الإجرائية في المواد 427 إلى 435 من القانون رقم 08-09، المؤرخ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادر في 24 أفريل 2008.

ويعتبر الطلاق حقًا خالصًا للزوج، أثبته الشارع الحكيم، وكذلك السنة النبوية الشريفة، وأجمع عليه العلماء منذ العهد الأول، وذلك لما للرجل من القوامة على المرأة.

والدليل من جواز الطلاق من الكتاب قوله تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**"[1].

وقوله تعالى: "**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[2].

فلم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة التي تشكل إجماعًا بالنسبة لغالبية الدول العربية الإسلامية الجاعلة من الطلاق حقًا إراديًا أصيلاً للزوج دونما الرجوع إلى الزوجة، أيّ أنّ إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني، فهو من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج، والثابت في استعمال الحقوق الإرادية تستعمل بمحض إعلان إرادة صاحبها، وهذا ما بينه المشرع الجزائري في المادة 48 من تقنين الأسرة المعدل والمتمّم[3]، بحيث نصّ صراحةً على إمكانية حلّ الزوج للرابطة الزّوجية بإرادته المنفردة، ويكون المشرع الجزائري بهذا قد سار على نهج الشريعة الإسلامية[4].

فإن طلق الرجل زوجته وقع الطلاق واحتسب عليه بإجماع الأمة المسلمة سلفًا وخلفًا ولا قضاء قاضٍ[5].

اعتبر معارضو هذا الحق ذلك انتقاصًا لمكانة المرأة وهبوطًا بإنسانيتها وكرامتها إلى درجة السلعة يتصرف فيها مالكها كما يشاء، فأين هي المساواة بين الرجل والمرأة ؟[6]

---

1 – سورة البقرة، الآية 229.

2 – سورة البقرة، الآية 236.

3 – تنص المادة 48 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمّم على أنّه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...".

4 – لم يتعرض المشرع الجزائري في المادة 48 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم إلى الشروط الواجب توافرها في الطرفين، مما يتطلب الرجوع في بعض المسائل إلى الشريعة الإسلامية وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكره.

5 – نور الدين عتر، أبغض الحلال إلى الله، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص 120.

6 – أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 13.

لكن ما يؤخذ على هذه الانتقادات أنها تنظر إلى موضوع الزواج والآثار المترتبة عليه في التشريعات الداخلية من منظور واحد، فهي تنتقد مثلاً منح الرجل حق الطلاق وتتغاضى عن إيجاب النفقة على الرجل وتوفير سكن للأم الحاضنة مثلا، فالرجل هو وحده من يتحمل نتائج الطلاق المادية.

ورغم إقرار المشرع الجزائري بجعل العصمة الزوجية للرجل وتمكينه من الطلاق بالإرادة المنفردة وفقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أنه أخضع هذا الطلاق لرقابة القاضي.

استنادًا إلى نص المادة 49 من تقنين الأسرة المعدل والمتمّم[1] فإنّ هذا الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

ولأن الطلاق أبغض الحلال عند الله، وله آثار مهمة ونتائج خطيرة فإنّ المشرع الجزائري عمل بأحكام الشريعة الإسلامية فأوجب قيام القاضي بإجراءات أولها محاولة الصلح بين الطرفين، قبل النطق بالطلاق بمختلف أنواعه إذا لم يقم بهذا الإجراء فإنّ الطّلاق الواقع يكون من الناحية الإجرائية باطلاً.

يفهم من نصّ هذه المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية، مما يستنتج منه تجريد الطلاق الذي يتلفظ به الزّوج من كل قيمة قانونية، وهذا ما يتناقض مع المادة 50 من التقنين المذكور أعلاه التي تنصّ على أنّه: " ***من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد***".

وتثار إشكالية أخرى متعلقة بازدواجية العدة في حد ذاتها فتكون أمام عدّة شرعّية وعدّة قانونية.

إذن فالمرأة المطلقة من الناحية الشرعية ويمكن لأيّ شخصٍ الزواج بها، في حين لا تزال زوجة من الناحية القانونّية أثناء مرحلة الصلح[2].

---

1 – تنص المادة 49 من التقنين المذكور أعلاه على أنّه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين...".

2 – غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري"، مرجع سابق، ص 187.

كما يمكن تصور تناقضاتٍ أخرى منها:

– يجوز خطبة المطلقة بعد فوات عدّتها الشرعية، ولا يجوز ذلك قانونًا.

– يجوز زواجها بعد ذلك شرعًا، ولا يجوز قانونًا بل يجوز لزوجها متابعتها جزائيًا.

– يحل مؤخر صداقها شرعًا، ولا يحل قانونًا.

– إذا توفي زوجها المطلق بعد فوات العدة الشرعية فلا ميراث للمطلقة شرعًا، ولكنها ترث قانونًا لعدم فك الرابطة الزوجية قضائيًا.

ويمكن تفادي هذا التناقض بأحد الأمرين هما:

1 – إصدار حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى وقت تلفظ الزوج بالطلاق، ويبقى هذا الحل مؤقت وجزئي.

2 – ربط جلسة الصلح الواردة في المادتين 50 و49 بفترة العدّة الشرعية[1].

إذا كان لا يوجد نص في تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم يجعل طلب الزوج للطلاق موقوفًا على أسباب معينة، فإن القضاء في بلادنا قد دأب على مساءلة الزّوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطّلاق، ومعرفة ما إذا كانت تلك الأسباب جدّيةً وشرعّيةً مقبولةً أم أنّها كانت أسبابًا طائشةً غير حقيقيّةٍ وغير شرعيةٍ.

وعليه، فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق في هذه الحالة طلب تعسفي، غير شرعيٍّ ولا مبرّرٍ له فإنّ عليه أن يطبق نصّ المادة 52 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم[2]، وهي المادة التي جاء فيها أنّه إذا تبيّن للقاضي أنّ الزوج قد تعسف في طلب الطلاق فله أن يحكم للمطلّقة بما تستحقّه من تعويضٍ، عما يمكن أن يلحقها من ضرر مادي أو معنوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي[3].

وكأن المشرع الجزائري أراد من هذا التعويض التخفيف من حدة الإجحاف الذي تعّرضت

1 – غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري"، مرجع سابق، ص 191.

2 – انظر: المادة 52 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

3 – سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 123.

له الزوجة من الطلاق التعسفي كما أنّه لم يضع حدًّا أقصى أو أدنى للتعويض[1].

يلاحظ هنا أنّ التعويض عن الطلاق التّعسفي ليس أمرًا استحدثه المشّرع الجزائري، بل هو موجود في الشريعة الإسلامية حيث حرّم الإسلام قصد الإضرار بالغير، إذ قال الله تعالى: "**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا**"[2]،

وقوله تعالى: "**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**"[3].

وقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**".

إلا أن بعض الفقهاء عارضوا التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث قالوا بأن المطلقة لا تستحق التعويض ولو كان الطلاق بدون سببٍ منها، لأن الأصل في الطلاق الإباحة، وليس من المشروع عقاب الزوج على أمر مشروعٍ، والمرأة تحصل نتيجة الطلاق على نفقة العدة والمهر وهذا يغنيها عن المطالبة بالتّعويض[4].

يستنتج أن المشرع قيّد من حرية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة بغرض ضمان مساواة المرأة مع الرجل، وذلك بفرض إجراءاتٍ معيّنةٍ مع إجبارية تعويضه للمرأة في حالة تضررها من الطلاق، ويمكن القول أنّ المعنى الحقيقي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يوجد في تقنين الأسرة الجزائري محاولةً منه تكريس المساواة بين الجنسين.

وبهذا قلص المشرع من فجوة تعارض تقنين الأسرة مع اتفاقية سيداو في مجال حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة.

وفي هذا، أشار الأستاذ جيلالي تيشوار إلى أن الغاية من تدخل الدولة عن طريق القضاء له أهمية في إقامة المساواة بين الجنسين، لأن مبدأ المساواة هنا يجب أن يكون عنصرًا فعالًا في انسجام العلاقات الاجتماعية، ما دام أنه يضع حدًا للتعسف[5].

---

1 – من بين الأمثلة في التعسف في الطلاق، الزوج الذي يطلق زوجته خلال مرضه مرض الموت قصد حرمانها من الميراث، أو بسبب مرضها وذلك قصد التّهرب من رعايتها، وبصفةٍ عامةٍ يعتبر الزوج متعسفًا كلما توافرت نيّة الإضرار.

2 – سورة البقرة، الآية 231.

3 – سورة البقرة، الآية 233.

4 – محمود السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط 02، منشورات جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، 2003، ص 142.

5 – TCHOUAR Djilali, " Droit de la famille quels principes d'égalité, Etudes de droit", Mélanges en Hommage à Abdallah Benhamou, Ed.Kounouz, Tlémcen, 2013, p 206.

الفرع الثاني

فكّ الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة حقًا مقيّدًا

إذا سمح المشرع الجزائري للزوج أن يطلق زوجته حتى ولو لم يكن له ما يبرر ذلك، فإنّه لم يهمل أمر الزوجة وحقها في فكّ الرّابطة الزّوجية، إذ جعل لها الحق في طلب التّطليق ومنحها حق مخالعة زوجها.

ورغم أن التطليق والخلع يمنحان المرأة المتزوجة حقّ فكّ الرابطة الزوجيّة بإرادتها المنفردة، إلا أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تنظر إلى صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة المنفردة في الجزائر غير كافيةٍ وتقوم على التمييز ضّد المرأة. وعليه، يستدعي الموضوع دراسة الحق الأول (التطليق) بناءً على أحد الأسباب الواردة في نص المادة 53 من تقنين الأسرة المعدل والمتمّم (أولاً)، والحق الثاني (الخلع) وذلك مقابل عوض بناءً على ما ورد في نص المادة 54 من التقنين ذاته (ثانيًا).

أولاً – تقييد حرية إرادة الزوجة عند طلب التطليق:

أقرّ الشرع والقانون التطليق كوسيلة لفك الرابطة الزوجية بيد الزوجة، متى كان في استدامة هذه العلاقة ضررًا محضًا بها، وإخلالا بأهداف الزواج.

لم يعرّف المشرع الجزائري التطليق، ولكنه عدد الأسباب القانونية التي يمكن للزوجة الاستناد إليها في طلب التطليق من زوجها بناءً على إرادتها المنفردة أمام القاضي ضمن المادة 53 من تقنين الأسرة، والتي رفعها من 07 أسباب إلى 10 أسباب في تعديل عام 2005 محاولة منه توسيع دائرة التطليق، ومنح المزيد من الحرية للمرأة للتحرر من الرابطة الزوجية.

وتتمثل الحالات الموجبة لطلب الزوجة التطليق حسب نص المادة 53 المعدلة من تقنين الأسرة الجزائري في: التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للعيب، التطليق للهجر في المضجع، التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، التطليق لغياب الزوج بعد مضي سنة، التطليق لارتكاب فاحشة مبينة، التطليق للضرر المعتبر شرعًا، التطليق لمخالفة المادة 08 من تقنين الأسرة، التطليق للشقاق المستمر، وأخيرًا التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.

ولهذا يمكننا القول إن التطليق بطلب الزوجة يخضع في مجمله لسلطة القاضي التقديرية، فيكون مطالبًا بتفحص مشروعية الأسباب، حتى يقدر مدى تأسيس طلب الزوجة

من عدمه، وهذه الأسباب تحمل في طيّاتها الإضرار بالزوجة سواء كان ذلك عن قصد أو بدون قصد، وأنّ الضرر اللاحق بها يكون ضررًا ماديًا كما قد يكون معنويًا.

أ – إثبات الضرر المادي قيد لإرادة الزوجة في طلب التطليق:

قد يحدث أن تتضرر الزوجة ضررًا ماديًا في بعض الحالات فتصبح حياتها مستحيلة، ويكون الضرر ماديًا إذا أدى إلى انتقاص حق الإنسان من ماله أو جسمه، فإذا كان محله جسم الإنسان فيسمى ضررًا جسمانيًا، أما إذا كان محل الضرر مالاً يسمى ضررًا ماليًا[1]، وهذا يتحقق عندما يخل الزوج بالتزاماته الزوجية ويكون بذلك مهملا، وبما أن صور الضرر المجيزة للزوجة طلب التطليق متعددة ولا يمكن لنا حصرها نكتفي بالإشارة إلى بعض حالاته.

1 – طلب التطليق للإخلال بالالتزامات الزوجية:

يأتي الإخلال بالالتزامات الزوجية من عدم الإنفاق والإضرار بالزوجة، كما أن استقرار الأسرة لا يتحقق إلا بتواجد الزوج داخل البيت والتعاون والتشارك والتشاور في كل ما يخص الأسرة، وإنه ببعد الزوج وغيابه، ستتأثر الزوجة والأولاد ماديًا ومعنويا، وتم تغليب الجانب المادي وإدراج حالات الغياب ضمن التطليق للضرر المادي لاشتراط المشرع ترك النفقة.

– طلب التطليق لسبب الامتناع عن الإنفاق:

ينحصر واجب الإنفاق في أنه على الزوج تلبية جميع حاجيات زوجته من مأكل ومشرب وملبس مسكن وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة طبقا لنص المادة 78 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم.

أعطى المشرع الجزائري للنّفقة نصيبًا معتبرًا من الاهتمام، حيث نظمها في الفصل 03 من الباب 02 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمّم في المادة 74 إلى غاية المادة 80 منه، فنصّ على وجوبها، ومشتملاتها وكذا تقديرها واستحقاقها[2].

---

1 – نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 04.

2 – حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر، 2012، ص 33.

أجمع أئمة الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وفي حالة امتناع الزوج عن القيام بذلك فإنه يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم يلزم زوجها بالإنفاق عليها.

وعليه فإن المشرع الجزائري نص في المادة 53 فقرة 01 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنه" عدم إنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80، من هذا القانون"، وبتحليل نص هذه المادة يمكن لنا استخلاص الشروط التي تحدّ من حرية الزوجة في طلب التطليق تأسيسًا على عد الإنفاق:

1 – امتناع الزوج عن النفقة الشرعية قصدًا أو عمدًا، وبهذا إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق، لابد لها من استصدار حكمٍ قضائيٍ سابقٍ يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقًا للإجراءات والشروط المنوه لها قانونًا، وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق[1]، وحكم القاضي الصادر بإلزام الزوج بالنفقة ليس لأجل إيجاب النفقة كما جاء في نص المادة 53 السابق ذكرها، لأنّ الأصل فيها واجبة شرعًا وقانونًا، وإنما يمكن اعتبار هذا الحكم بمثابة الإعذار والتحذير بالنسبة للزوج الممتنع عن الإنفاق.

2 – ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب إعساره، أما إذا كان موسرًا وادعى العجز فان القاضي هنا يأمره بالإنفاق على زوجته أو الطلاق.

3 – ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج، ولكن في حالة الإعسار بسبب تقاعس الزوج عن العمل ومن ثم لا يجد ما ينفق به على زوجته، لا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها طلب التطليق وليست مجبرة على البقاء معه، وهذا ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية[2].

الملاحظ على هذه المادة أنّها لم تبين المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة والتي يمكن بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة، ولذلك يؤخذ بالمدة التي

1 – رشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 188.

2 – وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 214.

وردت الإشارة إليها في المادة 331 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم وهي مهلة شهرين[1]، ولم يفرق المشرع بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة، في حالة عدم إنفاق الزوج.

زيادة على ذلك فإن المشرع لم يوضح هل يمكن للزوجة طلب التطليق في الحالة التي يتفق فيها الزوجين على أن تشارك الزوجة في تحمّل الأعباء المالية للأسرة؟ أو يمكن إدخال هذه الحالة في إطار تطبيق نص المادة 19 من تقنين الأسرة الجزائري المتعلقة الاشتراط في عقد الزواج، والذي يعتبر حق معترف به لكلا الزوجين بشرط أن لا يتنافى الشرط مع القانون ومقتضياته أو مع العقد نفسه، ويمكن أن نضيف إلى هذه الفكرة ما ورد في نص المادة 37 من تقنين الأسرة التي وسعت باب الاشتراط في عقد الزواج في الناحية المالية[2]، هذا فضلا عن عدم وجود حكمٍ في هذه الحالة يخص المرأة العاملة.

– طلب التطليق لغيبة الزوج:

يُحدث غياب الزوج فراغًا ويلحق ضررًا بالزوجة والأطفال، وفي هذه الحالة يمكن للزوجة إما أن تنتظر عودة زوجها، أو أن تسعى إلى رفع الضرر عن طريق التطليق، كما قد يرتكب أفعالا خارجة عن القانون يدخل على إثرها السجن فيُلحق بأسرته ضررًا لبعده عنها.

♦ **التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذرٍ ولا نفقةٍ:** لقد استمد المشرع الجزائري هذه القاعدة من مذهب مالك دفعًا للضّرر عن المرأة، ولهذه الأخيرة الحق في طلب التّطليق إذا غاب عنها زوجها[3].

---

1 – وفي هذا الشأن، نورد مثال القرار الصادر عن المحكمة العليا إذ جاء فيه: "إذا كان مؤدى نص المادة 331 من قانون العقوبات الحكم جزائيًا بالحبس والغرامة على من امتنع عمدًا ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاءً لصالح من حكم لهم، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقًا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 23 نوفمبر 1982، ملف رقم 23194، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 1989.

2 – تنص المادة 37 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على ما يأتي:" غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو أي عقد لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

3 – اختلف الفقهاء في موضوع التفريق للغيبة إلى رأيين:

1 – رأي لا يجيز التفريق بسبب غيبة الزوج: ذهب إلى هذا الرأي الحنفية والشافعية، ويرى هؤلاء أنه لا يصح التفريق بسبب غيبة الزوج حتى وإن طالت المدّة لانعدام وجود أساس شرعي لهذا التفريق، وأن الأصل بقاء الزوجة حتى=

إن غياب الزوج عن زوجته، إمّا أن يكون الهدف منه سليمًا كسفره من أجل طلب العلم أو التجارة، وإما العمل وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة، وذلك ببعده عنها وتركها دون معيلٍ، وعلى هذه الحالة الأخيرة أجاز المشرع الجزائري للزوجة التطليق في حالة غياب الزوج بعد مرور سنةٍ بدون عذرٍ ولا نفقةٍ[1]، إذ نصت المادة 53 الفقرة 05 من التقنين المذكور أعلاه على أنه: "***يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للغيبة بعد مرور سنةٍ بدون عذر ولا نفقةٍ***".

من خلال استقراء هذه الفقرة، يتضح أن المشرع الجزائري نص على مجموعةٍ من الشروط ليتحقق ضرر الغيبة وهي:

1 – أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل، ويجري حساب هذه المدة باعتماد السنة الميلادية ويبدأ الحساب من أول يوم لغياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى[2].

2 – أن تكون غيبة الزوج دون عذرٍ شرعيٍّ وعقليٍّ مقبولٍ، كأن يسافر ولم يعد، فيعتبر إنسان مهمل لعائلته، ومتهربًا من واجباته.

3 – أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه؛ وهذه الحالة تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي، ويتأكد منها بجميع الطرق والوسائل، وينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب[3].

=يقوم الدليل على جواز التطليق مهما كان نوع الغيبة، وقد نقل عن الأحناف أن القضاء على الغائب لا يجوز، وقال الشافعي: "لا فسخ مادام الزوج موسرا وإن انقطع خبره".

2– رأي يجيز طلب التفريق للغيبة: قال بهذا الرأي المالكية والحنابلة، وهم يرون جواز التفريق لغيبة الزوج إذا طالت وتضررت الزوجة بسببها ولو ترك لها زوجها الغائب مالا تنفق منه مدة غيبته، نقلاً عن: أيت شاوش دليلة، "التطليق للغيبة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص ص 274 – 275.

1– في تعريف الغائب انظر: المادة 110 من تقنين الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم.

ثم جاءت المادة 112 من التقنين ذاته لتخول للزوجة حق طلب التطليق بنصها على أنه: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءًا على الفقرة 5 من المادة 53 من هذا القانون"، فهذا النص أثبت حق الزوجة في طلب التفريق للغياب مع إحالتها في تحديد شروط رفع دعوى طلب التطليق في المادة 53 الفقرة 05 من التقنين ذاته التّي حددت مدة الغيبة لسنةٍ وأكثر وبدون عذرٍ شرعيٍّ معقولٍ مع غياب النّفقة.

2 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 297.

3 – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، مرجع سابق، ص 293.

إذا تمعنا في الأمر نجد أن المشرع – في الحقيقة الأمر – لم يأخذ بالغياب كسبب مباشر للتطليق وإنما قرنه بعدم الإنفاق، ولو تم تحليل الأمر لكان من المستحسن إدراج عدم الإنفاق بسبب الغياب لفقرة الطليق لعدم الإنفاق، هذا ولقد استمد المشرع هذه الفقرة الخاصة بالغيبة بعد مضي سنة بدون عذر من مذهب الإمام مالك والذي يوافقه فيه الإمام أحمد وذلك بقولها أنه يجوز للزوجة طلب التطليق دفعا للضرر عنها، إلاّ أنّ المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر والنفقة أيضا رغم أنّ الإمام مالك يرى أنّ للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذا غاب عنها حتى لو كان له مال تنفق منه[1].

♦ **التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية وارتكابه فاحشة مبينة:** لقد نص المشرع في المادة 53 الفقرة 04 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجيّة.

من خلال استقراء هذا النص يمكن استنتاج الشروط الواجب توفرها في التطليق للحكم بعقوبةٍ على الزوج وهي:

1 – صدور ضد الزوج حكم قضائي حائز لقوّة الشيء المقضي فيه، وهو ارتكابه لجريمة من جرائم القانون العام أو غيرها.

2 – أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

إنّ المشرع باستعماله لعبارة "العقوبة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف وجعل معياره غير دقيق ويصعب حصرها في عدد معين، لدرجة يمكن معها القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف. وبالتالي تبقى للقاضي دومًا السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرف

1 – نقلاً عن: وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولي، مرجع سابق، ص 225.

الأسرة أو غير ذلك[1].

3 – أن تكون العقوبة قرينةً على استحالة مواصلة العشرة الزوجية.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لقد بالغ في استعماله لمصطلح "الاستحالة"، إذ أن الحكم على الزوج بعقوبة شائنة وفيها مساس بشرف الأسرة، لا يؤدي حتمًا إلى استحالة مواصلة الحياة الزّوجية. وإنما قد يخلق جوًا من التوّتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين، لذا أعطي للزّوجة حقّ طلب التّطليق وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية، مستعينًا بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوّتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه[2].

لم يشترط المشرع الجزائري أن تكون هذه العقوبة مقيّدةً للحريةً أو عقوبة موقوفة التّنفيذ[3]، أو غرامةً وإنما استعمل عبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة"، أيّ تعلق الفعل بأعمالٍ شائنةٍ منافيةٍ للأخلاق[4].

حاول المشرع الجزائري توضيح بعض الأسباب، ومن ذلك ما جاء في الفقرة 04 من المادة 53 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، حيث تخلى عن أجل السنة التي كان يشترطها في الفقرة نفسها، فالواضح أنّه أسقط نوعية ومقدار العقوبة، فبعد التعديل أخذ فقط بمعيار الإدانة دون النظر لنوعية العقوبة[5].

---

1 – نبيلة بن عائشة، "إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية التطليق"، مجلة تحولات، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018، ص 27.

2 – المرجع نفسه، ص 28.

3 – الجدير بالذكر فإن المادة 53 الفقرة 04 من تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديله في 2005 نصت على أنه يجب أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة، فلا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا كانت العقوبة إحدى عشر شهرًا لعدم اكتمال النصاب القانوني الزمني المطلوب، سواءً كان الحبس المحكوم به منفذًا أو موقوف التنفيذ، وحتّى ولو توفرت الشروط الأخرى، فالسنة وأكثر شرط، وأن تكون حبسًا نافذًا، حتى يتحقق شرط تقييد الحرية، وبالتالي حدوث تضرر الزوجة بغياب زوجها عنها، مع الملاحظ أنّ احتساب مدة السنة يكون من تاريخ حبس الزوج أي تقييد حريته، انظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 296.

4 – يوجد مجموعة من الجرائم في تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم يمكن أن تدخل في مفهوم الجرائم الماسة بشرف الأسرة، منها الشّذوذ الجنسي، وجريمة الزّنا، وجريمة زنا المحارم، وجرائم هتك عرض قاصر أو تحريضه على الفسق، أي كلّ المواد التي تدخل ضمن القسم السادس المعنون بانتهاك الآداب، من المادة 333 إلى المادة 341 مكرّر من تقنين العقوبات المعدّل والمتمّم.

5 – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 45.

وقيد المشرع في هذه الحالة حرية الزوجة في طلب التطليق بصدور حكم ضد الزوج، إلا أنه وسع من نطاق هذه الحرية فيما يتعلق بنوع الجريمة المرتكبة، وكذلك بإلغاء مدّتها.

بالإضافة إلى ما قد يرتكبه الزوج من جرائم معاقب عليها، قد يرتكب أفعالا توصف شرعًا بأنّها فاحشة مبينة لا تقتضي دخوله السجن، وقد أجاز المشّرع الجزائري للزوجة إلى جانب التطليق لسجن الزوج، التطليق لسبب ارتكاب الزّوج فاحشةً مبينةً في نصّ المادة 53 الفقرة 07 من التقنين المذكور أعلاه[1].

يتمثل إذن الاختلاف الظاهر بين الفقرة 04 والفقرة 07 من المادة 53 من تقنين الأسرة، في ضرورة إدانة الزوج بحكم قضائي في الحالة الأولى، دون حاجة إلى ذلك في الحالة الثانية، وهو ما يؤدي إلى منح الزوجة مزيدًا من الحرية في طلب فك الرابطة الزوجية.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص في تقنين الأسرة على المراد من عبارة فاحشة مبينة، في هذه الحالة تبقى الإحالة الواردة بنص المادة 222 من التقنين ذاته هي الحل الوحيد، بسبب سكوت القانون عن البيان، رغم أنّ المعمول به قضائيًا هو حصر الفاحشة في الزنا، ويراد بها في لغة القانون بالأخص زنا الأقارب تبعًا للمفهوم الجنائي للمصطلح وفقًا لتقنين العقوبات الجزائري المعدّل والمتمّم.

بينما وردت في القرآن الكريم عدّة آياتٍ كريمةٍ تصوّر الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة العامة والسلوكات الاجتماعية إخلالاً كبيرًا منها قوله تعالى: "**وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا**"[2]، وقوله: "**قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا ومَا بَطَنَ والْإِثْمَ والْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وأَن تُشْرِكُوا بِاللهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وأَن تَقُولُوا عَلَى اللهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ**"[3]، وقوله:" **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلً**"[4].

---

1 – انفرد المشرع الجزائري دون غيره من القوانين العربية الإسلامية في النص على هذه الحالة كسببٍ في طلب التطليق، نقلاً عن: سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري–دراسة مقارنة–، مرجع سابق، ص 333.

2 – سورة النساء، الآية 22.

3 – سورة الأعراف، الآية 33.

4 – سورة الإسراء، الآية 32.

الواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان، فالفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم التي أقرّ لها الشارع الكريم عقوباتٍ محددةٍ ومعيّنةٍ تسمى "الحدود" وهي الجرائم التالية: الزنا، القذف، السرقة، السكر، الرّدة، والبغي وهي تسمى "بالفواحش"[1].

يعتمد القاضي في تقدير الفعل هل هو فاحش أو غير فاحش على عناصر أساسية هي مقتضيات العقل السليم، ونظرة الدين إلى الفعل، وكذا الإرادة الاجتماعية العامة[2]، حسب ما هو وارد في المادة 339 من تقنين العقوبات الجزائري المعدّل والمتمم[3] .

إذا ما حدث أن ثبتت الجريمة، وطُبقت العقوبة، فللزوجة الحق في طلب التّطليق طبقًا للفقرة 07 من المادة 53 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم، وللقاضي أن يحكم بذلك، والمشرع الجزائري يعاقب الزوج بتطليق زوجته جبرًا عنه[4].

إذن رغم أنّ المشرع الجزائري خول الزوجة حق المطالبة بالتطليق لارتكاب زوجها فاحشة مبينة، لكن يُعاب عليه استعماله كلمة ذات معنى واسع، يحتوي مدلولها على عدة معاني ومفاهيم، فكان عليه أن يكون أكثر دقة ويقتصر على فعل الزنا، لأنّ بقية الأفعال الأخرى تدخل في قبيل التطليق للضرر المنصوص عليه في الفقرة العاشرة من المادة 53 من تقنين الأسرة.

2 – التطليق للضرر بمفهومه العام:

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق للضرر بناء على الفقرة 10 من المادة 53 من تقنين الأسرة بنصها: " ***كل ضرر معتبر شرعا*** " علمًا أن التطليق للضرر جاء به

1 – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 47.

2 – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، مرجع سابق، ص 299.

3 – انظر، المادة 339 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

4 – تنص المادة 341 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم أنّه: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار واردٍ في رسائل **أو** مستنداتٍ صادرةٍ من المتهم، وإما بإقرار قضائي"، يلاحظ أن المشرع الجزائري، قد أخذ أحكام الزّنا من القانون الفرنسي، حيث تأثر تقنين العقوبات الجزائري لعام 1966 بتقنين العقوبات الفرنسي لعام 1910، انظر: رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري – الأحكام العامة للجريمة – ط 02، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 90.

المشرع قبل التعديل في الفقرة 06 من المادة نفسها من تقنين الأسرة التي كانت تنص: "***كل ضرر معتبر شرعا، لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و37 أعلاه***"[1].

يتضح أن المشرع حصر أسباب طلب الزوجة التطليق، التي تكاد تكون جلها مستنبطةً من أحكام الشريعة الإسلامية، مع استعماله لبعض المفردات الغامضة والعامة، مثل قوله "كّل ضررٍ معتبرٍ"، فما المقصود بالضرر المعتبر؟[2].

إن في الحقيقة كل الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التطليق أساسها الضرر إلا المخالعة، لأن العيب ضرر وعدم الإنفاق ضرر وكذلك التطليق للغيبة والحبس والهجر... الخ.

لم يعتمد المشرع معيارًا محددًا لتمييز السلوك الضار عن السلوك غير الضار أي الضرر الموجب للتطليق، وعليه وجب على القاضي اعتماد معيار شخصي انطلاقًا من المعطيات الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجةٍ، لأنّ ما يعتبر ضررًا لزوجة ما قد لا يعتبر ضررًا لزوجةٍ أخرى[3]، وأن نسبية الإضرار قد تختلف من بيئة إلى أخرى لأنّه يختلف باختلاف البيئة الثقافية ومكانة المضرور في المجتمع، وتقديره متروك للقاضي، ويبقى المعيار الذي لا يتغير، ما وضعه فقهاء المالكية وهو "ما لا يجوز شرعًا"[4].

---

1 – وتختص هذه الفقرة بكل ضررٍ معتبرٍ شرعًا، وفي الحقيقة هذه الفقرة كانت موجودة في تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديله سنة 2005، فأقرّ المشرع الجزائري الضرّر المعتبر شرعًا بمخالفة أحكام المادة 08 من التقنين ذاته والمتعلقة بحالة قيام الزّوج بامرأةٍ ثانيةٍ دون علم الزوجة الأولى، وكذا المادة 37 من التقنين ذاته والمتعلقة بعدم النفقة الشرعية وعدم العدل بين الزوجات، غير أنّ التعديل أكد أن مخالفة المادة المعدلة هي الأخرى يعد سببًا مستقلاً، ويخرج من دائرة عموم اللفظ للضرر المعتبر شرعًا.

2 – لقد ورد في قرار للمحكمة العليا، غ.أ.ش، الصادر بتاريخ 20 فيفري 1991، ملف رقم 75588، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، الجزائر، 1993، ص 78 ما يلي: "من المقرر قانونًا أنّه يجور طلب التطليق لكل ضرّر معتبر شرعًا ولاسيما عن مخالفة شروط تعدّد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزّوجة بسبب بقاءها مدة تقارب الخمس سنوات وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".

3 – رابح بن غريب، "المركز القانوني للمرأة على مستوى تعديل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 01، ج 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر، 2016، ص 188.

4 – عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقهًا وقانونًا، مطبعة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995، ص 128.

لكن هناك من الضرر ما هو محدد مسبقًا وبشروطٍ محددةٍ، وهناك من الضرر ما لا يمكن ضبطه وتحديد شروطه لأنه قد يختلف من وقتٍ إلى آخرٍ ومن بيئةٍ إلى أخرى.

من أجل هذا كانت عبارة التطليق للضرر المعتبر شرعا يلخص ويشمل كل أنواع المظالم والتجاوزات، التي يمكن أن تصدر من الزوج تجاه زوجته، والتي تبرر لها طلب التّطليق[1].

فيدخل ضمن مفهوم الضرر، العنف الذي قد يرتكبه الزوج ضد زوجته، لكن تجد الزوجة صعوبة إثبات الاعتداء الواقع عليها، إلا إذا كان وقوع الاعتداء أمام شهود مستعدين للحضور أمام المحكمة التي تنظر في قضية الطلاق للإدلاء بتصريحاتهم.

هذا إذا انتظرت المرأة مآل التتابعات الجزائية قبل رفع القضية في الطلاق، فإنه من المؤسف أنّه غالبًا ما تفاجئ بحكم القاضي بالبراءة وتنقلب الوضعيّة، وتصبح الزوجة هي المدعى عليها لإخلالها بواجباتها الزوجية وادعاءها باطلا على زوجها[2].

بالرغم من المعنى الواسع للضرر والذي يوسع من حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية، إلا أن هناك شروط تحدّ من هذا النطاق الواسع التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

1 – أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادرًا من الزوج عمدًا وقصدًا سواء بالفعل أو القول.

2 – لا يشترط أن يكون الضرر واقعًا على الزوجة ويمسها شخصيًا، فحتى إذا تعلق الأمر بإيذاء والديها فيمكنها طلب التطليق.

3 – يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع.

4 – يجب إثبات الضرر بجميع الطرق كالإقرار والبينة وشهادة الشهود[3].

---

1 – العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 125.

2 – العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 266.

3 – ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر عنها إلى أنّه: "لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط"، حيث قضى قضاة الموضوع بالتطليق للضرر المعتبر شرعا بعدما أثبتت الزوجة تعرّضها للضرب والجرح بواسطة شهادتين طبيتين إلى جانب اعتراف الزوج بالواقعة، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 15 جويلية 2010، ملف رقم 572240، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، 2010، ص ص 278 – 279.

ب – إثبات الضرر المعنوي قيد على حرية الزوجة في طلب التطليق:

قد تتضرر الزوجة معنويًا، وذلك عندما تتأذى في عاطفتها أو شعورها إذ تتألم نفسيا، ومن الأسباب التي تلحق بالزوجة ضررًا معنويًا العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، وهناك أسباب أخرى تقتضي التطليق للضرر المعنوي وتتمثل في مخالفة أحكام التشريع الأسري، وعلى الزوجة إثبات تضررها لتمارس حقها في طلب التطليق.

1 – التطليق بسبب وجود عيوب تحول دون تحقيق أهداف الزواج:

منح المشرع الجزائري للزوجة في المادة 53 الفقرة 02 من تقنين الأسرة الحق في طلب التطليق إذا كان هناك عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ويقصد بالعيوب هنا هي تلك الأمراض أو العلل الجنسية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وسواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد. والعيوب التي تصيب الإنسان قد تكون جنسيّةً وقد تكون مرضيّةً.

فالأولى هي التي تصيب الأعضاء التّناسلية لكل من الرجل والمرأة[1]، أما الثانية فيشترك فيها الجنسان معا وتتمثل في الجنون والجذام والبرص والأمراض المعدية الأخرى[2]، ولم يحصر المشرع الجزائري هذه العيوب التي يمكن على إثرها للزوجة طلب التطليق وأحسن فعل لأنّ هذه الأمراض لا يمكن حصرها من جهة، ومن جهة أخرى، يعتبر الأمر نسبيًا، إذ ما تراه زوجة عيبًا لا يمكنها تحمله قد تراه زوجة أخرى أمرا عاديًا لا يؤثر على استقرار حياتها الزوجية[3].

---

1 – العيب شرعًا: هو العارض على أصل الخلقة والجودة أو الرداءة في الشيء، وهو أصل في خلقته بخلاف العيب العارض، والعيب هو النقص المختص بالمعقود عليه، وهو خلّ أو نقصّ في بدن الإنسان أو عقله، يخرج به عن أصل الفطرة السوية التي خلقه الله عليها، والنقص الذي يجده أحد الزوجين في الآخر وقد يكون صغيرًا لا يؤبه له، وقد يكون كبيرًا ينفر الطرف السليم من العيب أو يضره، أو يمنع الاستمتاع الذي هو أحد مقاصد النكاح، نقلاً عن: ماهر معروف فالح النداف، "التفريق للعيوب بين الزوجين والوسائل المعاصرة في إثباتها – دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010 –"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 01، المجلد 46، عمادة البحث العلمي، جامعة الأردن، 2019، ص 261.

2 – عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، شركة دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 64.

3 – نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 94.

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري كونه لم يحدد صراحةً مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج، وإن كان في الميدان العملي إذا وجد عيب بالزوج وطلبت على إثره الزوجة التطليق فإنّ القاضي يؤجل الحكم بالطلاق إلى مدّةٍ معلومة لا تتجاوز سنةً، إذ أصدرت المحكمة العليا قرارا جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنّه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملةً من أجل العلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أن تكون الزّوجة أثناء تلك المدّة بجانب بعلها وبعد انتهائها فإنّ لم تتحسّن حالة مرضه حكم للزوجة بالتّطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقًا لقواعد الشريعة الإسلامية"[1].

نستنتج أن قرارات المحكمة العليا كفيلة بسد هذا الفراغ، والقاضي الجزائري أثناء نظره في دعوى التطليق للعيب التي يشترط أن تقدم من الزوجة سوف يأخذ على الأقل بالشروط العامة التي اتفق عليها جمهور الفقهاء، ومنها عدم العلم بالعيب قبل الزواج أو أثناء إبرام العقد وعدم الرضا به، وأن يكون هذا العيب من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد[2] أو دفع الزوجة إلى النفور والاشمئزاز أو الخوف من تصرفاته أو من العدوى[3].

2 - التطليق لمخالفة الزوج أحكام تقنين الأسرة:

لقد يتسبب الزوج بضرر للزوجة وهو يمارس حقه في تعدد الزوجات، وإلى جانب تضرر الزوجة من حالة التعدد توجد صور أخرى يغلب عليها الضرر المعنوي، وهي تتمثل في حالة إخلال الزوج بتنفيذ الشرط الاتفاقي، أو إخلاله بواجب المساكنة، وللشقاق المستمر بين الزوجين.

---

1 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 19 نوفمبر 1984، ملف رقم 43784، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 03، الجزائر، 1989، ص 73.

2 – ذهب المشرع الجزائري إلى عدم حصر العيوب إنما ربط حق طلب التطليق بكل عيب يعطل تحقيق مقاصد النكاح، وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا حيث قضوا بما يلي:

"من المقرر شرعًا أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق لكل ضررٍ معتبر شرعًا... ومتى تبين في قضية الحال أنّ المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأنّ الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة مما أدّى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزّواج طبقّوا القانون تطبيقًا سليمًا..."، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 06 فيفري 1999، ملف رقم 213571، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، الجزائر، 2000، ص 119.

3 – نبيلة بن عائشة، "إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق"، مرجع سابق، ص 24.

– التطليق لمخالفة الزوج للمادة 08 من تقنين الأسرة:

تنصّ المادة 08 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنّه: "***يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشّريعة الإسلامية متى وجد المبّرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية***".

يتبين أن الحالة المقصودة في هذا النص، والتي تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق هي عدم إخبار الزوج لزوجته السابقة بعزمه على الزواج أو عدم إخباره الزوجة الجديدة بأنه متزوج.

ما يمكن ملاحظته أنّ أحكام الفقرة 06 من المادة 53[1] لا موجب لإعادة ذكرها، ذلك أن القانون قد نص عليها في المادة 08 مكرّر، والتي تقضي بأحقية كل زوجةٍ في المطالبة بالتطليق في حالة تدليس الزوج بعدم إخبارهما والحصول على موافقتهما وترخيص القاضي المسبق.

كما أن المادة 19 من التقنين ذاته[2] تعتبر هي الأخرى الأساس لهذه الفقرة التي تجيز للمرأة طلب التّطليق عند مخالفة الزوج لشرط في عدم الزواج عليها[3].

---

1 – تنص المادة 53 الفقرة 06 على أنّه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:
...6– مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه".

2 – التي تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحقٍ كل الشروط التي يريانها ضروريّةً، لاسيما شرط تعدّد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافَ هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

3 – مما يثير الاستغراب في تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمّم أنّ المشرع الجزائري اشترط ألا تكون الشروط التي تضعها الزوجة أو الزوج تتنافى وأحكام القانون، وحيث أن المادة 08 من التقنين ذاته أباحت التزوج بأكثر من واحدةٍ عند تحقق شروط ونية العدل والمبرر الشرعي، أفلا يعتبر إذن اشتراط عدم التزوج عليها مخالف للقانون، وبالضبط لنصّ المادة 08؟ ثم إذا كان الأمر، فلماذا يخص المشرع الجزائري بالذكر شرط تعدّد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة دون غيرها من الشروط؟

إن التفسير المحتمل للتناقض الظاهر في نصوص تقنين الأسرة، هو أن المشرع أدرج شرط تعدد الزوجات معتبرًا إياه لا يتناقض مع أحكام القانون، باعتبار أن المادة اشترطت على الزوج إخبار الزوجة السابقة قبل إقدامه على الزواج بثانيةٍ، ثم اشترطت على القاضي ألا يمنح الترخيص بالزواج الجديد إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزّوجة السابقة إضافة على موافقة المرأة التي يريد الزوج التزوج بها. وموافقة الزوجة على زواج زوجها بأخرى يعتبر تنازلاً وإلغاءً ضمنيًا لشرط التعدد، إن كانت الزوجة قد اشترطته قبل ذلك، نقلاً عن: عيساوي عبد النور، مرجع سابق، ص 54.

يبدو المشرع الجزائري قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر، حالة مخالفة أحكام المادة 08، وجعلها سببًا مستقلاً من أسباب طلب التطليق من خلال نص الفقرة 06 من المادة 53 سالفة الذكر[1].

يثبت للزوج الحق في تعدد الزوجات حسب الضوابط التي نصت عليها المادة 08 من تقنين الأسرة، لكن إذا أخل الزوج بهذه الضوابط دون عذرٍ مقبولٍ جاز للزوجة المطالبة بالتطليق، ويجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتّى يُقضى لها بالطلاق والمسألة يقدرها القاضي في النهاية.

إن مما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا المجال أنه افترض وجود الضرر مسبقًا لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطليق، دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة، وإلى أنّ يتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد[2].

بهذا يؤكد على سياسة المشرع الجزائري التشريعية نحو تقييد التعدد ومنح المرأة كل التسهيلات من أجل التطليق. وعليه فإن إضافة مخالفة نص المادة 08 كسببٍ مستقلٍ جاء نتيجةً لما تعانيه المرأة من ظلم التعدد وهو ما أثبتته الحقائق الاجتماعية، إذ أنّ الإذن القضائي بالتعدد لم يكفِ لصيانة حقوق المرأة بل هو إحدى الوسائل المؤدية إلى الحماية.

– التطليق لمخالفة الزوج للشروط الواردة في عقد الزواج:

لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة، في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يراها الزوج والزوجة ضروريةً في العقد لكونها تعود بمنفعةٍ مقصودةٍ لأحدهما أو كليهما[3]، فأجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يريانه ضروريًا، ما لم يتنافَ مع أحكام قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 19 منه والتي تنص على أنه: " ***للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقدٍ رسميٍ لاحقٍ كّل الشروط التي يرينها ضروّريةً، ولاسيما شرط عدم تعدّد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى***

1 – سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة–، مرجع سابق، ص 232.

2 – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 275.

3 – GHASSAN Ascha, Mariage, Polygamie, Et répudiation en islam, justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains, Ed.L'harmattan, Paris, 1998, p 179.

في هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون"[1].

يعتبر ما أورده المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة إيضاحا لشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقدٍ رسميٍ لاحقٍ كل الشروط التي يريانها ضرورية في العقد كونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما، وهذه العبارة الأخيرة لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة[2].

وفي حال مخالفة الزوج للشروط الواردة في العقد والتي كانت لمصلحة الزوجة، جاز للزوجة المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب أو المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة ذلك، حتى إذا لم يسبب هذا الإخلال ضررًا[3]، وحق الاشتراط ليس مقصورا على الزوجة، بل هو حق يتمتع به كل من الزوج والزوجة على حد سواء، في إطار مبدأ المساواة بين الزوجين.

في الأخير يمكن القول أن حق المرأة في الاشتراط المنصوص عليه في المادة 19، يمكنها من حماية حقوقها بشكل إرادي، وإعطاء المشرع لشرط عدم التعدد وشرط عدم العمل كمثال للشروط الصحيحة، تعتبر من التدابير التي اتخذها المشرع من أجل تكييف قانون الأسرة مع الالتزامات الدولية للجزائر فيما يخص حماية المرأة

– التطليق للهجر في المضجع:

لقد نصت المادة 53 الفقرة 03 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق 04 أشهر، والمقصود بالهجر في

---

1 – الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج هي التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف، فإذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلاً باتفاق الفقهاء، وكأن تشترط الزّوجة على زوجها أنها غير ملزمةً بطاعته، أو أنّ يكون لها أكثر من ضرتها عند القسم. فهذه الشّروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلةً باتفاق الفقهاء، لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، انظر: محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009، ص 455.

2 – المرجع نفسه، ص 470.

3 – لجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، 2009، ص 123.

المضجع هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدًا، وذلك بترك فراش الزوجية دون سببٍ شرعيٍّ ولمدّةٍ تزيد عن أربعة أشهرٍ كاملةٍ قصد الإضرار بها[1].

لقد تم استنباط الشروط التي يجب توافرها لتأسيس دعوى التطليق على الهجر من خلال الفقرة 03 من نص المادة 53 والتي توصل إليها بعض شرّاح قانون الأسرة والمتمثلة فيما يلي:

1 – هجر الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها وعدم معاملتها في الفراش معاملة الأزواج.

5 – أنّه يكون هذا الهجر عمديًا ومقصودًا لذاته وليس ما يبرره من الناحية الشرعية أو القانونية.

6 – أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية دون انقطاع[2].

يمكن للقاضي أن يلبي طلب الزوجة بأن يحكم لها بالتطليق من زوجها إذا ما توصلت الزوجة إلى إثبات واقعة الهجر لمدة أربعة أشهرٍ وما فوق، وما يمكن ملاحظته في الحياة العملية أن النساء يصعب عليهن جدا إثبات حالة الهجر في المضجع أمام القضاء وغالبا ما ترفض الدعوى التي يتقدمن بها لعدم التأسيس، وفي حالة تمكن الزوجة من إثبات ذلك، فعلى القاضي إذا اقتنع بثبوت واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر على الأقل أن يحكم بالتطليق بين الزوجة وزوجها[3].

– التطليق للشقاق المستمر:

يعتبر التطليق لسبب الشقاق المستمر بين الزوجين وليد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا[4]، الاجتهاد هذا حظي بعناية المشرع فتعين تثبيته بتقنينه، إذ خصصت له المادة 53

---

1 – لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012، ص 131.

2 – آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 195.

3 – لمياء شافعة، مرجع سابق، ص 131.

4 – إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا على أنّه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعًا ولما كان ثابتًا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها=

المعدلة الفقرة 08 والتي تنص على أنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...–الشقاق المستمر بين الزوجين"، وأصبحت بذلك مستقلةً عن فقرة الضرر المعتبر شرعًا[1]. ويؤدي الشّقاق المستمّر[2] إلى انعدام أسباب الألفة ونفي المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين، وعلى هذا الأساس حسب بعض شرّاح تقنين الأسرة الجزائري منح الزوجة حق طلب التطليق في هذه الحالة حفظا للاستقرار النفسي للزوجين والأولاد[3].

ويبدو لنا من خلال هذا النص أنه لا تحكم المحكمة بمجرّد وجود شقاقٍ وخصامٍ بين الزوجين، بل عليها أنّ تثبت أن الخصام مستفحل بينهما، ودام لمدة طويلة وأنه ترتب عليه ضرر شرعي جعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار، وبالتّالي اقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء العلاقة الزوجية[4].

إذا عجزت الزوجة عن إثبات دعواها رفض لها القاضي طلب التطليق، أمّا إذا تكررت الشكوى وعجزت عن الإثبات اختارت المحكمة حكمين للتوفيق والإصلاح بينهما[5]، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشّقاق والنزاع، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، على أن يقدما للقاضي تقريرًا عن مهمتهما في أجل شهرين، وهو ما نصت عليه المادة 56 من تقنين الأسرة المعدّل والمتمّم[6].

ولكن في الجانب العملي فإن القضاة ميدانيا يلجؤون إلى التحكيم اختياريا في دعوى التطليق للشقاق الواردة في نص المادة 53 فقرة 08، أي أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية

=لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون"، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 24 سيتمبر1995، ملف رقم 139353، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 1997، ص 66.

1 – باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 50.

2 – يستمد مصطلح "الشقاق" مصدره من قوله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**"، سورة النساء، الآية 35.

3 – عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005، ص 149.

4 – رشيد بن الشيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة فقهية مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 206.

5 – لقد نص المشرع الجزائري في المادة 446 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

6 – انظر: المادة 56 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

لهم. وإذا تتبعنا هذا المنطق فإننا نصل إلى نتيجة مهمة وهي أن القاضي قد لا يلجأ إلى التحكيم في دعوى التطليق للشقاق المستمر لأنه لا يوجد أي نص صريح يلزمه بذلك[1]، فإذا ثبت للقاضي الشقاق والخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلا التطليق لأن المادة واضحة، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا.

ولكن نعتبر هذا مخالفا لما يقضي به الفقه الإسلامي في اشتراطه اللجوء إلى التحكيم كلما نشأ شقاق بين الزوجين تطبيقا لقوله تعالى" ***وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا***"[2].

نستنتج أن الفقرة 08 من المادة 53 من قانون الأسرة قد جعلت نص المادة 56 من قانون الأسرة بدون جدوى، فبعد تعديل المادة 53 أصبح من مصلحة الزوجة أن تطالب بالتطليق على أساس الشقاق المستمر وليس على أساس الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 لأن تطبيق المادة 56 يقتضي أن ترفع الزوجة دعوى للتطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا، وترفض دعواها لعجزها عن إثبات الضرر ثم تكرر دعواها مرة أخرى أمام القضاء[3].

إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري لم يبين كيف يتم إثبات الشقاق المستمر في الفقرة 08 من المادة 53 سابقة الذكر، وكذا المتسبب فيه، أما القضاء فيعتد بالشقاق في الحياة الزوجية، وهو ما يؤكد المبدأ القضائي الذي يقضي بأنّه: "يثبت الشّقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين. ولا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح، لثبوت الشقاق والاعتماد عليه في التطليق"[4].

إن الحكمة من إدراج الفقرة 08 في المادة 53 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم

---

1 – آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مرجع سابق، ص 254.

2 – سورة النساء، الآية 35.

3 – عبدو أحمد، "المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، 2011، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص 161.

4 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 14 جويلية 2011، ملف رقم 624622، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2012، ص 227.

تكمن في رغبة المشرع الجزائري في تمكين المرأة من وسيلة أسهل لفك الرابطة الزوجية، وتوسيع دائرة التطليق للزوجة مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، لأنّ اللجوء إلى دعوى الشقاق أسهل من غيرها، وبهذا تلجأ إليه الزوجة لتفادي اللجوء إلى الخلع وتنازل فيه عن مهرها[1].

في الأخير نشير إلى أن توسيع المشرع الجزائري من نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها نتيجة الضغوط التي مارستها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على الحكومة الجزائرية، إذ جاء رد الجزائر على توصيات اللجنة أنّه: "بموجب أحكام القانون الجديد تمّ توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها... وكل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة بجبر الضرر، وتترتب على تنفيذ حكم بالتعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولاسيما ضّد الزوج المتعنت، والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية الجزائرية صارمةً في هذا الشأن"[2].

يؤكد مضمون رد الجزائر على اللجنة مدى رغبة الجزائر إثبات امتثالها لأحكام اتفاقية سيداو وسعيها إلى تعديل كل قواعد القانون الداخلي التي تحول دون مساواة المرأة مع الرجل، ومن ثم سحب تحفظاتها على الاتفاقية.

ثانيًا – تقييد حرية الزوجة في طلب الخلع:

استكمالًا لإعطاء الزوجة فرصة إنهاء الرابطة الزوجية عندما يرفض الزوج ذلك، وعندما لا تجد الزوجة المبرر اللازم لتقيم عليه دعواها لطلب التطليق، أعطى المشرع الجزائري للزوجة حل آخر، نصّ عليه في المادة 54 من تقنين الأسرة المعدّل والمتمّم، حيث جاء فيها: "***يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي***".

إلا أن الخلع[3] عند جمهور الفقهاء لا يتحقق إلا برضا الزوجين وهي الحقيقة التي

---

1 – SAIDI Kamel, "La réforme du droit algérien de la famille: Pérennité et rénovation", R.I.D.C, N° 01, Paris, 2006, p 123.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضّد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، الفقرة 01/ج.

3 – تعددت تعريفات "الخلع" رغم تقاربها في المعنى، فقد عرفه الأحناف بأنّه: "عقد بين الزوجين، المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها أو يطلقها"، بينما عرفه المالكية بأنه: "الطلاق بعوضٍ"، في حين عرفه الشافعية على أنّه: "فرقة بعوض مقصود يحصل لزوج أو لسيده"، وعرفه الحنابلة على أنّه: "فراق الزوج امرأته بعوضٍ يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"، نقلاً عن: زكرياء برياح، تشوار جيلالي، "أحكام الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري، بين التمسك بالأصول الشرعية وتعزيز مظاهر المساواة بين الزوجين–دراسة مقارنة–"، بحث مقدم في إطار الملتقى=

اعترف بها كل من كتب في موضوع الخلع من الفقهاء الباحثين المعاصرين[1].

بينما يرى ابن رشد الحفيد أن مسألة الرضائية ليست ضروريةً، حيث يمكن للزوجة أن تخالع زوجها دون حاجةٍ لرضاه إذا كرهت العيش معه، لكن بشرط تقديم العوض مستندًا في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك ما أخذ به المشرع الجزائري في التعديل الأخير لتقنين الأسرة لسنة 2005.

نستخلص من نص المادة 54 من التقنين ذاته بأن الخلع عقد معاوضةٍ بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية وبإرادتها المنفردة، ودون موافقة الزوج مقابل عوضٍ أو مبلغٍ من المال تقدمه لزوجها.

وهو بهذا المفهوم يختلف عن الطلاق الذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج، وكذا التطليق الذي تلجأ إليه الزوجة بتوافر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من تقنين الأسرة المذكور أعلاه[2].

يلاحظ أن تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديله في سنة 2005 جعل من الخلع رخصةً تلجأ له الزوجة، لكن بموافقة زوجها مقابل عوضٍ تدفعه له[3]، وبالتالي كان مفهوم الخلع في

=الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، 24 – 25 أكتوبر 2018، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ص 1062.

1 – نقلاً عن: شوقي بناسي، "الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 10.

2– عماري نور الدين، "الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص 105.

3 – لقد قضت المحكمة العليا في قرارٍ لها بضرورة قبول الزوج الخلع ولا يمكن للقاضي فرضه عليه، وجاء في حيثيات القرار أنّ أحكام المادة 54 من قانون الأسرة تجيز للقاضي حق التدخل في الاتفاق على مبلغ الخلع فقط لا على مبدأ الخلع الذي يترك لإرادة الزوج، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 23 أفريل 1991، ملف رقم 73885، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 1993، ص 56.

إلا أنّه هناك قراراتٍ أخرى صدرت عن المحكمة العليا سارت عكس هذا الاجتهاد، واعتبرت في قرار صادر بتاريخ 21 جويلية 1992، "أنّ أصل مشروعية الخلع قد وضعت كعلاجٍ ومخرجٍ أخير للزوجة، التي أصبحت لا تطيق معاشرة زوجها، وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق وحيث أن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط قبول الزوج بالمبلغ المالي الذي تعرضه للزوج بعنوان الخلع، فالمادة تسمح للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مبلغ مالي دون تحديد نوعه، أما مقداره فيرجع على اتفاق الطرفين أو إلى تدخل القضاء دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه=

هذا القانون على أنه عبارة عن عقدٍ اتفاقيٍ بين الزوجين، ينعقد عادةً بعرض الزوجة مبلغ معلوم من المال إلى زوجها مقابل تطليقها، مع قبول الزوج هذا العرض والطلاق، وهذا يعني أن الخلع طلاق رضائي مقابل مال تقدمه الزوجة إلى زوجها من أجل أن تتخلص من رباط الزوجية دون نزاعٍ أو مخاصمةٍ[1].

في حين نص تقنين الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005 على جواز الخلع مع الارتقاء به من كونه رخصةً للزوجة يتوقف على رضائية الزوج، إلى حقٍّ أصيلٍ، وذلك ما أثبته من خلال نصّ المادة 54[2].

فجاء نص المادة 54 المعدل واضحًا مزيلاً لكل غموضٍ في أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، لأنّه لو كانت موافقته شرطًا لكنا بصدد طلاقٍ بالتراضي لا بصدد خلعٍ، وعدم موافقة الزوج في دعوى الخلع هو الأرجح والأولى بالأخذ، فوجه الاتفاق إذن هو مقدار التعويض لا الخلع نفسه[3].

=الزوجة..."، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 21 جويلية 1992، ملف رقم 83603، عدد خاص، الجزائر، 2001، ص ص 134 – 136.

1 – يرى جمهور الفقهاء أنّه ليس للبدل في الخلع حد معين، فيجوز عندهم أنّ يأخذ الزّوج من زوجته نظير مخالعته إياها أيّ مبلغ اتفقا عليه سواء كان مساويًا للمهر الذي دفعه لها أم أقل أو بأكثر، وهو قول مالك والشافعي، واستدلوا بقوله تعالى:" **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**"، سورة البقرة، الآية 228.

تدّل الآية على نفي الإثم عنهما في أيّ مبلغٍ اتفقا عليه، انظر: رابح بن غريب، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية"، مجلة تاريخ العلوم، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص 82.

2 – لم يحدد المشرع الجزائري في تقنين الأسرة قبل تعديله في سنة 2005 طبيعة الخلع القانونية، ولذلك اضطرب الاجتهاد القضائي السائد أنّه لا يحق للزوجة المطالبة بالانفصال عن طريق الخلع إلا بموافقة الصريحة للزوج، على اعتبار أنّه عقد رضائي، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، انظر: رابح بن غريب، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص 80.

هكذا ظل الاجتهاد الذي يأخذ برضا الزوج كشرط لقبول الخلع المرجع الأساسي لقضاة المحاكم والمجالس القضائية، واستمر العمل به حتى عام 1994، حيث جاءت المحكمة العليا باجتهادٍ جديدٍ مفاده: "أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة سواء رضي الزوج أو لم يرض، فيكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج"، انظر: حسن بن مالك، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري الجديد (دراسة مقارنة)"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 13، جامعة وهران، 2007، ص 369.

3 – خليل عمر، فك الرابطة الزوجية، بناء على طلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص191.

رغم تأكيد حق المرأة في خلع نفسها دون موافقة الزوج، إلا أن هذا الأخير يمكن أن يعترض على المقابل المالي للخلع فقط، والمادة 54 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم جاءت استجابةً لطلبات رفع الظلم عن المرأة وكرد ضّد الطلاق التعسفي الذي هو في ارتفاع مستمرٍ، وبالتالي إحداث نوعٍ آخرٍ من الخلع هو الخلع القضائي أو الإلزامي الذي يوقعه القاضي جبرًا على الزوج، وبالتالي أصبح الخلع حق الزوجة ولا يمكن للقاضي رفض طلبها[1].

يلاحظ أن تعديل نص المادة 54 من تقنين الأسرة يخالف شروط الخلع المنصوص عليها شرعًا سواء وفق المذهب المالكي أو جمهور الفقهاء، باعتبار أن الخلع عقد رضائي يتم بين الزوجين، وأنّه رخصة تمنح للزوجة عندما تضيق بها الحياة الزوجية، وأن القاضي لا يقضي به دون رضا الزوج. وبهذا يكون للزوجة وسيلتين لإنهاء الزواج وهما التطليق والخلع دون مراعاة الطبيعة البيولوجية للمرأة التي تجعلها متغيرة الطبع، وبالتالي فمن غير المعقول منحها حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ودون تدخل القاضي[2].

فهناك من يرى أنه عندما تريد الزوجة الانفصال عن زوجها وتخاف رفضه لهذا الفراق، لا يبقى لها إلا اللجوء إلى تقديم له تعويض وهذا لتمكينه إعادة الزواج، وليس للزوجة إلا شراء حريتها لأن الزوج هو رب العائلة ويجب طاعته كالعبد مع سيده[3]، فيعتبر هذا رمز لعدم المساواة بين الزوجين، إذا كان الزوج يستفيد من امتياز الطلاق، فإن المرأة تقتصر على وسيلة الافتداء لحل رابطة غير مطاقةٍ.

في هذا السياق، ذهب اتجاه آخر إلى أنّ المرأة عند لجوئها إلى الخلع فهي تسعى لشراء حريتها ولا تختلف عن العبيد السود في أمريكا، إذ يعتبر اشتراط تحصلها على الطلاق بدفع مبلغٍ ماليٍ أكبر إهانةً لها ومساسا بكرامتها، ويضيفون أن ما ورد في المادة 54 من التقنين المذكور أعلاه يتعارض مع نص المادة 46 من التقنين المدني التي تمنع التنازل عن

1 – شوقي بناسي، "الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن"، مرجع سابق، ص 31.

2 – المرجع نفسه، ص 43.

3 – AIT ZAI Nadia, "Le Code de la famille algérien: exercice du droit ou soumission", in, Les femmes algériennes, citoyenne en devenir, Ed.C.M.M, Oran, 2000, p 20.

الحرية الفردية[1].

إنّ انتقال المشرع الجزائري في تقنين الأسرة، من اعتبار الخلع رخصة للزوجة يتوقف قيامه على موافقة من يرخصه ويجيزه وهو الزوج، إلى اعتباره حق أصيل للزوجة تستعمله على طلاقته دون قيدٍ ولا شرطٍ، لم يكن محض صدفةٍ بل كان نتيجة لاختلاف فرضته قرارات القضاء المتناقضة، بسبب الغموض الذي كان يكتنف نص المادة 54 من تقنين الأسرة، ليتدخل المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 05-02 ويعدل هذه المادة وإزالة الغموض والنص صراحةً على ثبوت الحق الأصيل للزوجة[2]، الذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، إلا أنه ليس للزوج الوقوف ضد الزوجة عند تقدير مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه[3]، وما على الزوجة إلا إعادة المهر الذي قدمه لها الزوج وقت الزواج، كما لم ينص القانون على أنه يمكن إدانتها بتهمة التعسف في استعمال حق الخلع وبالتالي لا يمكن للزوج طلب التعويض[4].

وأقرّت في هذا الصدد المحكمة العليا أن الخلع هو طلاق بيد الزوجة مقابل عصمة الزوجية الممنوحة للزوج في قرارها الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011، الذي جاء كما يلي: "الخلع حقّ إرادي للزوجة، يقابل حقّ العصمة للزوج"[5].

نستخلص مما سبق أنه رغم كون حق الزوج في الطلاق حق إرادي، فقد قيّده المشرع باللجوء إلى القضاء دعمًا لمركز المرأة ومنعا للتعسف، وتبعًا لذلك، أصبحت إرادة الزوج عاجزةً لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني، إلا بعد استنفاذ الشكل المقرر لها قانونًا، وذلك باستصدار حكمٍ قضائيٍ يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

---

1 – لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 101.

2 – إن منح المرأة حق الخلع والتطليق في عشر حالاتٍ يكاد يقابل منح الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة، وهذا ما هو إلا ردًا حقيقيًا على منتقدي مشروعية العصمة بيد الرجل، انظر: وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2000، ص 332.

3 – NAHAS M.Mahieddin, " La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en Droit musulman et en Droit algérien", R.I.D.C, N° 01, 2006, p 98.

4 – Ibid, p 99.

5 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 15 سبتمبر 2011، ملف رقم 656259، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2012، ص 318.

إن من المفروض، أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط، في حين أنّ القانون يذهب إلى وقوع الطلاق، من تاريخ إعلان القاضي عنه، وليس من تاريخ تصريح الزّوج به وبالتّالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم.

إن تدخل المشرع الجزائري، هو الذي قيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، بإجباره على اللجوء إلى القضاء والتصريح به أمامه، ومن ثم فلا يمكن تصور وقوع طلاقٍ خارج إطار القضاء، ولكن مع ذلك، فإن الواقع العملي، أثبت وجود حالات طلاقٍ كثيرةٍ، حصلت بإرادة الزوج المنفردة، لكنها ظلت في حاجةٍ إلى غطاء قانونيٍ وقضائيٍ[1].

في الأخير يمكن القول، أن مركز المرأة القانوني في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مساوٍ لمركز الرجل، ويعود سبب ذلك لمحاولة المشرع في ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بما يتماشى مع مفهوم المساواة الوارد في اتفاقية سيداو، وهو ما أكدته الجزائر في ردودها على ملاحظات لجنة سيداو حول محدودية مبررات الطلاق للمرأة، إذ جاء في هذه الردود ما يأتي: "فبالنسبة لفسخ عقد الزواج بطلب من الزوجة تنص المادة 54 على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل"[2].

ولمزيد من تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق، جعل المشرع في قانون الأسرة الأحكام الصادرة في قضايا الطلاق بكل صوره غير قابلة للاستئناف إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية، حسب ما تنص عليه المادة 57 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم، وذلك لتجنب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماطلة التي يقوم بها الزوج لمنع زوجته المطلقة من الزواج ثانية[3].

---

1 – للإشارة هنا فإن ابن رشد وهو أحد كبار فقهاء المذهب المالكي أكد منذ زمن بعيد على أن الزوجين متساويان تمامًا في مسائل حل الرابطة الزوجية، فكان من الضروري انتظار الفترة المعاصرة لمقابلة هذه الفكرة نفسها في الأفكار القانونية الحالية، انظر: NAHAS M.Mahieddin, op cit, p 88.

2 – ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها في تقريرها الجامع الثالث والرابع، الوثيقة رقم CEDAW/C/DZA 3-4، مرجع سابق، ص 31.

3 – ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها في تقريرها الجامع الثالث والرابع، الوثيقة رقم CEDAW/C/DZA 3-4، مرجع سابق، ص 19.

المطلب الثاني

مجال التباين في توابع فكّ الرابطة الزوجية

يقصد بتوابع فكّ الرابطة الزوجية النتائج القانونية التي تترتب عن انحلال عقد الزواج أو إنهاء الرابطة الزوجية.

وسبق أن ذكرنا بأن الفقرة 01 من المادة 16 من اتفاقية سيداو، تعطي للزوجين الحقوق نفسها عند انحلال عقد الزواج، غير أن الاتفاقية لم توضح المقصود بالحقوق التي يجب أن توفر للنساء عند انحلال العلاقة الزوجية، إنما جاء النص عاما " ***الحقوق نفسها عند فسخ عقد الزواج***".

بينما ذكرها تقنين الأسرة الجزائري في الباب الثاني الفصل الثاني، في المواد من 58 إلى 80 تحت عنوان "آثار الطلاق"، فإلى أي حدّ أخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة المطلقة بين الجنسين بصدد هذه التوابع؟ خاصة وأنه منها ما هو معنوي (الفرع الأول)، ومنها ما هو مادي أو مالي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع غير المالية

يترّتب على انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوجة، العديد من الآثار غير المالية التي تثبت للزوجة من أهمها العدة (أولاً)، والحضانة والولاية على الأولاد (ثانيًا)، والتي سنحاول تسليط الضوء عليها من زاوية تبيان فيما إذا كان المشرع قد أخذ بمبدأ المساواة المطلقة بين الجنسين حيالها كما ورد ذلك في اتفاقية سيداو.

أولاً – وجوب العدة على المطلقة:

تعرف "العدة" على أنها هي الفترة الزمنية التي تمنع فيها المطلقة والمتوفى عنها زوجها الزّواج ثانيةً[1]، أي المدة التي تتربص[2] بها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها إما

1 – غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدّل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 142.

2 – التربص هو"التثبت والانتظار".

بالولادة أو بالأقرء أو الأشهر، أو هي أجل وضعه الشارع لانقطاع ما بقي من آثار النّكاح بعد الفراق. وفي هذا تدعو اتفاقية سيداو إلى إلغاء العدة للمرأة بعد الطلاق أو وفاة الزوج لتتساوى بالرجل الذي لا يعتد بعد الطلاق أو وفاة الزوجة.

أما المشرع الجزائري فلقد أبقى على وجوب احترام المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها العدة حتى ولو تمت براءة رحمها طبيًّا، حيث قام بسن العدة كأول أثر من آثار فكّ الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني من تقنين الأسرة المعدل والمتمم المعنون بـ "آثار الطلاق".

لقد اعتبرت العدة في الشريعة الإسلامية واجبة على المطلقة والمتوفى عنها زوجها، إذ لا يجوز مخالفتها ويجب التقيد بها نظرًا لأهميتها كما أوجبتها كل القوانين في الدول الإسلامية[1]، وقد ورد في القرآن الكريم بصددها الآيات الآتية:

1- "**يا أَيُّهَا النَّبيُّ إذا طلَّقتُمُ النِساءَ فطَلّقُهنَّ لِعِدّتِهِنَّ وأَحصُوا العِدّةَ**"[2]،

2- "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**"[3].

وشرعت العدة لعدة أسبابٍ نذكر منها – التأكد من براءة الرحم منعًا من اختلاط الأنساب،

– إعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما، وهي كذلك مهلة للحداد لمن توفى زوجها.

وتجب العدة في حالاتٍ معينةٍ هي:

1 – تجب العدة بالطلاق في العقد الصحيح بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة.

2 – تجب العدّة كذلك في حالة التفريق بين الزوجين لوجود وطأ بشبهةٍ وحالة التفريق بسبب عقدٍ فاسدٍ به دخول.

3 – بالوفاة في العقد الصحيح ولو بغير دخولٍ.

كما تتمثّل أحكامها فيما يلي:

---

1 – رشيد بن الشيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل– دراسة فقهية مقارنة ببعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 221.

2 – سورة الطلاق، الآية 01.

3 – سورة الأحزاب، الآية 49.

1 – عدم خروج المعتدة من بيتها إلا لضرورةٍ فتبقى في مسكن الزوجية ولا يجوز إخراجها طبقًا للمادة 61 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم[1].

2 – ثبوت نسب الحمل الذي يظهر خلال العدة.

3 – وجوب النفقة للمعتدة من طلاقٍ.

5 – في العدة الرجعية إذا حدث وفاة لأحد الزوجين يثبت الميراث للزوج الآخر.

لقد حدد المشرع الجزائري أنواعًا للعدة تبعًا لاختلاف حال المرأة وهي:

1 – عدة بالقرء[2].

2 – عدّة بمضي زمنٍ معيّنٍ[3].

3 – عدّة بوضع الحمل[4].

استنادًا لذلك، فإن تقنين الأسرة الجزائري أخذ بالشريعة الإسلامية فيما يتعلق بواجب العدة على المطلقة، وخالف ما جاءت به اتفاقية سيداو والتي تنادي بالمساواة المطلقة بين الجنسين وإلغاء العدة للمرأة، ومن ثم إذا أخذ المشرع بالمساواة في العدة، فإنه عليه إما إلغاء العدة بالنسبة للمرأة، وإما يجعل الرجل يعتد وهو كذلك، وبهذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يفسر تمسك الجزائر بالتحفظات الواردة على المادة 16 من اتفاقية سيداو.

---

1 – تنص المادة 61 من تقنين الأسرة المعدل والمتمّم على أنّه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها...".

2 – إذا كانت المرأة ممن تحيض وهي غير حامل، ووقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول ولو حكما، أو في حالة التفريق بسبب الوطء بشبهة، وجب على المرأة أن تعتد ثلاثة أقراء لقوله تعالى:

"**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**"، سورة البقرة، الآية 228، وهو ما نصّت عليه المادة 58 من التقنين الأسرة المعدّل والمتمم، إذ جاء فيها: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروءٍ...".

3 – تشمل –عدة المرأة التي لا تحيض لصغرها أو بلوغها سن اليأس، وعدتها ثلاثة أشهر، وهو ما نصّت عليه المادة 58 من التقنين ذاته: "... واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

– عدة المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملاً بأربعة أشهرٍ وعشرة أيامٍ، وهو ما جاء في المادة 59 من التقنين ذاته، التي تنص على أنّه: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهرٍ وعشرة أيام".

4 – إذا كانت المرأة حاملاً ثّم توفى عنها زوجها أو طلقها أو حكم بالتفريق بينهما، فعدّتها تنتهي بوضع الحمل، وهو ما نصّت عليه المادة 60 من التقنين المذكور أعلاه: "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهرٍ من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

ثانيًا – حدّ المساواة في حق الحضانة والولاية:

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، وتعتبر الحضانة والولاية هما ضرب من هذه الرعاية بالطفولة[1]، فهل حقق المشرع الجزائري المساواة بين الوالدين كما تدعو إليها اتفاقية سيداو في ممارسة واجب الحضانة والولاية على الأطفال بعد فك الرابطة الزوجية؟

أ– **الحضانة:**

تعد الحضانة[2] من أهم حقوق الطفل على والديه، ولقد نصت المادة 16 الفقرة 01/و من اتفاقية سيداو على أنّ حضانة الطفل مسؤولية مشتركةً لكل من الزوجين فيما يتعلّق برعايته والولاية عليه ولهما الحق نفسه فيها سواء كان ذلك في ظل الزواج أو بعد إنهاء العلاقة مع بقاء مصالح الطفل فوق كل اعتبارٍ.

لقد تناول تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم أحكام الحضانة في مواده من 62 إلى 72 منه، إذ أخضع بعض هذه المواد إلى التعديل، وسوف نركز في دراستنا لموضوع الحضانة على التعديلات التي جاءت خدمة لحقوق المرأة بالموازاة مع الرجل.

لقد عرف التقنين المذكور أعلاه "الحضانة" في المادة 62 بأنها: "***رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحّةً وخلقًا***"، يعتبر هذا التعريف الأفضل مقارنةً بتعريفات القوانين العربية لأنه جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والتربوية والمادية، كما عرّف الحضانة اعتمادًا على أهدافها، والتي تصب في السعي إلى حفظ الولد ماديًا ومعنويًا ورعايته بتعليمه وتربيته على دين أبيه وحمايته وحفظه صحةً وخلقًا[3].

---

1 – لا يوجد في التشريع الجزائري مفهوم موحد "للطفل"، لذلك ينبغي توحيد مفهوم الطفولة في الجزائر ووضع حد للتباين الموجود في القوانين الوضعية بخصوص سن الطفل، حيث تعرف وزارة العمل والتشغيل الطفل بمن هو دون 16 سنة ووزارة العدل بمن هو أقل من 18 سنة، وتحدده الخدمة العسكرية بسن 19 سنة، والسن القانوني للزواج هو 19 سنة. كما أن الاتفاقية العالمية لحقوق الطفل تحدد سن الطفل بما دون 18 سنة، وبما أن الجزائر قد صادقت على هذه الاتفاقية فعليها أن تأخذ بعين الاعتبار هذا التحديد ووضع قانونٍ خاصٍ بالطفل لا يكتفي بحمايته فقط بل يتطرّق إلى جميع هذه الجوانب.

2 – "الحضانة" مأخوذة من الحضن وهو الجنب، وحضانة الأم ولدها تعني ضمها إيّاه إلى جنبها واعتزالها وإياه من أبيه، وتنحيته عنه وانفرادها به دونه، نقلاً عن: محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 383.

3 – سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 139.

كما نصت المادة 64 من التقنين ذاته على أنه: " ***الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدّة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك***"[1].

يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمبدأ العام في ترتيب الحضانة بأن تمنح للأم وهو المبدأ المتفق عليه لدى جميع المذاهب الفقهية، كما أخذ أيضًا بمبدأ أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، إلا أنه في حقيقة الأمر لم يأخذ بأي ترتيب من تلك الواردة بالمذاهب الفقهية الأربعة، بل جاء بترتيبٍ جديدٍ لم يرد لدى الفقه.

كما يلاحظ على النص ذاته أنه ترك الأمر في إسناد الحضانة حالة توافر الشروط في أصحابها إلى من تراه المحكمة أجدر بها، والمعيار في ذلك هو مراعاة مصلحة المحضون عند إسنادها إلى شخص دون آخرٍ[2].

أما مدة الحضانة في تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم؛ فقد نصت عليها المادة 65 منه والتي جاء فيها: " ***تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًا لم تتزوج ثانيةً، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون***".

يمكن القول إن المشرع قد حدد مدة الحضانة بنصٍّ صريح ولا مجال للاجتهاد مع صراحة النص، وبالتالي فلا يمكن طلب إسناد حضانة الولد الصغير إذا ما تجاوز 16 سنة، كما لا يمكن طلب إسناد حضانة البنت إذا ما تجاوزت 19 سنة، غير أنّ الإشكال يثور بعدما يكمل الولد 16 سنة والبنت 19 سنة، فما مصيرهما وأين يمكنهما العيش ومن الملزم برعايتهما؟ بهذا الخصوص هنا يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بموجب أحكام المادة 222 من التقنين ذاته، وعليه العودة إلى أحكام الفقه بما فيه المذاهب الأربعة، والتي تجمع على تسليم الولد أو البنت إلى الأب أو من في حكمه.

---

1 – تعتبر الحضانة بالنسبة للمشرع الجزائري حقّ وواجب قرّر لصالح المرأة نظرًا للأهمية والمكانة المرموقة التي تتمتع بها الأم بالنسبة لأطفالها، انظر: نادية برجب، فتيحة عقاب، وضعية المرأة في الجزائر، مرجع سابق، ص 36.

2 – لقد صدرت عدة أحكام قضائية تؤكد على أولوية مصلحة المحضون عند اختيار من تسند له الحضانة، نشير إلى قرار للمحكمة العليا الذي جاء كما يلي: "يراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ..."، انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 10 مارس 2010، ملف رقم 613469، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2012، ص 285.

وتسقط الحضانة حسب نص المادة 67 من التقنين المذكور أعلاه إذا اختلت أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من التقنين ذاته، لكن لتحديد هذه الشروط ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من التقنين ذاته، وضمن هذه الشروط نجد بعضها عام يتعلق بالحاضن سواء كان من الرجال أو من النساء[1]، وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء، والأخرى خاصة بالحاضنين من الرجال.

من الناحية القانونية، نص المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 62 من التقنين ذاته على أنه: " ***يشترط في الحاضن أن يكون آهلاً للقيام بذلك***"، وقصد بقوله آهلاً ليس بمعنى أن يبلغ سن الرشد المدني فقط، بل يجب أن يكون له القدرة والمؤهلات المعنوية المادية للقيام بتربية المحضون وإعداده إعدادًا سليمًا ليكون قادرًا على الاعتماد على نفسه مستقبلاً.

---

1 – يمكن تلخيص الشروط العامة في البلوغ ولا يمكن إسناد الحضانة لشخصٍ غير راشدٍ، باستثناء القاصر المرشد للزواج، بالإضافة إلى العقل لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخصٍ مجنونٍ هو بنفسه يحتاج إلى من يتولى أموره، والقدرة وهي الاستطاعة الماديّة والجسمانية على تربية المحضون ورعايته والاعتناء بشؤونه والسّهر على سلامته الخلقية والجسدية، كما فصل المشرع الجزائري في مسألة عمل المرأة في المادة 67 الفقرة 2/ج من التقنين المذكور أعلاه، فهو لا يحول دون رعاية الصّغير إذا استطاعت التوفيق بينهما، إضافة إلى الأمانة فيجب أن يكون الحاضن أمينًا في خلقه وسلوكه مع المحضون، لأنه لا ولاية للفاسقٍ.

فيما يخص الشروط الخاصّة بالنّساء فهي:

1– أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصّغير

2– أن لا تقيم بالطفل في بيت من يبغضه ويكرهه

3– أن لا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطّفل مجانًا عند إعسار الأب

4– أن تكون المرأة الحاضنة من محارم الطّفل نسبًا

5– أن لا تكون المرأة الحاضنة مرتدّةً.

فيما يخص الشروط الخاصة بالرّجال فهي:

1– أن يكون الحاضن من العصبات على ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرًا.

2– أن يكون ذا رحم محرمٍ للمحضون إذا كان المحضون أنثى.

3– أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النّساء.

4– إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، نقلاً عن: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص 142.

وقد أشارت المواد 66 إلى 70 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم إلى أسباب سقوط الحضانة ونركز على أهمها، ونبين من خلالها مدى تطبيق مبدأ عدم التمييز بين الرجل والمرأة وهي كالآتي:

نصت المادة 66 من تقنين الأسرة الجزائري على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وهنا بالذات نشير أن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية على أساس مصلحة المحضون، فالحاضنة بمجرد زواجها بغير قريب محرم تفقد الحضانة دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، والمقصود بغير قريب محرم الرجل الأجنبي عن الولد.

كما أنه إذا سكنت الجدة أو الخالة بالمحضون مع أم المحضون التي تزوجت بغير قريب، ففي هذه الحالة الحاضنة تكون الجدة لأم أو الخالة وهي حالات واقعية، ففي بعض الأحيان تتزوج أم الطفل مع رجل أجنبي وتتفق مع والد الطفل على إسناد الحضانة لوالدتها أي جدة الطفل أو خالة الطفل، غير أنه إذا سكنت هذه الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم الطفل المتزوجة برجل أجنبي، فإن ذلك سيؤدي إلى سقوط الحضانة ومصلحة المحضون أيضا في هذه الحالة لن تؤخذ بعين الاعتبار.

إن مصدر هذه الفرضية يقع في افتراض أن الرجل الذي تزوجت به الأم، وهو ليس أباهم وغريب عنهم، لن يعامل الأطفال مثل أطفاله ولن يكون حنوناً عليهم. هذه الفرضية مطبقة في زواج الأم فقط ولا تنطبق في حال زواج الأب بامرأة أخرى، حيث أنه قد يخضع أولاد المطلقة لمعاملة سيئة من قبل زوجة الأب أو إخوانه من زوجة أبيهم الثانية[1].

تلخيصا لما جاء، إن فرضية زواج الأم برجل آخر، هي مجحفة في مضمونها بحق المرأة؛ إذ إنّها تخيرها بين ممارسة حقها في الزواج ثانية بعد انتهاء زواجها الأول، وبين حضانة أطفالها وتربيتهم، إلا أنّه من المهم التشديد على أنّها لا تلغي حق الأم تلقائيًا، بل على المحكمة التحقق من مصلحة الطفل، وضمان تطبيق قانون مساواة المرأة قبل إصدار أي قرار بخصوص الحضانة.

1 – روان اغبارية، حضانة الأطفال والزواج الثاني للمرأة، القسم القانوني،"كيان"، تنظيم نسوي، 2014، ص 08، على الموقع التالي: http://kayanfeminist.org، تاريخ الاطلاع، 12 جانفي 2017.

وحينها يجب على المشرع إعادة النظر في إمكانية وقدرة الأم على رعاية طفلها رغبتها أيضا في ذلك، وليس إفقادها الحضانة بشكل آلي. وكان الأجدر بالمشرع النص على إعادة النظر في كل حالة على حدة، فربما من تزوجت به الأم يكون أكثر حباً وعطفاً على الصغير، مما كان الأب نفسه.

كما تسقط الحضانة بتنازل الحاضن عن ممارسة الحضانة، ما لم يضر بمصلحة المحضون (المادة 66 من قانون الأسرة) أي أن الحاضن قد يقرر التنازل عن ممارسة الحضانة لأسباب معينة وبالتالي تسقط عنه الحضانة، غير أن القاضي يمكنه رفض هذا التنازل إذا كان يضر بمصلحة المحضون.

والحالة الأخيرة فهي واردة في نص المادة 69 من تقنين الأسرة، التي إذا ما أراد الحاضن الانتقال إلى بلد أجنبي، يتعين على القاضي هنا تثبيت الحضانة أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون.

أما بالنسبة إلى عمل المرأة، اتفق جمهور الفقهاء على فكرة أساسية أن إذا كانت المرأة تعمل خارج بيتها وخروجها المتكرر يؤدي إلى إضرارها بالمحضون، فهذا يفقدها حقّها في حضانة الصّغير[1].

بمفهوم المخالفة إذا كان عملها لا يؤثر على مصلحة الصغير فهنا لا تسقط عنها الحضانة. أما قانونًا فلقد استدرك المشرع الجزائري عمل المرأة الحاضنة في المادة 67 في فقرتها 02 المضافة والتي نصت على أنّه: " ***لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون***".

نستنتج إذن أنّ عمل المرأة لا يعتبر سببًا من أسباب إسقاط الحضانة، ولا عائقًا لتمتعها بهذا الحق، بل تقصير المرأة بواجباتها اتجاه المحضون بسبب هذا العمل هو الذي يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها لأنّه دائمًا يراعي مصلحة المحضون[2].

---

1 – محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 679.

2 – انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 03 جويلية 2002، ملف رقم 274207، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، ص 270.

كما يلاحظ أن الأب في التشريع الجزائري لا يؤدي للحاضنة أجرة الحضانة رغم ثبوت هذا الحق شرعا عند جميع المذاهب الفقهية على مدار تاريخ الفقه الإسلامي، وإذا كانت الحاضنة هي مطلّقة فهو ينفق على ولده لا على طليقته، ونتيجة لهذا فيحق للمرأة الخروج للعمل، وخروج المرأة للعمل في العصر الحديث لا يؤثّر على المحضون وهذا لوجود مراكز ومدارس للحضانة تقوم بتربية ورعاية شؤون الطّفل أثناء تواجد والدته في العمل[1].

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أنه لو جعل المشرع عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحضانة لتعارض ذلك مع نص المادة 11 من اتفاقية سيداو في ميدان العمل، التي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة بوصفه حقًا ثابتًا للجميع، وهذا من أجل انسجام الأسرة والحفاظ على المجتمع وتماشيًا مع كافة القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة من الأمم المتحدة، والوكالات المتخصصة والرامية إلى القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

وعليه حسب المادة 11 من اتفاقية سيداو وكذا المادة 67 من تقنين الأسرة المعدل والمتمّم، فإن الأمومة وممارسة الحضانة لا تمنع المرأة من العمل، وهو ما أقره كذلك التقرير الدوري للجزائر الذي جاء فيه ما يلي: "... وأخيرًا فإنّ ممارسة الأم لعمل لم يعد يسمح بإسقاط حقّها في الحضانة..."[2].

على كل حال فإن المشرع الجزائري حاول تحقيق تطابق بين ما جاءت به اتفاقية سيداو والتي طالبت تحقيق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في الحضانة مع ترجيح مصلحة الطفل في كل الحالات، وعلى ذلك جعل الأب في مرتبةٍ ثانيةٍ مباشرة بعد الأم لسببين أوّلهما هو تكريس مبدأ المساواة مع إعطاء الأولويّة للأم بسبب طبيعة مسؤوليتها الخاصّة، ذلك أنّ المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرًا على توفير احتياجاته المتنّوعة. أما ثانيهما فهو الحرص على مصلحة المحضون، إذ أنّ مصلحة هذا الأخير تكمن في نشأته مع أحد والديه باعتبارهما الأولى بتربيته ورعايته، ولا يعتد برغبة الطفل فقط، ولقد

1 – وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولي، مرجع سابق، ص 286.

2 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع، الجزائر، مرجع سابق، ص 20.

أكدت الجزائر في تقريرها الدوري على أنّه: "يستجيب التعديل المدخل على مجلة الأسرة إلى مبدأ الحرص على الطفل وهكذا فإن الأب يأتي في المرتبة الثانية..."[1].

كما كرس القضاء مبدأ رعاية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة دون الاعتماد على إرادة المحضون في ذلك، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها على ما يلي: "إنّ الأم أولى بحضانة ابنتها، خاصّة وأن البنت المذكورة، لا تزال طفلةً صغيرة، وفي أمس الحاجة إلى خدمة النساء، التي يعجز الطاعن عن تقديمها لها، في مثل هذه السّن، ومن ثّم فإن مصلحتها تقتضي إسناد حضانتها إليها، وبالتّالي فإنّه يتعيّن عدم الاعتداد بالتّصريح المذكور لصدوره عن طفلةٍ لا إرادة لها، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانتها إلى المطعون ضّدها، على هذا الأساس، يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقًا سليمًا، الأمر الذي يجعل الوجه المذكور غير مؤسّسٍ، ويتعيّن عدم الاعتداد به"[2].

2 – تركيز ممارسة الولاية على الطفل في يد الحاضن وحده:

عرفت الولاية على أنها "سلطة شرعية على النفس والمال، وتنفذ على الغير شاء أم أبى"، وعرّفت أيضًا بأنها "قوّة شرعيّة يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرًا عليه"[3].

فنظم المشرع الجزائري موضوع الولاية على الأولاد في المواد من 87 إلى 91 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، حيث أنه تطبيقًا لمبدأ المساواة بين الزوجين، فقد نص في الفقرة 03 من المادة 87 من التقنين ذاته أن تمنح الولاية لمن تسند له حضانة الأولاد[4]، أبًا كان أو غيره، بينما أسندت هذه المادة قبل تعديلها الولاية على الأولاد القصر للأب وحده وتنتقل بعد الوفاة إلى الأم[5].

---

1 – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع، الجزائر، المرجع السابق، ص 20.

2 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 14 فيفري 2013، ملف رقم 728882، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2014، ص 307.

3 – نقلاً عن: العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 274.

4 – تنص المادة 87 الفقرة 03 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنه: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

5 – تنص المادة 87 الفقرة 03 من تقنين الأسرة قبل تعديله على أنه: "يكون الأب وليًا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونًا".

ولقد كرس القضاء العمل بالمادة 87 من التقنين المذكور أعلاه ويمنح الحق للمرأة الولاية على محضونها، فجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 14 جانفي 2009، ما يلي: "... لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل(ع) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة..."[1].

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الولاية التي تمنح للحاضن في نصّ المادة 87 من تقنين الأسرة أهي ولاية على المال أم ولاية على النّفس أم كليهما؟

فإذا كانت ولاية على النفس أو بنوعيها هذا يطرح إشكالاً، لأنّه بمنح للمرأة الولاية على القاصر يكون قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالولاية، فكيف تتولى المرأة زواج محضونها؟

إذ إنه يشترط في الشريعة الإسلامية أن يكون الولي ذكر، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى، زيادة على ذلك يمكن للرجل التزوج بالكتابية بالتالي يمكن إسناد الحضانة لها، ومن ثم تصبح ولي على طفلٍ مسلمٍ، ونعلم أن الإسلام شرط في الولاية بصفةٍ عامةٍ[2].

وبالعودة إلى نص المادة 62 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم نجد أنه يشترط تربية المحضون على دين أبيه[3]، ولم يمنع المشرع الجزائري الزوجة الغير مسلمة من حضانة طفلها، ولكنه اشترط عليها أن تربيه على دين أبيه، فتربية الطّفل على دين أبيه في حالة اختلاف الدين الزوجين يعتبر خرقا لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل، كما أنّ تربية الطّفل على دين أبيه تتعارض مع المادة 14 من اتفاقية حقوق الطّفل لسنة 1989 التي أكّدت على حرية الطّفل في الدين والمعتقد.

وللتذكير هنا فإنّ الجزائر على غرار الدول الإسلامية الأخرى أبدت تحفّظها على المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطّفل، كما أنّ تحفّظ الجزائر على المادة 16 من

---

1 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 14 جانفي 2009، ملف رقم 476515، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2009، ص 265.

2 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص 461.

3 – انظر: المادة 62 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم.

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة، فذهب الشافعيّة إلى عدم جواز حضانة المسيحية لابن مسلم، أما المالكية فاشترطوا كي تحضن المسيحية ابن مسلم، أن يكون المحضون في سنّ عدم التّمييز، أي أقل من ستّة سنواتٍ وأنّ لا تربيه على دينها، نقلاً عن: نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 113.

اتفاقية سيداو هو ما جعل المشرع يؤكّد على ضرورة تربية الطّفل على دين أبيه في حالة إسناد الحضانة للأم[1].

كما أن تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري يتضح أنّه تمسّك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، كما أنه أسقطت الحضانة عن أمٍ مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينها[2].

يكمن هدف المشرع الجزائري من تعديل نص المادة 87 تحقيق تطابق نص المادة 16 الفقرة 1/د من اتفاقية سيداو مع تقنين الأسرة فيما يخص حق المرأة في الولاية على أولادها الصّغار، وهذا لتكريس واستحداث المسؤولية العائلية المشتركة، فمنح للمرأة حق الولاية على أولادها القصر وذلك في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، فتقوم الأم مقام الأب في الأمور المستعجلة والمتعلقة بأولادها، كما أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي ولاية الأطفال لمن أسندت له حضانة الأولاد[3].

وفي الأخير، يمكن أن نقول أن الجزائر قد تراجعت نوعًا ما عن تحفظها الوارد على المادة 16 الفقرة 01/و وذلك بإدراج مزيد من المساواة بين الرجل والمرأة وحماية حقوق المرأة وترجيح مصلحة الطفل.

الفرع الثاني

تباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع المالية لفك الرابطة الزوجية

ساوت اتفاقية سيداو بين الرجل والمرأة ومنحت لهم نفس الالتزامات المالية عند انحلال الرابطة الزوجية، ولقد نص تقنين الأسرة الجزائري هو أيضًا على مجموعة من الآثار فهل ساو بين الزوجين في ذلك أم أنه ذهب إلى عكس ما أتت به اتفاقية سيداو؟

فمن أهم هذه الآثار والمتعارف عليها نذكر النفقة التي تستفيد منها المرأة المطلقة ويستفيد منها المحضون طيلة فترة حضانته وقد تستمر إلى ما بعد ذلك، كما أن ممارسة الحضانة يقتضي أن يكون تحت سقف بيتٍ ينمو في دفئه المحضون تحت رعاية الحاضنة (أولاً)، هذا فضلا عن التعويض الذي يقدم لها جراء الضرر الذي يصيبها من الطلاق (ثانيًا).

---

1 – وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولي، مرجع سابق، ص 273.

2 – انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 16 أفريل 1979، ملف رقم 19287، نشرة القضاء، العدد 02، 1981، ص 108.

3 – انظر: نص المادة 87 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

أولاً – قصر واجب الإنفاق على الزوج عند فكّ الرابطة الزوجية:

لقد تعرض المشرع إلى عدة أنواع من النفقة يلزم الزوج بأدائها إلى مطلقته تكون عن طريق القضاء وديناً قويا في ذمة الزوج والمتمثلة في نفقة العدة، نفقة الإهمال، نفقة المحضون والسكن العائلي للحاضنة أو أجرته.

أ–نفقة عدة المطلقة:

ينص تقنين الأسرة الجزائري على غرار قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية الأخرى أنه تقع على عاتق الزوج الالتزام بالنفقة على زوجته ما دامت في عدة الطلاق[1]، وتستحق الزوجة نفقة العدة مهما كان أساس الطلاق، عملاً بنظرية "الاحتباس"، أي أنها محبوسة على ذمة زوجها ولا يمكنها التزوج بزوجٍ آخرٍ تكتسب إزاءه حق الإنفاق عليها، هذا ما تجلى في المادة 61 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم والتي تنصّ على أنّه: "... ***لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق***".

كما على القاضي تقدير نفقة العدة سواء أن كانت المعتدة من خلع أو من طلاقٍ رجعيٍ أو طلاقٍ بائنٍ أو تطليق أو وفاة فله سلطة تقدير مقدار هذه النفقة[2].

ب – نفقة الإهمال:

تعرض المشرع الجزائري إلى نوع آخر من النفقة يلزم الزوج بأدائها إلى مطلقته تكون عن طريق القضاء وديناً في ذمة الزوج[3]، وتتمثل في نفقة الإهمال الواجبة للزوجة نتيجة

---

1 – للإشارة فإن الالتزام بالنفقة في حالة فك الرابطة الزوجية يتخذ شكل الالتزام بتقديم العون المادي في بعض القوانين مثل القانون الفرنسي (Secours)، وتتخذ شكل نفقة التمليك في الشريعة الإسلامية وتقنين الأسرة الجزائري.

فالالتزام بتقديم العون المادي في القانون الفرنسي بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق يقع على عاتق الزوج الذي كان سببا في حصول الطلاق ولمصلحة الزوج الآخر الذي لم يكن متسببا في حدوثه، فتفرض النفقة لصالح الزوج البريء على سبل التعويض، لذلك فإن النفقة في هذه الحالة تجمع بين صفتي التعويض والالتزام بالنفقة.

كما أن الأصل الالتزام بالنفقة ينقضي بوفاة الملزم بها، لكن القانون الفرنسي أوجب نفقة الزوج الباقي على قيد الحياة في تركة المتوفى. إلا أن هذه النفقة شريطة أن يكون بحاجة إليها وفقت افتتاح التركة، وحدد القانون للزوج المحتاج مدة سنة من تاريخ الوفاة لطلبها وقبل انتهاء قسمة التركة، نقلاً عن: مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ص 64.

2 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 176.

3 – تدخل المشرع الجزائري في القانون المدني ليجعل من الحق في النفقة حقا من الحقوق الممتازة يتعين الوفاء بها وتكن لها الأولوية على سائر الديون التي قد يكون المطلق مدينا بها وهذا ما أشارت إليه الفقرة 04 من نص المادة 993 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

إهمال الزوج خلال الفترة التي تسبق الحكم بالطلاق.

تعرض لها المشرع الجزائري في المادة 80 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم التي تنص على أنه: "***تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى***"[1].

كما يمكن أن تكون نفقة الإهمال أثناء قيام العلاقة الزوجية، إذا امتنع الزوج عن تقديم كامل قيمة النفقة المقررة عليه لزوجته، حيث تعتبر هذه جريمة من جرائم إهمال الأسرة، وقرر لها المشرع عقوبة الجنحة في تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم[2].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، هو أن المشرع يشترط وجود بينة على عدم الإنفاق لتمكين القضاء من الحكم على الزوج بالنفقة، فما هي البينة التي يمكن أن تعتمد عليها الزوجة؟

في غالب الأحيان يعتمد القضاة في الميدان العملي على شهادة الشهود، إلا أنه يمكن للزوج إثبات عكس ذلك بأن يقدم وصولات بريدية تثبت أنه كان يرسل لها مبالغ مالية، وفي حالة فقدان البينة يضطر القاضي للحكم بالنفقة من يوم رفع الدعوى القضائية.

ولا تحرم الزوجة من نفقة الإهمال إلا في حالة النشوز الثابت بمحضر عدم الامتثال للرجوع إلى بيت الزوجية، بعد صدور الحكم القاضي بالرجوع عليها، هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها كما يلي: "إن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بُلّغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزًا..."[3].

جـ – نفقة المحضون:

نصت المادة 72 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنّه: " ***نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلّا فعلى والده أن يهيئ له سكنًا وإن تعذّر فعليه أجرته***".

---

1 – الأصل أن النفقة واجبة على الزوج ابتداء من تاريخ امتناع الزوج عن أداءها، ولو امتد ذلك سنوات، انظر: فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 184.

2 – انظر: نص المادة 331 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

3 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 09 جويلية 1984، ملف رقم 33762، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، الجزائر، 1985، ص 119.

استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه، إن لم يكن للمحضون مال، وهذا ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلاميّة، ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد، في إطار عمود النسب[1].

تستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد سن الرشد، أما الإناث فإلى زواجهن بالدخول بهن، وتستمر أيضا نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهةٍ عقليةٍ أو بدنيةٍ، أو لسبب مزاولتهم الدراسة، ويسقط واجب الأب في النفقة عند استغناء من قدرت لمصلحته عنها بالكسب، فلا تجب النفقة على الأب لفائدة ابنه المزاول للدراسة بعد أن ينهي دراسته ويستغني عن نفقة أبيه بأن يصبح له دخل من عملٍ أو حرفة.

كما يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر، وفي الحالة الأخيرة ينتقل واجب النفقة إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة بأن يكون لها مال، وهذا ما نصت عليه المادة 76 من تقنين الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم[2]، إلا أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين ما إن كانت نفقة الزوجة تصير دينًا على الزوج يجب الوفاء بها لاحقًا عندما يتيسر له ذلك، فعبارة "العجز" غير واضحةٍ كما لم يتعرض النص إلى عجز الزوجين معًا على الإنفاق[3].

أما المادة 78 من التقنين المذكور أعلاه نصت على أن تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ذهب المشرع الجزائري في هذا النص إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنه أضاف ما يسمى "بنفقة العلاج"، وجعله في المرتبة الثالثة لما له من أهمية كالغذاء واللباس، وبالتالي يكون قد ساير متطلبات العصر الحالي وازدياد حاجة الطّفل القاصر للعلاج.

فالأصل ينفق الأب على ابنه المحضون دونما حاجةٍ إلى حكمٍ قضائيٍ لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حقّ المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه

---

1 – نقلاً عن: نسيمة أمال حيفري، "نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 27، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص 106.

2 – انظر: المادة 76 من تقنين الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم.

عبرت هذه المادة عن إعسار الأب بكلمة "عجز" ويقصد بها عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرّد فقره وإعساره وإلا لتقاعس الآباء عن الكسب والنّفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضونين.

3 – رشيد بن الشيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل–دراسة فقهية مقارنة ببعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 159.

النّفقة بالحضانة. كما نصت المادة 79 من تقنين الأسرة[1] على أنّه يراعي القاضي عند تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، يلاحظ على هذا النص أن المشرع أعطى سلطةً تقديريّةً واسعةً في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثمنٍ أو أجرٍ للنفقة وذلك وفق ميزانٍ عادلٍ لا تحييد[2].

كما أشرنا إليه، تعد النفقة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية يحكم بها القاضي بمجرد صدور حكمٍ بالطلاق، إلا أنه بوجود إشكالاتٍ قضائيةٍ كثيرةٍ في التنفيذ إمّا لعسر الزّوج الملزم بالنفقة، وإما عدم وجود أموالٍ ظاهرةٍ للحجز عليها، وإما لعدم معرفة مكانه، تبقى المرأة الممارسة للحضانة بدون نفقةٍ، سواء إن كانت مطلقة فلها عدة أنواع من النفقة (نفقة عدة – نفقة إهمال – بدل الإيجار أو للطفل المحضون لممارسة الحضانة عليه...)، ممّا دفع بالمشرع الجزائري باستحداث آلية قانونية جديد لحماية الطفل المحضون والمرأة الحاضنة بإصدار قانونٍ خاصٍ يعالج هذه الإشكالية هو قانون صندوق النفقة للمطلقات الحاضنات رقم 15-01[3]، ذلك لحساسية هاته المسألة التي لا تحتمل التأخير.

جاء إنشاء صندوق النفقة بعد المشاكل الكثيرة والكبيرة التي تتخبط فيها المرأة الجزائرية (الزوجة) بعد فك الرابطة الزوجية. إذ في أغلب الحالات يرفض الزوج بصفةٍ قاطعةٍ منح الزوجة النفقة الغذائية المقرّرة لها قانونًا وهذا قبل الحكم نهائيًا بالطلاق أو بعد الفصل نهائيًا في دعوى الطلاق.

وفي كلتا الحالتين، تقوم الزوجة بتحصيل النفقة الغذائية بعد رفع شكوى من أجل عدم دفع النفقة، وبالتالي فإن استحداث هذا القانون جاء للتقليل من معاناة المرأة وحفظ كرامتها.

بهذا يكون المشرع الجزائري قد راعى بصفة مطلقة وجدية مصلحة المحضون والزوجة، حيث منح لهما حماية أكثر مما هو وارد في المادة 16 الفقرة 01 من اتفاقية سيداو.

د – توفير مسكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار:

أكد المشرع الجزائري على وجوب توفير مسكن للزوجة، وهو التزام يقع على عاتق الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية مراعيًا في ذلك وسعه، ويمتد هذا الإلزام إلى ما بعد انقضاء

1 – انظر: المادة 79 من تقنين الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم.

2 – محمد باوني، عقد الزواج وآثاره –دراسة مقارنة بين الفقه والقانون–، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 176.

3 – قانون رقم 15-01، مؤرخ 04 جانفي 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ج.ج، العدد 01، الصادر في 07 جانفي 2015.

العلاقة الزوجيّة في حالة وجود أبناء، وذلك لممارسة الحضانة[1]، أما إذا تعذر عليه، ذلك فهو مجبر على تأجير بيتٍ لها، وفي حالة عدم الاستجابة لهذا الشرط، يحق للمرأة أن تبقى في السكن العائلي[2].

لم ينص المشرع الجزائري هنا على المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة تاركًا ذلك للفقه الذي أقر مواصفات تتمثل في:

– أن يكون مسكن الحضانة مناسبًا.

– أن يكون مسكن الحضانة مستقلاً.

هذا خلافًا لما هو معمول به، في تقنين الأسرة الجزائري قبل تعديل سنة 2005، الذي يعطي للزوج حق الاحتفاظ بالسكن في حالة الطلاق.

لقد جاء نص المادة 72 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم صريحا يؤكد على إلزام الزوج في حالة الطلاق، بأن يؤجر للأم الحاضنة مع أولادها سكنا ملائما، وإن تعذّر عليه ذلك، يدفع أجرته، ويحقّ للأم الحاضنة للأولاد، البقاء في المسكن العائلي، ما لم يتم الاستجابة لهذا الشرط[3].

حسب نص هذه المادة، لم يجعل المشرع الجزائري الأمر اختياري بين السكن ودفع بدل

---

1 – ثبت في القرآن حق السكن للمطلّقة لقوله تعالى: "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**"، سورة الطلاق، الآية 06.

لقد أوجب الله تعالي على الأزواج إسكان المطلّقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم، وإذا وجب إسكان المطلّقة فإسكان الزّوجة أولي بالوجوب، حيث أنّ زوجيتها قائمة حقيقة وحكمًا، والمطلقة لم يبق لها إلا أحكامها أو بعضها فقط على أنّ الآية أوجبت الإنفاق عموما للمطلقة الحامل.

2 – عرف المشرع الجزائري"المسكن" في المادة 355 من تقنين العقوبات المعدل والمتمم على أنّه: "منزلاً مسكونًا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقلا متى كان معدًا للسكن وإنّ لم يكن مسكونًا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياجٍ خاصٍ داخل السّياج أو السوار العمومي".

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع توسع في تعريف المسكن فالبناية أو الغرفة أو الخيمة أو الكشك حتى ولو كان متنقلاً سواء كانت مسكونة أو مهيأة لأن تكون مسكنًا تعتبر في نظّر القانون مسكنا له حرمة وتجب حمايته. كما أنّ توابع وملحقات المسكن من أحواش وحضائر وحدائق مسورة تأخذ حكم المسكن وتشملها تلك الحرمة، ويشترط في المسكن أن يكون الانتفاع به خاصًا، انظر: أحمد غاي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، سلسلة الشرطة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص ص 15 – 16.

3 – انظر: نص المادة 72 من تقنين الأسرة المعدّل والمتمّم.

الإيجار، وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلّق بالسكن، وفي حالة عدم توفير مسكنٍ للحضانة بعد مرور فترة العدة تصبح المرأة أجنبية، ويكون من حقّها منع دخول الأب لمسكن الزوجية، ويجوز لها رفع دعوى ضده لمنعه من الدخول، حتى ولو كان هذا المسكن له فهي تملك حق البقاء إلى أن ينفذ الحكم المتعلق بالسكن أو توفير بدل الإيجار، وحتى لو تصرف الأب في هذا المسكن ببيعه مثلاً، فإنّه يمكن للحاضنة أن تقوم بإشكال في التنفيذ وللمشتري حينها أن يرفع دعوى لإبطال وفسخ العقد[1].

وحتى يسمح الحكم للمطلقة الحاضنة بمسكن لممارسة الحضانة فتقيم فيه هي ومحضونها يجب توفر مجموعة من الشّروط:

1 – أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمّن إسناد الحضانة إليها بقطع النّظر عن كون المحضون واحد أو أكثر[2].

2 – أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنّه لو كان من أسندت إليه المحكمة حقّ الحضانة هو الجدّة أو العمّة لا يستفيد من مسكن الحضانة، وهذا ما يستفاد من نص المادة 72 سالفة الذكر بنصها على أنّه: " ***في حالة الطلاق، يجب على الأب...*** " وكذلك بنصها في الفقرة 02 من هذه المادة على أنّه: " ***وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية...*** "[3]، نتساءل هنا حول ما إذا كان حقّ الاستفادة بمسكن الحضانة مرتبط بالأم أو بالمحضون؟

3 – أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه للمطلقة لتمارس فيه الحضانة.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى ولو كان للحاضنة سكن، لا يعفي ذلك الأب من واجب

---

1 – نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 113.

2 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 13 مارس 2002، ملف رقم 276760، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2004، ص 274.

3 – إن استعمال المشرع لمصطلح "بيت الزوجية" ليس في محله، بل الأصح: "بيت المطلق"، لأن الزوجية صفة لشخصين مرتبطين بعقد النكاح، وهو لم يعد كذلك بعد فكها بالطلاق، كما يمكن استبدالها ببيت والد المحضون، مع أن العبارة الأصح بيت المطلق، لأن المادة تعالج الحضانة وهي منظمة في فصل "توابع الطلاق"، انظر: حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 140.

توفير المسكن أو من دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة[1]، كما أنّ إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط حقها في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته[2].

يلاحظ من خلال نص المادة 72 المذكور أعلاه أن نية المشرع من إبقاء المرأة بمسكن الزوجية إلى حين توفير السكن هو تنفيذ المرأة لعدتها الشرعية والقانونية بعد الطلاق، وحماية المطلقة وأطفالها من التشرد والضياع بتوفير مسكن مؤقت إلى حين إيجاد الزوج للمسكن أو دفع بدل إيجار.

إلا أن هذه المادة لا تحوي ضمانات للأم، فهي تنص على بقاء الزوجة في المسكن الزوجي إلى غاية تنفيذ الحكم وتوفير الزوج مسكنا لها، إلا أنه يمكن للزوج أن يلجأ إلى التحايل بدفعه مقدم ستة أشهر أو سنة من الإيجار، ثم يمتنع، وتجد المطلقة نفسها من دون مسكن.

وعليه، يستوجب الأمر تعديل نص المادة 72 لتوفير ضمانات أكثر للأم والأطفال في السكن وبالتالي يحقق ويكرس المساواة بين الرجل والمرأة، عملاً ومسايرة لأحكام اتفاقية سيداو.

ثانيا – حق المطلقة في التعويض:

منح المشرع للمطلقة حق الاستفادة من التعويض في حالة إذا كان الطلاق تعسفيا وكذلك في حالة التطليق.

أ-التعويض عن الطلاق التعسفي:

يكون التعسف إذا مارس الشخص فعلاً مشروعا في الأصل – بمقتضى حق شرعي ثبت له – أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعًا، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية[3].

ومنه يكون الطلاق وباعتباره حقًا مشروعًا، يخضع مثل سائر الحقوق للقيد العام، وهو عدم التعسف في استعماله بما يناقض مقصود الشارع، أو بنية الإضرار، إذ يصير مقيدًا

1 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 31 جويلية 2002، ملف رقم 288072، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2004، ص 285.

2 – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 08 ماي 2002، ملف رقم 282052، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2002، ص 279.

3 – رشيد عمري، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 01، المجلد 19، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2018، ص 243.

بالحاجة الضرورية، فلا يسوغ إيقاع الطلاق بدون حاجة، وبدون سبب إليه، لما فيه من الإضرار بالغير بدون سبب، فإن خالف الطلاق هذه المحترزات كان طلاقًا تعسفيًا[1].

لقد أثار هذا الموضوع جدلاً بين فقهاء الشريعة الإسلامية فمنهم من يرى عدم جوازه، لأن الرجل استعمل حقًا مشروعًا له لِذا فلا يمكن إلزامه بالتعويض عن عمل مشروع قام به ومنهم من يذهب خلاف ذلك وهم الفقهاء المحدثين، إذ يرون أن التعويض جائز عندما يطلق الزوج زوجته دونما سبب مبرر، بل أن البعض يرى بضرورة تعويض الزوجة بسبب طلاقها مطلقا، ويضع آخرون قيودًا على ذلك ويقولون للزوجة حق في التعويض عندما يكون الزوج متعسفًا وقوانين أغلب الدول الإسلامية والعربية تأخذ الآن بهذا الرأي.

وعليه، فإن المشرع الجزائري تناول الطلاق التعسفي ضمنا دون تعريفه، وذلك بذكر آثاره كتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها. فنصت المادة 52 من تقنين الأسرة المعدل والمتمم على أنه: " ***إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها*** "، كما أن تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا، أمرٌ متروك للسلطة التقديرية للقاضي، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية[2].

فلثبوت التعويض وفقا للمادة 52 وجب توافر شرطين مهمين، وهما: ثبوت التعسف وأن يترتب عن التعسف ضرر بالزوجة.

فأما بالنسبة للتعسف، ينص التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم في المادة 124 مكرر منه على أنّه: "***يشكل الاستعمال التعسفي للحق لاسيما في الحالات الآتية:***

- ***إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،***
- ***إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،***
- ***إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".***

إلا أنه في كثير من الأحوال يصعب إثبات التعسف من جانب الزوج، على الرغم من

1 – رشيد عمري، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، المرجع السابق، ص 243.

2 – انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 12 جويلية 2006، ملف رقم 368660، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2006، ص 483.

وجود ضرر على المطلقة، ولم يعالج القضاء الجزائري المشكلة، على الرغم من وجود نزاعات عديدة في هذا المجال، أي أنه لم يعط معايير واضحة للتعسف.

فيمكن إعطاء بعض الصور التي قد يعتبر الزوج فيها متعسفا في طلاقه، كالطلاق في مرض الموت قصد حرمان الزوجة من الميراث، أو طلاق الزوج لزوجته بسبب امتناعها عن السكن مع أقاربه[1] أو عدم عذريتها[2]، أو إذا ادعى الزوج أن الزوجة رفضت طلبه بالتخلي عن وظيفتها والمكوث في البيت، فالقاضي لا يعتبر هذا خطأ منها إذا لم يكن الزوج اشترطه عليها في عقد الزواج، فيحكم القاضي هنا بتعسف الزوج[3].

أما الضرر فمعياره شخصي، إذ يصعب الاستدلال عليه، وهو يختلف عن الضرر كسبب من أسباب التطليق، ذلك أن الضرر هنا أوسع مفهوما وأشمل، ولعل أهمه الضرر المعنوي الذي قد تصاب به الزوجة من جراء فراق زوجها لها وتتفاوت درجة الضرر بحسب المدة التي قضاها الزوجان في ظل عش الزوجية، كما يختلف الضرر من امرأة لأخرى، بحسب المستوى الاجتماعي، الثقافي، المكانة داخل المجتمع، فعلى القاضي أن يراعي كافة هذه الجوانب للوصول لحقيقة ثبوت الضرر من عدمه، فما يعتبر ضررا على امرأة قد لا يعتبر عند امرأة أخرى وهكذا...[4].

ب- التعويض في حالة التطليق:

إضافة إلى نص المادة المذكورة أعلاه، نصت المادة 53 مكرر، على أنه: " ***يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها*** ".

لقد سبق وأن درسنا موضوع التطليق، ولم يكتفِ المشرع بذلك بل أنه جاء وأضاف مادة أخرى بموجب التعديل الأخير، وهي المادة 53 مكرر وأجاز بموجبها للقاضي الحكم

1 – انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 21 نوفمبر 2000، ملف رقم 251682، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2001، ص 290.

2 – انظر: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، لتاريخ 11 فيفري 2004، ملف رقم 480264، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2009، ص 283.

3 – يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2015، ص 44.

4 – حمليل صالح، "المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي"، مجلة القانون والمجتمع، العدد 01، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2013، ص 66.

بالتعويض في حالة ما أصابها ضرر جراء التطليق سواء أضرار مادية أو معنوية.

وعليه، فإن المشرع الجزائري أعطى للمرأة حق التعويض في حالة التضرر من الطلاق التعسفي للزوج وفي حالة التضرر من التطليق، فكان هدف المشرع حماية حقوق المرأة أمام إجحاف الزوج، وذلك رغبة منه تحقيق المساواة والقضاء على التمييز ضد المرأة وفقا لما التزمت به الجزائر في اتفاقية سيداو، والدليل على ذلك هو ما جاء في التقرير الدوري للجزائر أمام لجنة سيداو والذي ينص على: "وكل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر، وتترتب على عدم تنفيذ حكم بالتعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، لاسيما ضد الزوج المتعنت..."[1].

على كل حال يتبين أن الجزائر تأثرت بتوصيات لجنة سيداو فيما يخص بتعديل أحكام تقنين الأسرة التي تتنافى مع هدف وموضوع الاتفاقية، ويتضح ذلك من خلال الجهود التي بذلها المشرع الجزائري في سبيل تكريس مفهوم المساواة وفقا لما ورد في الاتفاقية، فقام بتعديل النصوص القانونية التي كان يتعذر عليها الاستجابة لمقتضيات أحكام هذه الاتفاقية، مضحيًا في بعض الحالات بثوابت مستمدة من الشريعة الإسلامية مما تسبب بوجود بعض التناقضات في تقنين الأسرة.

ورغم ذلك رأت اللجنة بأن كل هذه الجهود لا تزال غير كافية لتحقيق أهداف الاتفاقية، ويتعين على الجزائر القيام بتعديلات أخرى في تقنين الأسرة، وأقرت بأن تحفظاتها على المادة 16 تتعارض مع هدف الاتفاقية وموضوعها، ومن ثمة فالجزائر مطالبة برفع تحفظاتها في أقرب الآجال، وتنفيذ التوصيات التي تضمنتها الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع الثالث والرابع الذي قدمته الجزائر، رغم تعارض هذه التوصيات كليا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي نظمت المسائل الأسرية بإحكام، لأمر الذي يجعل المشرع الجزائري أمام خيارين: إما أن يكتفي بما قام به من تعديلات ممكنة، أو يعيد تنظيم الأحكام المتعلقة بتوصيات اللجنة بما يستجيب لما تأمله اللجنة كمنع تعدد الزوجات، وإعادة النظر في التطليق والعدة، وفي قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث، ويضحي بذلك ببعض أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لقانون الأسرة.

1 – لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التقرير الدوري الجامع الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص 20.

خاتمة

تمثل الشروط القانونية لقبول التحفظات الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 والتي استعانت بها اتفاقية سيداو قيودا تسمح للدول بالمحافظة على سيادتها، ويمنح لها فرصة العمل من أجل تطوير قوانينها في أفق الانسجام مع هدف وموضوع الاتفاقية.

وعليه، أبرزنا في هذه الدراسة هدف وموضوع اتفاقية سيداو اللذان يتمحوران حول تحقيق المساواة الكاملة والفعليّة بين النساء والرجال في كل المجالات، واتخاذ التدابير الضرورية لتحقيق ذلك، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، حاولنا تحليل مضمون تحفظات الجزائر على هذه الاتفاقية التي تشمل المجال الخاص أي الأسري والمجال الإجرائي، ودراسة قيمتها القانونية من حيث توافقها مع هدف وموضوع الاتفاقية ومع الالتزامات الدولية الأخرى التي عقدتها الجزائر بموجب اتفاقيات دولية سابقة. كذلك دواعي تحفظ الحكومة الجزائرية عليها والمتمثلة خصوصًا في تعارض مضمون الاتفاقية مع بعض أحكام تقنين الأسرة الجزائري المستمدة من الشريعة الإسلامية.

تبين من خلال الدراسة أن اتفاقية سيداو تدعو بكل وضوح إلى الأخذ بمبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات، مما ينجم عن ذلك من تغيير للأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، إذ حسب هذه الاتفاقية يعتبر دور المرأة المتمثل في الأمومة نمطًا غير مقبول، حيث تعتبر الأمومة وظيفة اجتماعية وليست لصيقة بالمرأة على أساس أنه لا يوجد نمط اجتماعي خاص بالرجل أو المرأة.

كما تطالب الدول بتعديل وإبطال التشريعات المستمدة من الدين، واستبدالها بالأحكام الواردة في الاتفاقية، بهذا تلغي الخصوصيات الدينية والثقافية والحضارية، وتدعو إلى أحادية ثقافية بمفهوم العولمة، رغم أن ميثاق الأمم المتحدة ينص على احترام التنوع والتعدد الثقافي والديني لمختلف الدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

ثم إن الاتفاقية أجازت بموجب الفقرة 02 من المادة 28 للدول بإبداء التحفظات في وقت التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 19 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ويهدف السماح للدول بإبداء التحفظات إلى استثنائها من الأثر القانوني لأحكام بعينها من أحكام المعاهدة، أو تعديل هذا الأثر في تطبيق الاتفاقية على تلك الدول.

لقد صادقت الجزائر على اتفاقية سيداو في عام 1996، وقامت بإدراجها ضمن قانونها الداخلي. وتضمنت هذه الاتفاقية عددًا كبيرًا من الأحكام والحقوق التي تتطابق مع أحكام تقنين الأسرة الجزائري، إلا أنه هناك أحكام أخرى تضمن حقوقًا تتصادم مع هذا التقنين، لهذا السبب تحفظت الجزائر على بعض موادها، وهي المواد 02 و09 الفقرة 02 و15 الفقرة 04 والمادة 16.

تتعلق معظم هذه التحفظات بالقضايا الهامة الخاصة بحماية حقوق المرأة ضد التمييز، وهي القضايا المرتبطة بالمجالات المتعلقة بالسياسات التي على الجزائر إتباعها لمحاربة التمييز ضد المرأة وترسيخ المساواة الكاملة والفعليّة.

كما تشمل هذه التحفظات مجال الأسرة ودور المرأة في الفضاء الخاص، بالخصوص المساواة بين الرجل والمرأة عند إنشاء عقد الزواج وعند انحلاله في مجال شؤون الأسرة.

لقد اعترضت مجموعة من الدول على تحفظات الجزائر، واعتبرتها بصفة عامة تحفظات تثير الشك فيما يخص التزام الجزائر بموضوع وهدف الاتفاقية، وهي تحفظات عامة وغير محددة بدقة، الأمر الذي يترتب عليه بطلانها طبقا للمادة 28 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو.

أكدت كذلك لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على أن تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو تخالف هدف وموضوع الاتفاقية، فهي بذلك غير مقبولة من الناحية القانونية، إذ أنه في حال التحفظ على الالتزام بتعديل التشريعات الوطنية – المادة 02 من اتفاقية سيداو – بما ينسجم مع أحكام الاتفاقية وغيرها تحت ذريعة القوانين المحلية، هو تعبير واضح عن إرادة الدولة المتحفظة في الإبقاء على التمييز وتعميق التعارض بين الاتفاقية والقوانين المحلية.

كما أنه في الحالة التي يُعطى فيها الأولوية للقوانين المحلية في مواجهة أحكام الاتفاقية، تبقى أحكام هذا القانون بلا فائدةٍ من الناحية العملية، ويتحول انضمام الدول للاتفاقية دون أثر على القوانين المحليّة.

بررت الجزائر تمسكها بتحفظها على المادة 02 من الاتفاقية، على أن مبدأ عدم التمييز يندرج ضمن المبادئ الأساسية المكرسة في الدستور والتشريع واللوائح التنظيمية الجزائرية. وتشجع هذه الأخيرة ممارسة الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة في جميع ميادين الحياة الوطنية، وتخضع الحياة الشخصية

لأحكام الشريعة الإسلامية ولاسيما الإرث الذي تحكمه قواعد ربانية، وهذه القواعد جبرية لا يمكن المساس بها.

لكن بسبب تزايد الضغط الدولي على الجزائر، قامت بتعديل بعض الأحكام التمييزية الموجودة في تقنين الجنسية الجزائري في عام 2005، حيث سحبت الحكومة الجزائرية تحفظها على المادة 09 الفقرة 02 في عام 2008، مما مكن من إضافة المزيد من المساواة بين الجنسين، بحيث أضاف هذا التعديل حقًا جديدًا للمرأة وأجاز لها نقل جنسيتها عن طريق حق الدم إلى أبنائها؛ أي أصبح لها الحق كالرجل على أبنائه. وبإمكان اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط، وهذا حسب المادة 09 مكرر من قانون الجنسية المعدل والمتمم.

رغم ذلك لم تحقق الجزائر المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بامتداد الجنسية الجزائرية لأبنائهما القصر، لأن المادة 17 من القانون نفسه نصت على امتداد الجنسية الجزائرية إلى الأولاد القصر عند اكتساب هذه الجنسية، عكس ما إذا كانت الأم هي التي اكتسبت الجنسية الجزائرية فلا تمتد إلى أولادها القصر.

ولم تسحب الحكومة الجزائرية تحفظها على نص المادة 15 الفقرة 04 من اتفاقية سيداو والمتعلق بحرية التنقل، والحق في اختيار السكن ومكان الإقامة، رغم تأكيد تقرير الحكومة الجزائرية أنه في واقع الحياة العملية أصبح هذا التحفظ بدون مفعول، إذ نتيجة التحولات الاجتماعية والاقتصادية، يضطر العديد من الأزواج ماديًا إلى عدم العيش في المكان نفسه، بسبب بُعد مكان عمل الزوج.

كما أن اختيار مكان السكنى أو الإقامة يتعلق بجوانب الزواج التي ترك تقريرها بصورةٍ كاملةٍ لتقدير الزّوجين، إما في وقت إبرام عقد الزّواج أو في وقت لاحقٍ بواسطة وثيقةٍ مصدقٍ عليها بموجب المادة 19 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

حسب البعض هناك نصوصًا تحفظت عليها الجزائر لصالح المرأة ودعم حقوقها وراعت بذلك طبيعتها، ويمكن الاستدلال بتحفظ الجزائر على نص المادة 16 من اتفاقية سيداو، حيث لا تمنح هذه الأخيرة المرأة المتزوجة لا حق الصداق، ولا حق النفقة، بل إنها فرضت عليها واجب الإنفاق من باب المساواة. ولذلك تتمتع المرأة حسب هذه الاتفاقية سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الميراث، عكس ما ذهب إليه

المشرع الجزائري عندما استنبط أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية، وهو عين الصواب، إذ أن المرأة في كل الأحوال أكبر مستفيد في الجانب المالي إذا أخذنا بعين الاعتبار ما يدفعه كل طرف وما يحصل عليه من مال.

غير أن هناك فارقاً شاسعًا يفصل القانون عن الممارسة، فالمرأة الجزائرية اليوم في كثير من الأحيان تتحمل عبء الإنفاق على الأسرة، بدافع الضرورة ليس إلا، ناهيك عن عملها المنزلي غير المأجور، ومع ذلك لا تتحصل ولو على نصيب مساوٍ لنصيب الرجل في الميراث بالنظر إلى كل تلك المسؤوليّات التي تتحملها، ويفترض أنّها تقع على عاتقه، فإذا كان الامتياز مرتبطًا بالمسؤولية، ألا ينبغي أن يفقد الرجل غير المسؤول امتيازه إذا فشل في الوفاء بالتزاماته.

أما بخصوص الرباط الشرعي ألا وهو الزواج لم يأخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة المطلق بين الجنسين، كما ورد في نص المادة 16 من اتفاقية سيداو، لكون المساواة التي تنادي بها هذه المادة منافيةً في بعض المسائل لتقنين الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، وهذا رغم تأكيد لجنة سيداو في بيان لها أنه لا يجوز التحفظ على المادة 16 لأنها تمثل جوهر الاتفاقية وموضوعها الأساسي، وذلك بموجب المادة 28 الفقرة 02 من الاتفاقية، وأحكام قانون المعاهدات.

تعتبر اللجنة أن تعارض المادة 16 مع الممارسات التقليدية، أو الدينية، أو الثقافية لا يمكن أن يبرر انتهاك الاتفاقية، وأن التحفظ على هذه المادة سواء أكان لأسباب قومية أو تقليدية أو دينية، فإنه يعتبر منافيًا لموضوع الاتفاقية وغرضها، وبالتالي لابد من سحبه.

حاول المشرع الجزائري بعد تعديل تقنين الأسرة سنة 2005 تحت ضغوطاتٍ كثيرةٍ تكريس توجهٍ جديدٍ يقوم على مبدأ المساواة بين الزوجين، بدءً بالأحكام المتعلقة بالزواج من حيث تكوينه من خلال توحيد سن الأهلية لإبرام عقد الزواج، وتقييد حرية الرجل في التعدد وإعطاء المرأة حق تولي عقد زواجها بنفسها، وحرية اشتراطها لنفسها ما تشاء في العقد ما لم تخالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مع توحيد الواجبات والحقوق بينها وبين زوجها، وقد ذكر المشرع ذلك مقيمًا الأسرة على أساس التعاون والتشاور بينهما، دون إعطاء الرئاسة للزوج، وما يترتب عنها من حقوق كالقوامة والطاعة، فيما ألزمه بالنفقة.

كما ركز المشرع على تحقيق المساواة بين الزوجين عند فكّ الرابطة الزوجية، وذلك من خلال تقييد حرية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة مع إجبارية تعويضه المرأة في حالة تضررها من الطلاق، وكذا زيادة حالات التطليق وإلغاء إرادة الزوج في الخلع، ومنحها المرتبة الأولى في حق الحضانة على أبنائها ولو خرجت للعمل، والولاية عليهم حينما يكون الزوج غائبا أو حين تكون الحضانة لها عند الطلاق.

في الوقت نفسه، حاول المشرع تحت ضغوطاتٍ موازية التمسك بالشريعة الإسلامية، فلم يلغِ الحقوق السابقة وغيرها بنصوص صريحة تاركًا المادة 222 من تقنين الأسرة التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص، مما يبقيها قائمةً.

لقد جاء المشرع بنصوصٍ خاصةٍ به، لا مثيل لها في التشريعات، إذ حكم رأيه دون الاستناد إلى مصدر تقنين الأسرة، وذلك بسبب تبنيه لمبدأ المساواة مسايرة لنصوص اتفاقية سيداو، والانفتاح على العالم الخارجي.

وعليه، تمسكت الجزائر بتحفظها على المادة 16 من الاتفاقية مما جعلها تُبقي على بعض المسائل كالعدة، التعدد والنفقة، الأمر الذي أوقعها في تناقضات بين بعض النصوص، حيث يريد المشرع العمل بنصوص الاتفاقية والأخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين وبلوغ موضوع الاتفاقية وهدفها، ولكن من ناحيةٍ أخرى هو يحاول الحفاظ على المرجعية الإسلامية التي تتناقض في بعض المسائل مع مضمون الاتفاقية.

رغم كل هذه الانتقادات إلا أنّه بمقارنة مجال التوافق بين اتفاقية سيداو وتقنين الأسرة الجزائري مع مجال التناقض يظهر أن هذا الأخير أصبح محدودًا جدًا، ويحتاج إلى إرادات سياسّيةٍ كبيرةٍ وإلى حكامة جيّدة لتعديله وتفعيله.

انطلاقا مما سبق ذكره، يتضح أن المشرع الجزائري بذل جهدا كبيرا في سبيل تكريس مبدأ المساواة والقضاء على التمييز ضد المرأة، إذ قام بتعديل النصوص القانونية التي كان يتعذر عليها الاستجابة لمقتضيات أحكام اتفاقية سيداو، مضحيا في بعض الحالات بثوابت مستمدة من الشريعة الإسلامية، لكن هذا لم يكن كافيا للاستجابة لتطلعات لجنة سيداو.

لذا، كررت لجنة سيداو قلقها إزاء إبقاء الجزائر على تحفظاتها على المواد 02 و15 الفقرة 04 والمادة 16 من الاتفاقية، فتوصي الجزائر بمراجعة وتعديل الأحكام التمييزية الواردة في تقنين الأسرة، وبأن تقوم بوجه خاص باستعراض أثر شرط الولي عند زواج المرأة

التي بلغت سن الرشد، والنص على عدم تعدد الزوجات وحظر التعدد ممارسةً وقانونًا، وتحث الجزائر أن تسحب كل تحفظاتها على المواد 02 و15 الفقرة 04 والمادة 16 من الاتفاقية وفي ظرف زمني محدد، وذلك يرجع لكونها تخالف جوهر وموضوع الاتفاقية.

يتبين أن لجنة سيداو تولي أهمية بالغة لقيام الجزائر بتعديلات أخرى على تقنين الأسرة، بالشكل الذي يتناسب مع أحكام الاتفاقية، الأمر الذي يمكن الجزائر من سحب تحفظاتها، غير أن هذا الأمر يبدو صعب المنال بما أن تقنين الأسرة هو بالأساس قانون يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ولأن ما يجب إدراجه في التعديل الذي تنادي به اللجنة يتعارض تعارضًا صارخًا مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

كما إن ما ذهبت إليه لجنة سيداو من القول بضرورة الحدّ من حق الدول في وضع تحفظات على اتفاقية سيداو قول غير سديدٍ، نظرًا لحاجة الدول لحماية مصالحها الجوهرّية، ومن ثم لا يجوز مصادرة حق الدولة في إبداء تحفظاتها طالما كان التحفظ لا يفرغ المعاهدة من قيمتها، وطالما استند التحفظ على ما يبرّره. والقول بأن تحفظات الجزائر على النصوص المخالفة لتقنين الأسرة والمستمّدة من الشريعة الإسلامية يتعارض مع الغاية من اتفاقية سيداو هو قول يخالف الحقيقة، فالاحتكام للمبادئ الأخلاقية والجوهرية للقرآن الكريم والسنّة النبويّة المطهرة يعزز ويحقق العدالة والارتقاء بكرامة الجنس البشري بأكمله.

فليس المطلوب هو استنساخ التجارب، وإنما الاستفادة منها في حدود خصوصّية المجتمع، لأن لكل مجتمع خصوصياته ومكوناته، والمطلوب هو الاعتزاز بالذات والقيم التي تبرز الهوية الوطنية. كما لا ينبغي التعامل مع التحفظات بأيّة حساسيّةٍ أو حرجٍ أو عقدةٍ، فالتحفظ حق للتعبير عن الاختلاف والتعددية الثقافية والدينّية، وهو حق كما لاحظنا يضمنه القانون الدولي بصفة عامة واتفاقية سيداو بصفة خاصة.

الجدير بالذكر، أن شرط توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة والغرض منها يشكل وفقًا لأحكام المادة 19/ج من اتفاقية فيينا والمادة 28 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو، المعيار الأساسي لجواز إبداء التحفظ، غير أنه كما أشرنا إليه فهو من أكثر المعايير إثارةً للمشاكل.

فلا معاهدات حقوق الإنسان بما فيها اتفاقية سيداو ولا قانون المعاهدات تتضمن توضيحًا لمفهوم شرط توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وغرضها، ولم يحدّد نطاق تطبيق الشرط بصدد التحفظات، كما أنها لم تثبت الجهة المسئولة عن التدقيق في مدى تحقق هذا

التوافق في حال وقوع خلافٍ بين الأطراف.

نعلم كذلك أن نظام الاعتراض على التحفظ الذي أنشأته اتفاقية فيينا لعام 1969 لم يكن فعالاً في مواجهة ما يسمى بالتحفظات التي تتعارض مع موضوع وهدف المعاهدة، ومسألة الاعتراضات كما سبق الإشارة إليه تحكمها أساسًا الإرادة السياسيّة للدول والمصالح المتبادلة. كما أن لجنة سيداو ليس لديها صلاحيات ملزمة فيما يتعلق بتحديد مدى توافق التحفظات مع هدف وموضوع الاتفاقية، ولكن في تجاوز خطير للصلاحيات تمارس اللجنة ضغوطًا مستمرة على الحكومة الجزائرية لرفع كل تحفظاتها على الاتفاقية.

وبالتالي، يمكن اعتبار تقييم تحفظات الجزائر على أنها غير صحيحة من الناحية القانونية لعدم توافقها مع هدف وموضوع الاتفاقية قول غير مجدٍ، خاصّةً بعد المكتسبات التي حققها المشرع من خلال رفع بعض التحفظات حول الاتفاقية والنص على المساواة في الدستور بطريقة واضحةٍ لا تقبل أي لبس، وتعديل تقنين الأسرة ما عدا النصوص المتعلقة بشؤون قطعية في الدين، كالمساواة في أنصبة المواريث، وإلغاء الصداق، ورفع العدة.

وفي الختام، توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن هناك نقائص وثغرات لابد من سدها، وذلك سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني.

فعلى المستوى الدولي لابد من:

– تخصيص اتفاقية دولية تحدد مفهوم شرط توافق التحفظ لموضوع المعاهدة وغرضها وتحديد نطاق تطبيق هذا المعيار بالنسبة للتحفظات.

– يستحسن لو أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أخذت في الاعتبار خصوصية تحفظ الدول الإسلامية على نصوص اتفاقية سيداو بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية، باعتبار أن القيم الأساسية التي تقوم عليها المجتمعات الإسلامية غير مخالفة لهدف الاتفاقية، وذلك انطلاقا من مبدأ سيادة الدولة وعدم جواز فرض التزامات عليها إلا بإرادتها.

– ضرورة أن تتضمن المنظومة القانونية الدولية نصوصا تشترك فيها جميع النظم القانونية، وأن لا تكون هذه المنظومة تحت سيطرة منظومة قيم معينة ومحاولة فرض ذلك على قيم مجتمعات أخرى.

أما على مستوى القانون الوطني الجزائري:

– يجب تحديد التحفظ وتحديد النص أو الفقرة المتعارضة مع الحكم الوارد في الاتفاقية حتى لا تترتب آثار غير محددة تنعكس على الممارسة والقانون بشكل عام، مع الإشارة إلى الأسباب الداعية إلى اعتبار التحفظ أمرا ضروريا. لأن الإشكال ليس في تمسك الجزائر بنص قانوني ذو مصدر ديني، بل في التحفظات التي تحيل إلى القانون بدون طابع محدد ودقيق.

– القضاء على التناقضات والثغرات الواردة في تقنين الأسرة، ذلك لأن المشرع الجزائري اعتمد على الجمع بين أفكار المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية في بعض المسائل.

– على المشرع تحديد سن دنيا للزواج، ومن ثم تقرير جزاء على مخالفة أهلية الزواج.

– التضييق من دائرة السلطة التقديرية للقاضي بوضع أسس محددة لمنح الترخيص بالزواج للقاصر وفق ما تقتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة.

– تعديل الفقرة 02 من المادة 326 من تقنين العقوبات الجزائري المعدل والمتمم التي أجازت تزويج الفتاة المخطوفة بخاطفها حتى وإن لم تبلغ الثامنة عشر من عمرها، وذلك بوضع بعض الشروط لاعتبار هذا النوع من الزواج صحيحًا، كأن يمنع الخاطف من طلاق المخطوفة خلال مدة معينة، وإن خالف ذلك سوف تطبق عليه العقوبات المقررة في نص المادة المذكورة أعلاه، وذلك حماية للمخطوفة القاصر من سوء نية الخاطف الذي يتزوج بها للإفلات من العقاب، ومن ثم يقوم بتطليقها بعد مرور مدة قصيرة على زواجهما.

– تدارك ما تم إغفاله في المادة 30 من تقنين الأسرة الجزائري، إذ لم يتم النص على اعتبار زواج المسلم بالمشركة أو غير ذات دين سماوي كمانع للزواج، بإضافة الفقرة التالية "يحرم مؤقتا زواج المسلم من الكافرة".

– اشترط المشرع الجزائري على الزوج موافقة الزوجة الأولى وحصوله على رخصة من القاضي في حالة التعدد؛ إلا أن كثيرا من الأزواج يلجئون إلى الاحتيال على القانون عن طريق الزواج العرفي، وهنا يكون القاضي غير ملزم بطلب رخصة الزوجة الأولى خاصة إن أثمر الزواج العرفي ذرية، فعلى المشرع النظر في مسألة الزواج العرفي.

– إعادة النظر في الفقرة 01 من نص المادة 11 من تقنين الأسرة، فعبارة "أي شخص آخر تختاره" لا تستقيم مع عاداتنا، فإما أن يلغيه المشرع تماما، أو أن يشرك الولي في

اختيار المرأة، على أن يؤدي دوره بما يحفظ لها حريتها الشخصية في الاختيار والزواج، وأن يمنع عليه منعا قاطعا إكراهها أو إجبارها على الزواج ممن لا ترغب فيه، ولا أن يمنعها من ذلك إن كان في الزواج مصلحة لها، وإلا رجع الأمر للقاضي.

– تعديل المواد 49، 50، 132 من تقنين الأسرة الجزائري لأنها تتناقض مع العدة الشرعية إذ لا يعقل أن تصطدم العدة القانونية مع العدة الشرعية، وتجد المرأة المطلقة نفسها أمام عدتين، بل أمام المتابعة الجنائية إذا تزوجت بالفاتحة قبل صدور حكم الطلاق النهائي من المحكمة.

– عدم اعتبار زواج الأم سببا كافيا لسقوط حضانتها لطفلها، ويجب النظر في كل حالة على حدة، والاستماع إلى البيانات التي تنفي أو تثبت قدرة الأم على توفير الرعاية لصغارها في حال إعادة الزواج.

– إن سحب الجزائر تحفظها على المساواة في الحق في الجنسية يقتضي منها تعديل كل المواد الواردة في القانون الداخلي والتي تقيم تمييزا بين الجنسين في حق الجنسية، وعليه نقترح تعديل نص المادة 17 من تقنين الجنسية الجزائري المعدل والمتمم لتحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بامتداد الجنسية الجزائرية إلى أبنائهما القصر، لأن هذه المادة نصت على امتداد الجنسية الجزائرية المكتسبة وفقا للمادة 10 من التقنين ذاته إلى الأولاد القصر عندما يكون الأب هو الذي اكتسب الجنسية الجزائرية، عكس ما إذا كانت الأم هي التي اكتسبت الجنسية الجزائرية فلا تمتد إلى أولادها القصر.

– نقترح أيضًا تعديل المادة 18 الفقرة 03 من تقنين الجنسية الجزائري المعدل والمتمم التي تنص على أنّه: "يفقد الجنسية الجزائرية... المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية"، إذ يظهر من خلال هذه الفقرة أنه لا يزال هنالك تمييز ضد المرأة، حيث لا يوجد أي حكم مماثل بالنسبة للرجل في قانون الجنسية.

قائمة المراجع

I – باللغة العربية:

أولاً – الكتب:

1. إبراهيم محمد الدغمة، القانون الدولي للبحار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
2. أحمد أبو الوفا، قواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام، دار النهضة العربية، 2001.
3. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط 05، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
4. أحمد إسكندري، ناصر بوغزالة، محاضرات في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
5. أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
6. أحمد زوكاغي، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، سلسلة توصيل المعرفة، دار توبقال، المغرب، 1992.
7. أحمد غاي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، سلسلة الشرطة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2008.
8. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
9. أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
10. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007.
11. _____، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
12. البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط 02، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994.
13. جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر، (د.س.ن).

14.جمال الدين عطية، محمد كمال الدين إمام، ... وآخرون، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو CEDAW رؤية نقدية... من منظور شرعي، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، 2000.

15.جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام، المدخل والمصادر، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

16.الحبيب الحمدوني، حفيظة شكير، حقوق الإنسان للنساء بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية المرأة، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، د.م.ن، 2008.

17.حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة – حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والاجتماعي والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.

18.خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، سوتير الأزريطة، مصر، 2007.

19.خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط 03، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008.

20.خير الدين عبد اللطيف محمد، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ودورها في تفسير وحماية الحقوق والحريات الأساسية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1991.

21.راشد بن عمر العارضى، التحفظ على المعاهدات الدولية في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، دراسة تطبيقية لتحفظات المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

22.رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء دنيا الطباعة والنشر، مصر، 2008.

23.رشيد بن الشيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة فقهية مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

24.رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري– الأحكام العامة للجريمة –، ط 02، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976.

25.رمضان إبراهيم علام، التناقض الإجرائي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2010.
26.رمضان علي السيد الشربناصي، جابر الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلام والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
27.رندة الفخري عون، التمييز ضد المرأة في ضوء أبرز المواثيق الدولية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
28.سامية بوروبة، الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة، مؤسسة راول والنبورق، السويد، 2012.
29.سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
30.سعيد محمد أحمد باناجة، دراسة وجيزة حول مبادئ القانون الدولي العام وقت السلم وقانون المنظمات الدولية الإقليمية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
31.سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
32.سيد إبراهيم الدسوقي، الحماية الدولية لحقوق المرأة على ضوء اتفاقية منع التمييز الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
33.شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987.
34.صلاح جبير البصيصي، دور محكمة العدل الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2017.
35.صهيب مصطفى طه، حقوق المرأة بين العدالة والمساواة، هيئة الأعمال الفكرية، الخرطوم، 2005.
36.عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومة، الجزائر، 1996.
37.عبد العزيز محمد السرحان، مبادئ القانون الدولي العام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1980.

38._____، الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة لها طبقا للمبادئ العامة للقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

39.عبد الغني محمود، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

40._____، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

41.عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقهاً وقانوناً، مكتبة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995.

42.عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2005.

43.عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية (الزواج–الطلاق–الولادة ونتائجها)، ج 01، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987.

44.عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام: المبادئ العامة، ج 01، دار الثقافة، عمان، 1997.

45.عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النقاش، الأردن، 2011.

46.عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، شركة دار الهدى، الجزائر، 2000.

47.العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

48._____، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

49.العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

50._____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 04، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

51._____، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق أخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج 01، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

52.عزت سعد السيد البرعي، حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.

53.علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

54.علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

55.علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

56.عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

57.عواطف عبد الماجد إبراهيم، رؤية تأصيلية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، مركز دراسات المرأة، مركز البحوث والدراسات، الخرطوم، 1999.

58.غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

59.فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته: عقد الزواج وآثاره، والفرقة ولآثارها، وحقوق الأقارب، د.د.ن، العراق، 2004.

60. فاطمة شحاتة زيدان، الحماية القانونية طبقا لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

61.فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، ج.01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

62.فوزي خميس،... وآخرون، الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر، الدراسة الوطنية لشؤون المرأة اللبنانية والجامعة اللبنانية الأميركية، معهد الدراسات النسائية في العالم العربي في إطار الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر في لبنان، 2014.

63.كاميليا حلمي محمد، مثنى أمين كردستاني، الجندر – المنشأ – المدلول – الأثر، دار العفاف، الأردن، 2004.

64.لجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، الجزائر، 2009.

65.لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2017.

66.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.

67.محمد باوني، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بنين الفقه والقانون)، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

68.محمد بدران، قانون الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

69.محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، ج 02، د.د.ن، الجزائر، 2000.

70._____، مبادئ القانون الدولي، ج 01، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2002.

71._____، مبادئ القانون الدولي العام، ج 01، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

72.محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

73.محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

74.محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائري والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط 04، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

75.محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

76.محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 02، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1977.

77.محمد مصطفى يونس، حقوق الإنسان في حالات الطوارئ دراسة فقهية وتطبيقية معاصرة في ضوء مبادئ وقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

78.محمد يوسف علوان، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، مطبوعات وحدة التأليف، الكويت، 1989.

79._____، القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر، مطبعة الرزنا، عمان، 1996.
80._____، القانون الدولي لحقوق الإنسان – المصادر ووسائل الرقابة، ج 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
81.محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، ج 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
82.محمود السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، ط 2، منشورات جامعة القدس المفتوحة، 2003.
83.محمود عبد الغني، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1986.
84.منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
85.نجيب أحمد، الجنسية ودور الأم في جنسية أولادها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
86.نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
87.نسيمة جلاخ، الحماية الدولية لحقوق المرأة في المواثيق الدولية، الإعلانات والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، د.م.ن، 2016.
88.نور الدين عتر، أبغض الحلال إلى الله، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
89.وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2000.

ثانيا – الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ – أطروحات الدكتوراه:

1. أحمد جمعة عبد الله خليفة، حقوق المرأة في القانون الدولي، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2009.
2.أسامة عرفات أمين عثمان، حقوق المرأة في المواثيق الدولية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2003.
3.أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.

4.بن الصغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2009.

5.حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

6.خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة – دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.

7.خليل عمر، فك الرابطة الزوجية، بناء على طلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005.

8.رابح سعاد، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017.

9.ربيحة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2011.

10. رولا محمود حافظ الحيت، قضايا المرأة بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

11. سرور ثوابتي إيمان ريما، القواعد الدولية للعمل المكرسة لمبدأ المساواة وعدم التّمييز في التوظيف والاستخدام، أطروحة دكتوراه، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، 2015.

12. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.

13. طالبي سرور، تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008.

14. عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

15. عيساوي عبد النور، حقوق المرأة في ضوء المواثيق الدولية، وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

16. فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.
17. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.
18. محمود محمد متولى أحمد، التحفظ التفسيري على المعاهدات الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1997.
19. مختاري فتيحة، التحفظ وأثره على الالتزام الدولي بمعاهدات حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
20. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006.
21. هلالي عبد الله أحمد، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بنى سويف، جامعة القاهرة، 1994.
22. وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2019.

ب – مذكرات الماجستير:

1. بن جيلالي سعاد، حرية المعتقد في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.
2. حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2012.
3. دياب جفال إلياس، حرية المعتقد بين المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012.

4. طلال ياسين العيسى، التحفظات الأردنية على اتفاقية سيداو وأثرها على حقوق المرأة في الأردن، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات القانونية، جامعة جدارا، الأردن، 2011.

5. عايد سليمان أحمد المشاقبة، التحفظ على المعاهدات الدولية الجماعية، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2003.

6. عبد الكريم مسعود محمد أدبيش، الحقوق السياسية والاجتماعية للمرأة في المواثيق الدولية مع التطبيق على الحالة الليبية، مذكرة ماجستير، جامعة القاهرة، 2011.

7. فهد سعران فهد المطيري، تحفظات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.

8. محمد شاكر رومية، التحفظ على المعاهدات الدولية من خلال اتفاقية السيداو، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2011.

9. مشاعل حلفان عبد الله آل عايش، الأثر العقدي والفكري على المرأة المسلمة من اتفاقية السيداو، مذكرة ماجستير، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، 2015.

10. ميساء عبد الكريم أبو اصليح، حق المساواة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2019.

11. وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

12. يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2015، ص 44.

رابعا – المقالات والمداخلات:

أ – المقالات من المجلات العلمية

1. ابتسام صولي، "عقد الزواج المغفل ووضعية الأطفال مجهولي النسب في قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة"، مجلة دفاتر القانون والسياسة، العدد 13، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص ص 251–266.

2. أحمد داود رقية، "مبدأ عدم التمييز في التشغيل ضد المرأة في قانون العمل"، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص ص 09-24.

3. أحمد عبدو، "المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011، ص ص153-163.

4. أيت شاوش دليلة، "التطليق للغيبة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص ص 271-286.

5. بلبة ريمة، "تكريس مبدأ التناصف بين الجنسين على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 12، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، 2017، ص ص 69-86.

6. بن عومر محمد الصالح، "تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، المركز الجامعي، تمنغست، 2012، ص ص 28-48.

7. بومنجل فاتح الدين، "التمييز غير المباشر والتمييز الإيجابي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2004، ص ص 123-144.

8. تشوار جيلالي، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص ص 02-38.

9. جلطي أعمر، "مجالات منع التمييز ضد المرأة العاملة في مفهوم اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان"، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص ص 113-134.

10. حساني خالد، "نفاذ المعاهدات الدولية في النظم القانونية الوطنية"، مجلة الحقوق والعلوم

العلوم السياسية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة خنشلة، 2015، ص ص 72-78.

11. حسن بن مالك، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري الجديد (دراسة مقارنة)"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 13، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2007، ص ص 365-380.
12. حسن محمد الهداوي، "اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية"، مجلة الحقوق، العدد 02، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1977، ص ص 217-233.
13. حسني موسي محمد رضوان، "التحفظ على المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية لتحفظات الدول الإسلامية على المعاهدات المتعلقة بحقوق المرأة والطفل"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، 2014، ص ص 98-140.
14. حسينة شرون، "تطبيق الاتفاقيات الدولية أمام القاضي الجزائي"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 11، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007، ص ص 89-109.
15. _____، "أحكام جريمة التمييز المستحدثة في قانون العقوبات الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لخضر، باتنة، 2015، ص ص 117-138.
16. _____، "أسباب إباحة جريمة التمييز في قانون العقوبات الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الواد، 2016، ص ص 07-19.
17. حكمت شبر، "القواعد الآمرة في القانون الدولي العام، دراسة مقارنة"، مجلة القانون المقارن، العدد 10، جمعية القانون المقارن، بغداد، 1979، ص ص 39-52.
18. حمليل صالح، "المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي"، مجلة القانون والمجتمع، العدد 01، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2013، ص ص 53-70.
19. حميدو تشوار زكية، "بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص ص 76-101.

20. دليلة محمد براف، رضا عبد الحميد دغبار، "المركز القانوني للمرأة الجزائرية في الدستور والاتفاقيات الدولية ومبادئ الشريعة الإسلامية"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 01، المجلد 14، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص ص 330-352.

21. دنش رياض، "منع التمييز في ضوء اتفاقية سيداو (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضّد المرأة)"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص ص 223-236.

22. رابح بن غريب، "المركز القانوني للمرأة على مستوى تعديل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 01، ج 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016، ص ص 169-189.

23. _____، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية"، مجلة تاريخ العلوم، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عشور، الجلفة، 2017، ص ص 78-89.

24. ربيعة زواش، "المساواة بين المرأة والرجل في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والشريعة الإسلامية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 42، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص ص 355-373.

25. رشيد عمري، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 01، المجلد 19، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2018، ص ص 239-253.

26. رياض العجلاني، "مفهوم التمييز في الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية وتطوره في ضوء أحكام محكمة حقوق الإنسان"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 02، المجلد 21، جامعة دمشق، سوريا، 2005، ص ص 79-111.

27. زغيشي سعاد، "المرأة بين القوامة والشراكة"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد أصديق بن يحي، جيجل، 2016، ص ص 140-168.

28. زهير الحسني، "النظام القانوني للمعاهدات الدولية في القانون الدستوري والعراقي"، مجلة التشريع والقضاء، العدد 04، مجلس الأعلى للقضاء، العراق، 2012، ص ص 29-45.

29. شادي عدنان الشديفات، "تكامل المواثيق الدولية في مجال إرساء مبدأ المساواة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية"، مجلة العلوم القانونية، العدد 02، مجلد 29، جامعة بغداد، العراق، 2014، ص ص 30-48.

30. شوقي بناسي، "الخلع دون موافقة الزوج، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2008، ص ص 07-48.

31. عبد العظيم أبو زيد، "أوضاع المرأة المالية والاقتصادية في الإسلام"، Journal of Muslim Unity, Vol. 7, MPRA, Germany, 2016, pp 8-27.

32. عبو توركية، "مبدأ سمو أحكام المعاهدة على أحكام القانون الداخلي"، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 08، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2018، ص ص 185-197.

33. عزت سعد الدين، "قانون المعاهدات والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 39، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1983، ص ص 292-311.

34. علاوة هوام، "الطبيعة القانونية لقواعد حقوق الإنسان"، دفاتر السياسية والقانون، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص ص 229-252.

35. علي جداي، "السن القانوني للزواج: دراسة مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد 16، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الواد، 2013، ص ص 163-174.

36. علي محمد القدال محمد، محي الدين إبراهيم أحمد عيسى، "اتفاقية التمييز ضد المرأة: المفهوم، والأبعاد والآثار"، مجلة دلتا العلوم والتكنولوجيا، العدد 05، كلية دلتا العلوم والتكنولوجيا، السودان، 2017، ص ص 55-96.

37. عمار رزيق، "نشر الاتفاقيات الدولية المعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 13، جامعة منتوري، قسنطينة، 2000، ص ص 102-128.

38. عماري نور الدين، "الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص ص 103-114.

39. عمر سدي، "الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تمنغست، 2019، ص ص 52-67.

40. عمر صالح علي العكور،... وآخرون، "مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 01، المجلد 40، عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، جامعة الأردن، 2013، ص ص 76-88.

41. غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات وبحوث، العدد 22، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016، ص ص 187-200.

42. فاطمة الزهراء لقشيري، "المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق دراسة في المطلب والمبررات"، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 09، الجزء 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2012، ص ص 157-169.

43. فايزة مخازني، "مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص ص 105-118.

44. فوزية مروان، "الحماية الجزائية للمرأة في القانونين التونسي والجزائري هل هو مطلب داخلي أم التزام خارجي؟"، مجلة أبحاث قانونية، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة صديق بن يحي، جيجل، 2016، ص ص 48-63.

45. لطيفة بوشناق، "جنسية أبناء المرأة بين موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في الجزائر"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2018، ص ص 71-86.

46. لعقابي سميحة، "مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها"، مجلة

الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2018، ص ص 180-196.

47. ليث الدين صالح حبيب، "التحفظات الدولية على اتفاقيات حقوق الإنسان"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسة، العدد 04، المجلد 02، جامعة كركوك، العراق، 2013، ص ص 298-343.

48. ماهر معروف فالح النداف، "التفريق للعيوب بين الزوجين والوسائل المعاصرة في إثباتها -دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010 -"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 01، المجلد 46، عمادة البحث العلمي، جامعة الأردن، 2019، ص ص 253-267.

49. محمد توفيق قديري، ميلود بن حوحو، "تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري: قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص ص 266-284.

50. محمد خليل الموسى، "دور القانون الدولي لحقوق الإنسان في تطوير القانون الدولي للمعاهدات"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، عدد خاص، جامعة آل البيت، الأردن، 2001، ص ص 361-376.

51. _____، "التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة الحقوق، العدد 03، جامعة الكويت، 2002، ص ص 341-361.

52. محمد منير حساني، "الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري"، مجلة دفاتير السياسة والقانون، العدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016، ص ص 188-196.

53. محمد يوسف علوان، "بنود التحلل من الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة الحقوق، العدد 1-4، جامعة الكويت، 1985، ص ص 141-156.

54. مسعود شعنان، "حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصية الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة"، مجلة المفكر، العدد 08، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص ص 227-251.

55. منعة جمال، "نشر المعاهدات الدولية في الجزائر بين تباين النصوص القانونية وتناقض في الاجتهاد والأحكام القضائية"، المجلية الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص ص 321-331.

56. نبيلة بن عائشة، "إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية " التطليق"، مجلة تحولات، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018، ص ص 21-37.

57. نسيمة أمال حيفري، "نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 27، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص ص 100-111.

58. نعمان عطا الله محمود الهيتي، "الإخلال بشروط التحفظ في ضوء النظام القانوني للتحفظات في المعاهدات الدولية"، مجلة الحقوق، العدد 02، جامعة البحرين، 2015، ص ص 53-69.

ب – مقالات من الكتب:

1. أشرف عرفات، "التحفظات العربية والإسلامية على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان"، مقال في كتاب جماعي بعنوان، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان- حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، قراءة جديدة، نادية محمود مصطفى، محمد شوقي عبد العال، ج 02، عين الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية، القاهرة، 2011، ص ص 791-805.

2. بثينة شريط، "المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في دول المغرب العربي: النموذج الجزائري"، كتاب جماعي بعنوان: المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس، بإشراف: سورية سعد زوي، طبعة منظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة، مكتب اليونسكو متعدد البلدان، الرباط، 2010.

ج – المداخلات:

1. امحمدي بوزينة أمنة، "تعزيز حقوق المرأة وانعكاسات أحكام اتفاقية السيداو على الأسرة الجزائرية (قراءة نقدية للمواد 2 و15 و16 مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)"، الملتقى الدولي السنوي للبحث العلمي، التربية على المواطنة

وحقوق الإنسان 13 –14 جويلية 2018، سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، 2018.

2. رفيق العلوي، "الزواج العرفي وأثاره على الأسرة الجزائرية"، المجلس الإسلامي الأعلى، ملتقى دولي في قضايا المرأة والإسلام بين مبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، الجزائر، 13 – 14 أكتوبر 1999.

3. ريم بهدي، "وصول المرأة إلى العدالة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا"، اللقاء التشاوري لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، من 9 – 10 ديسمبر 2007، مركز البحوث للتنمية الدولية برنامج حقوق المرأة والمواطنة، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط"، القاهرة، 2007.

4. زكرياء برياح، تشوار جيلالي، "أحكام الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري، بين التمسك بالأصول الشرعية وتعزيز مظاهر المساواة بين الزوجين – دراسة مقارنة –"، بحث مقدم في إطار الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، 24 – 25 أكتوبر 2018.

5. طالبي سرور، "حقوق وواجبات المرأة في الأسرة"، مداخلة إلى المؤتمر السابع لمركز جيل البحث العلمي حول المرأة والسلم الأهلي، 19 – 21 مارس 2015، طرابلس، لبنان، مركز جيل البحث العلمي، 2015.

6. عبد الحميد الأنصاري، "التشريعات العربية تضع المرأة في المرتبة الثانية وتجعلها تابعا للرجل"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأديان، الدوحة، 25 أفريل 2015.

7. فريدة بناني، "مدى شرعية وقانونية تحفظات البلدان العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، ورقة عمل مقدمة في إطار أعمال الندوة الدولية حول سبل تفعيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بيروت، 26 – 27 جانفي 2004، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، 2004.

8. لمياء ياسين الركابي، "ضمانات المرأة في حقوق الإنسان، كلمة للوفد الفرنسي (أندرية ميشيل)"، ندوة بغداد الدولية حول حقوق الإنسان والمرأة، سبل المواجهة والتحديات، 1994، المنهل، 2011.

9. ليلى جمعي، "تطور المركز القانوني للمرأة في التشريعات الجزائرية الداخلية الخاصة بالأحوال الشخصية"، مداخلة للمؤتمر الدولي السابع: "المرأة والسلم الأهلي"، 19 – 21 مارس 2015، سلسلة كتاب أعمال المؤتمرات، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، 2015.
10. نهى القاطرجي، "قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، دراسة حالة لبنان"، بحث مقدم لمؤتمر "أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات الدولية"، من 7 إلى 9 أكتوبر 2008، جامعة طانطا، مصر، 2008.
11. نيفين مسعد، حقوق المرأة – أعمال الندوة الإقليمية حول سبل تفعيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – 26 – 27 جانفي 2004، بيروت، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، 2004.
12. هدى عبد المنعم، "دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) نموذجا"، بحث مقدم في المؤتمر الدولي حول "أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية"، جامعة طانطا، مصر، 2008.

خامسا – النصوص القانونية:

أ – الدساتير:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963، ج.ر.ج.ج، العدد 64، لسنة 1963.
2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، صادر بموجب الأمر رقم 76-97، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج.ر.ج.ج، العدد 94، الصادر في 24 نوفمبر 1976.
3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، ج.ر.ج.ج، العدد 09، الصادر في 01 مارس 1989.
4. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لتاريخ 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، العدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002،

ج.ر.ج.ج، العدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008.

5. قانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن تعديل الدستور الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

ب – المعاهدات والإعلانات الدولية:

1. اتفاقية قمع الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير في 02 ديسمبر 1949، انضمت إليها الجزائر بتحفظ على المادة 22 في تاريخ 11 سبتمبر 1963، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادر في 14 سبتمبر 1963.
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، انضمت الجزائر إليه في عام 1963، ج.ر.ج.ج، العدد 64، الصادر في 10 ديسمبر 1963.
3. اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 63-339، المؤرخ في 11 سبتمبر 1963، مع تحفظ على المواد: 06، 09، 12، ج.ر.ج.ج، العدد 66، الصادر في 14 سبتمبر 1966.
4. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام 1965، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66-348، المؤرخ في 15 ديسمبر 1966، ج.ر.ج.ج، العدد 07، لسنة 1967.
5. الاتفاقية المتعلقة بمحاربة التمييز في ميدان التعليم لعام 1960، انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 68-581، المؤرخ في 15 أكتوبر 1968، ج.ر.ج.ج، العدد 87، الصادر في 29 أكتوبر 1968.
6. الاتفاقية (رقم 111) الخاصة بالتمييز في مجال الاستخدام والمهنة لعام 1958، والعمل والتوظيف، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 69-31، المؤرخ في 22 ماي 1969، ج.ر.ج.ج العدد 49، الصادر في 06 جوان 1969.
7. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 87-222، المؤرخ في 13 أكتوبر 1987، ج.ر.ج.ج، العدد 42، الصادر في 14 أكتوبر 1987.
8. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لتاريخ 26 جوان 1987، انضمت إليها الجزائر في تاريخ 16 ماي 1989، ج.ر.ج.ج، العدد 20، الصادر في 17 ماي 1989.

9. العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، صادقت عليهما الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67، المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج.ج، العدد 20، الصادر في 17 ماي 1989.

10. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، صادقت عليها الجزائر مع إعلانات تفسيرية على المواد: 13، 14، 16، 17، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج.ر.ج.ج، العدد 91، الصادر في 23 ديسمبر 1992.

11. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لتاريخ 10 ديسمبر 1979، صادقت عليها الجزائر مع التحفظ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51، المؤرخ في 22 جانفي 1996، ج.ر.ج.ج العدد 06، الصادر في 24 جانفي 1996.

12. الاتفاقية الدولية لحقوق المرأة السياسية لعام 1952، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-126، المؤرخ في 19 أفريل 2004، ج.ر.ج.ج، العدد 26، الصادر في 25 أفريل 2004.

ج – النصوص التشريعية والتنظيمية:

- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-156، لتاريخ 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01، المؤرخ في 04 فيفري 2014، ج.ر.ج.ج، العدد 07، الصادر في 16 فيفري 2014.
2. قانون رقم 70-86، لتاريخ 15 ديسمبر 1975، يتضمن قانون الجنسية، المعدل والمتمم بالأمر 05-08، المؤرخ في 04 ماي 2005، ج.ر.ج.ج، العدد 43، الصادر في 27 فيفري 2005.
3. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-04، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج، العدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.
4. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

5. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادر في 24 أفريل 2008.
6. قانون رقم 15-01، مؤرخ في 04 جانفي 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ج.ج، العدد 01، الصادر في 07 جانفي 2015.

- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 90-359، مؤرخ في 11 نوفمبر 1990، يتعلق بصلاحيات وزير الشؤون الخارجية، ج.ر.ج.ج، العدد 50، لسنة 1990، (ملغى).
2. مرسوم رئاسي رقم 02-403، مؤرخ في 26 نوفمبر 2002، يحدد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية، ج.ر.ج.ج، العدد 79، الصادر في 01 ديسمبر 2002، (ملغى).
3. مرسوم رئاسي رقم 08-426، مؤرخ في 20 جانفي 2009، يتضمن رفع التحفظ على المادة 09 من اتفاقية سيداو، ج.ر.ج.ج، العدد 05، الصادر في 21 جانفي 2009.

سادسا – قرار المجلس الدستوري:

- قرار المجلس الدستوري رقم 89-01، المؤرخ في 20 أوت 1989، المتعلّق بقانون الانتخابات، ج.ر.ج.ج، العدد 36، الصادر في 21 أوت 1989.

سابعا - نصوص دولية:

1. الاتفاقية رقم 04 بشأن عمل المرأة ليلاً المؤرخة في 29 أكتوبر 1919، ودخلت حيز النّفاذ في 13 جوان 1921، عُدلت في سنة 1934 بالاتفاقية رقم 41، وفي سنة 1948 بالاتفاقية رقم 89.
2. اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة المؤرخة في 29 جانفي 1957 ودخلت حيز النفاذ في تاريخ 11 أوت 1958.
3. إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري المؤرخ في 20 نوفمبر 1963.
4. اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، المؤرخة في 07 نوفمبر 1964، دخلت حيز النفاذ في تاريخ 9 ديسمبر 1964.

5. الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدّين أو المعتقد، المؤرخ في 25 نوفمبر 1981.

ثامنا – الاجتهاد القضائي:

أ – اجتهاد محكمة العدل الدولية:

1. محكمة العدل الدولية، الرأي الاستشاري، المؤرخ في 28 ماي 1951، "تحفظات بشأن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها"، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948–1991، الوثيقة رقم: ST/LEG/SER.F/1.
2. محكمة العدل الدولية، الحكم الصادر في 05 فيفري 1970، "قضية المتعلقة بشركة برشلونة للجر والإنارة والطاقة"، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948–1991، الوثيقة رقم: ST/LEG/SER.F/1.
3. محكمة العدل الدولية، الحكم الصادر في 27 جوان 1986، "قضية الأنشطة العسكرية في نيكاراجوا وضدها"، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948–1991، الوثيقة رقم: ST/LEG/SER.F/1.

ب – الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا:

1. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 16 أفريل 1979، ملف رقم 19287، نشرة القضاء، العدد 02، الجزائر، 1981.
2. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 09 جويلية 1984، ملف رقم 33762، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، الجزائر، 1985.
3. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 23 نوفمبر 1982، ملف رقم 23194، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 1989.
4. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 19 نوفمبر 1984، ملف رقم 43784، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 03، الجزائر، 1989.
5. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 20 فيفري 1991، ملف رقم 75588، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، الجزائر، 1993.
6. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 23 أفريل 1991، ملف رقم 73885، نشرة القضاة، العدد 52، الجزائر، 1997.

7. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 24 سبتمبر 1995، ملف رقم 139353، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 1997.
8. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 06 فيفري 1999، ملف رقم 213571، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، الجزائر، 2000.
9. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 21 جويلية 1992، ملف رقم 83603، عدد خاص، الجزائر، 2001.
10. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 21 نوفمبر 2000، ملف رقم 251682، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد01، الجزائر، 2001.
11. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 08 ماي 2002، ملف رقم 282052، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2002.
12. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 23 جانفي 2001، ملف رقم 253366، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2002.
13. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 13 مارس 2002، ملف رقم 276760، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2004.
14. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 03 جويلية 2002، ملف رقم 274207، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2004.
15. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 31 جويلية 2002، ملف رقم 288072، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2004.
16. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 12 جويلية 2006، ملف رقم 356997، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2006.
17. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 14 فيفري 2007، ملف رقم 381880، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2007.
18. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 14 جانفي 2009، ملف رقم 476515، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2009.
19. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 11 فيفري 2004، ملف رقم 480264، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2009.

20. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 15 جويلية 2010، ملف رقم 572240، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2010.
21. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 10 مارس 2010، ملف رقم 613469، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2012
22. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 15 سبتمبر 2011، ملف رقم 656259، مجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2012.
23. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 14 جويلية 2011، ملف رقم 624622، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2012.
24. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، المؤرخ في 14 فيفري 2013، ملف رقم 728882، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2014.

تاسعا – وثائق دولية:

أ – وثائق الأمم المتحدة:

– وثائق الجمعية العامة:

1. قرار الجمعية العامة رقم: 2018 (د– 20)، "توصية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج"، مؤرخ في 01 نوفبر 1965.
2. تقرير المؤتمر العالمي للسنة الدولية للمرأة، مكسيكو، من 19 جوان إلى 02 جويلية 1975، الوثيقة رقم: E.76.IV.1.
3. تقرير المؤتمر العالمي لعقد الأمم المتحدة للمرأة: "المساواة والتنمية والسلم"، كوبنهاجن، 14–30 أوت 1980، الوثيقة رقم: A.80.IV.1.
4. الجمعية العامة، القرار رقم: 3022 (د–30) المؤرخ في 15 ديسمبر 1980.
5. إعلان وبرنامج عمل بكين، المؤتمر العالمي الرابع للمرأة 15، المؤرخ في 11 سبتمبر 1995، الوثيقة رقم: UN Doc. A/CONF.177/20/ADD.1,.
6. تقرير مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بالتعذيب، المؤرخ في 10 جانفي 1997، الوثيقة رقم: UN Doc. E/CN.E/CN.4/1997/7.
7. تقرير مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بالتعذيب، المؤرخ في 24 ديسمبر 1998، الوثيقة رقم: UN Doc. E/CN4/1998/38.

8. الجمعية العامة، الدورة 54، "دور المرأة في التنمية"، 2000، الوثيقة رقم: A/RES/54/210.
9. الجمعية العامة، الدورة 33، الوثيقة رقم: A/33/18.
10. تقرير المقررة الخاصة المعنية بالفقر المدقع وحقوق الإنسان، "الفقر المدقع وحقوق الإنسان"، 2013، الوثيقة رقم: A/68/293.
11. التقرير السنوي لمفوض الأمم المتحدة السامي لحقوق الإنسان وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، "تحقيق المساواة في تمتع كل فتاة بالحق في التعليم"، 2017، الوثيقة رقم: A/HRC/35/11.

- وثيقة المجلس الاقتصادي والاجتماعي:

- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي، رقم: 1068/د 39، المؤرخ في 01 جويلية 1965.

ب - وثائق لجنة القانون الدولي:

1. الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي، ج 01، الاجتماع الثاني، 1962، الوثيقة رقم A/CN.4/144 et Add.1.
2. تقرير لجنة القانون الدولي الأول بشأن القانون والممارسة المتعلقين بالتحفظات على المعاهدات، الدورة 47، 1995، الوثيقة رقم: A/CN.4/470.
3. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 01، 1996، الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 1).
4. تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 50، 1998، الوثيقة رقم: A/53/10.
5. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 02، 1999، الوثيقة رقم: A/CN.4/499.
6. تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 51، 1999، الوثيقة رقم: A/54/10.
7. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 02، 2001، الوثيقة رقم: (Part 2) A/CN.4/SER.A/2001/Add.1.
8. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 01، 2002، الوثيقة رقم: (A/CN.4/SER.A/2002/Add.1(Part1).
9. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 01، 2003، الوثيقة رقم: A/CN.4/535/ Add.1-3.
10. تقرير لجنة القانون الدولي التاسع عن التحفظات على المعاهدات، الدورة 56، 2004، الوثيقة رقم: A/CN.4/544.

11. حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، ج 01، 2007، الوثيقة رقم: A/CN.4/477 et Add.1
12. تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 62، 2010، الوثيقة رقم: A/65/10.
13. تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 63، نص دليل الممارسة المتعلق بالتحفظات على المعاهدات، 2011، الوثيقة رقم: A/66/10/Add.1.

ج – وثائق لجنة حقوق الإنسان:

1. الجمعية العامة، الدورة 42، البلاغ رقم 172/1984، (س.و. بروكس ضد هولندا)، الآراء المعتمدة في 09 أفريل 1987، الوثيقة رقم: A/42/40.
2. الجمعية العامة، الدورة 45، البلاغ رقم 220/1987 (ت.ك. ضد فرنسا)، قرار مؤرخ في 08 نوفمبر 1989، الوثيقة رقم: A/45/40.
3. لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18، "عدم التمييز"، 1989، الوثيقة رقم: A/45/40.
4. لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 19، "المادة 23 (الأسرة)"، 1990، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.1).
5. لجنة حقوق الإنسان، التعليق العام رقم 24، "المسائل المتعلقة بالتحفظات التي تُبدى لدى التصديق على العهد أو البروتوكولين الاختياريين الملحقين به أو الانضمام إليها أو فيما يتعلق بالإعلانات التي تصدر في إطار المادة 41 من العهد عام 1994"، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol 1).
6. الحملة العالمية لحقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة: الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22، الأمم المتحدة، نيويورك، 1995.
7. تقرير لجنة حقوق الإنسان، المجلد 01، 1995، الوثيقة رقم: A/50/40.
8. لجنة حقوق الإنسان، "تعليق فرنسا حول التعليق العام رقم 24 (53)"، الدورة 51، المجلد 01، 1996، الوثيقة رقم: (A/51/40).
9. الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تجميع المبادئ التوجيهية بشأن شكل ومضمون التقارير التي يتعين على الدول الأطراف في معاهدات حقوق الإنسان الدولية تقديمها، الوثيقة رقم: HRI/GEN/2/Rev.1/Add.1 et Add2.
10. الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تجميع للتعليقات العامة والتوصيات العامة التي اعتمدتها هيئات معاهدات حقوق الإنسان، المجلد 02، 2008، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II).

د – وثائق لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة:

1. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 04، "التحفظات"، 1987، الوثيقة رقم: A/42/38.
2. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 08، "تنفيذ المادة 08"، 1988، الوثيقة رقم: A/43/38 .
3. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 12، "العنف ضد المرأة"، 1989، الوثيقة رقم: A/44/38.
4. لجنة القضاء علي التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 16، "العاملات بلا أجر في المشاريع الأسرية في الريف والحضر"، 1991، الوثيقة رقم: A/46/38.
5. لجنة القضاء علي التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 19، "العنف ضد المرأة"، 1992، الوثيقة رقم: A/47/38.
6. لجنة القضاء على التمييز، التوصية العامة رقم 20، "التحفظات"، 1992، الوثيقة رقم: A/48/38.
7. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، "المساواة في الزواج وفي العلاقات الأسرية"، 1994، الوثيقة رقم: A/49/38.
8. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 23، "الحياة السياسية والعامة"، 1997، الوثيقة رقم: A/52/38.
9. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 16، المبادئ التوجيهية لإعداد التقارير من جانب الدول الأطراف، 1997، الوثيقة رقم: CEDAW/C/7/Rev.3.
10. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التقرير الأول، الجزائر، مؤرخ في 11 سبتمبر 1998، الوثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/11/09/1998.
11. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، البيان المتعلق بالتحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 1998، الوثيقة رقم:A/53/38/Rev.1 .
12. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 24، "المرأة والصحة"، الدورة 20، 1999، الوثيقة رقم: A/54/38/Rev.1.
13. الأمم المتحدة، اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، البند 6 من جدول الأعمال المؤقت، "الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات

بسحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، الاجتماع الحادي عشر، 31 أوت 2000، الوثيقة رقم: CEDAW/SP/2000/2.

14. تقرير لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة 56، 2001، الوثيقة الأمم المتحدة رقم A/56/38.
15. تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، إلى الأمانة العامة، "سبل ووسائل التعجيل بإنجاز أعمال اللجنة"، 2001، الوثيقة رقم: CEDAW/C/2001/II/4.
16. تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة57،2002، الوثيقة رقم:(Part II)A/57/38.
17. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، تقرير دولة الغابون، 2003، الوثيقة رقم: U.N. Doc. CEDAW/C/GAB/2-5.
18. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 25، "الفقرة 01 من المادة 04 من الاتفاقية "التدابير الخاصة المؤقتة"، 2004، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.8.
19. الأمم المتحدة، اجتماع الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الاجتماع 03، نيويورك، الوثيقة رقم: CEDAW/SP/2004/2.
20. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32، التعليقات الختامية: الجزائر، مؤرخ في 11 جانفي 2005، الوثيقة رقم: CEDAW/C/SR.667 et 668.
21. تقرير دولة الإمارات العربية المتحدة، 2008، وثيقة رقم:U.N. Doc. CEDAW/C/ARE/1.
22. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 26، "العاملات المهاجرات"، 2008، الوثيقة رقم: A/64/38.
23. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 27، "المسنات وحماية حقوقهن الإنسانية"، الوثيقة رقم: CEDAW/C/GC/27.
24. لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 28، "الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، 2010، الوثيقة رقم: CEDAW/C/GC/28.
25. تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأرومتوسطية، الاتحاد

الأوروبي، (2008-2011).
26. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 27، "المسنات وحماية حقوقهن الإنسانية"، الوثيقة رقم: CEDAW/C/GC/27.
27. ردود لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع الثالث والرابع للجزائر، 2012، الوثيقتين رقم: CEDAW/C/SR.1031 وCEDAW/C/SR.1032.
28. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الملاحظات الختامية، الجزائر، الدورة 51، 2012، الوثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/CO/3-4.
29. تقرير الظل الرابع، السيداو حول مدى التقدم في تطبيق اتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اللجنة الأهلية لمتابعة قضايا المرأة بدعم من برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومؤسسة فريد ريش ايبرت، مكتب لبنان، 2014.

هـ - وثائق لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

1. لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 09، "التطبيق المحلي للعهد"، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، وثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.1).
2. لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 16، "قضايا جوهرية ناشئة عن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المساواة بين الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، "المادة 03 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، 2005، وثيقة رقم: E/C.12/2005/4.
3. لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 19، "الحق في الضمان الاجتماعي، المادة 09"، 2007، الوثيقة رقم: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I).

و - وثائق اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا):

1. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكو)، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تقارير الظل في البلدان العربية، 2007، وثيقة رقم: (E/ESCWA/ECW/2007/1).
2. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، التقدم المحرز في تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في البلدان العربية: تحليل مقارن للإنجازات والتحديات، 12 ديسمبر 2011، وثيقة رقم: E/ESCWA/ECW/2011/IG.1/4.

3. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، الممارسات الجيدة والتجارب الناجحة في تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) في البلدان العربية، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2011، وثيقة رقم: E/ESCWA/ECW/2011/3.
4. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، تقرير حول وضع المرأة العربية التماس النساء والفتيات للعدالة: من تصديق الصكوك الدولية إلى تطبيقها، مطبوعات الأمم المتحدة، لبنان، 2014.

ز – وثائق منظمة العمل الدولية:

1. مكتب العمل الدولي، حماية الأمومة في العمل، التقرير الأول، "المساواة في العمل: مواجهة التحديات"، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشان المبادئ الأساسية في العمل الذي عرض على المؤتمر العمل الدولي، منشورات منظمة العمل الدولي، جنيف، 2007.
2. مؤتمر العمل الدولي، التقرير السادس، "المساواة بين الجنسين في صميم العمل اللائق"، 2009، مكتب العمل الدولي، ط 01، منشورات منظمة العمل الدولي، جنيف، 2009.

عاشرا – وثائق مختلفة:

1. نادية برجب، فتيحة عقاب، وضعية المرأة في الجزائر، الجمعية الجزائرية للتنظيم العائلي، لجنة المرأة، الجزائر، 1995.
2. دليل خاص بإعداد التقارير عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)"، الأمانة العامة للكومنولث وشبكة العمل الدولية للعمل من أجل حقوق المرأة، ط 02، المملكة المتحدة، 1996.
3. اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو CEDAW رؤية نقدية، من منظور شرعي، مجمع البحوث الإسلامية، الإدارة العامة، البحوث التأليف والترجمة، الأزهر، 1998.
4. أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، مجموعة محاضرات، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، الدورة 36، ستراسبورج، فرنسا، 2005.

5. محمد يحي النجيمي، حقوق المرأة في الإسلام واتفاقية (سيداو) قراءة نقدية هادفة، محاضرة مقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منتدى الفكر الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، 28 فيفري 2007.
6. جمعية المرأة في الاتصال، الاتحاد الأوروبي، "قانون الأسرة: تمييز في نصه وفي روحه"، دار الصحافة، الجزائر، 2008.
7. دليل حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منظمة العمل الدولي من أجل حقوق المرأة لمنطقة آسيا والمحيط الهادي (IWRAW-AP)، بيروت، 2008.
8. مرافعة من أجل المساواة في الميراث بين الرجل والمرأة بالجزائر، مركز الإعلام والتوفيق لحقوق الطفل والمرأة، الجزائر، 2010.
9. اللجنة الوطنية الأردنية لشؤون المرأة، "المرأة وحق الملكية والميراث"، حقائق وسياسات مقترحة، مكتب الأردن، صندوق الأمم المتحدة للسكان، 2010.
10. كاترين ميكائيل، "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المحور: المساواة الدستورية والقانونية الكاملة للمرأة مع الرجل"، مؤسسة الحوار المتمدين، العدد 2924، لتاريخ 21 فيفري 2010.
11. المرصد الوطني لحقوق الإنسان، قائمة الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت الجزائر عليها، الجزائر، 2011.
12. عايدة أبوراس، اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، ورقة علمية مقدمة إلى اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا – الإسكوا، قطر، 2012.
13. المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، مذكرة توضيحية بأهم القضايا التي تتناولها الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة والطفل، وتداعياتها على القوانين الوطنية، والرؤية الإسلامية للأسرة متمثلة في "ميثاق الأسرة في الإسلام"، ط 02، مصر، 2013.
14. المجلس الوطني لحقوق الإنسان، وضعية المساواة والمناصفة في المغرب، صون غايات وأهداف الدستور وإعمالها، المملكة المغربية، 2015.
15. "هل ضمنت اتفاقية سيداو حقوق المرأة المسلمة وحماتها من التمييز"، صحيفة "العرب"، السنة 38، العدد 10056، لندن، لتاريخ 04 أفريل 2015.

حادي عشر – مواقع الانترنيت:

1. تقرير حول تحليل الوضع الإقليمي، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي في المنطقة الأورومتوسطية، 2008–2010، متوفر على الموقع التالي: https://library.euneighbours.eu/sites/default/files/arabic_4.pdf.
2. منظمة العفو الدولية، تحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: تقويض حماية المرأة من العنف في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، 2009، على موقع المنظمة: https://www.amnesty.org/en/.
3. محمود عثمان، "المرأة في العصور القديمة والإسلام"، جريدة اليوم السابع، لتاريخ 12 سبتمبر 2009، على الموقع التالي: https://www.youm7.com/story/2009/9/12/135761
4. إيمان بيبرس، المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي، جمعية نهوض وتنمية المرأة، مشهرة برقم 3528، القاهرة، 2010، على موقع التالي: http://adew.org/ar/documentations/ResearchesPDF/6.pdf
5. جميلة المصلي، "ملائمة القوانين الوطنية مع المواثيق الدولية والحق في التحفظ"، جريدة التجديد، لتاريخ 30 مارس 2011، على الموقع التالي: https://www.maghress.com/attajdid/65405
6. محمد ابداح، "تعريف الميراث وبيان أركانه وشروطه"، مجلة الحوار المتمدين، العدد 4515، لتاريخ 17 جويلية 2014، على الموقع التالي: http://www.ahewar.org/debat/show.cat.asp?cid=200
7. روان اغبارية، حضانة الأطفال والزواج الثاني للمرأة، القسم القانوني، "كيان"، تنظيم نسوي، 2014، على الموقع التالي: http://kayanfeminist.org .
8. الحركة العالمية "مساواة"، "سيداو وقوانين الأسرة المسلمة" بحثاً عن أرضية مشتركة"، 2014، على الموقع التالي: http://arabic.musawah.org.
9. عبد الصمد الديالمي، "عمل المرأة في البيت نفقة"، أفريل 2019، على الموقع التالي: https://www.mominoun.com/articles.

التقرير الوطني لتنفيذ مناهج بكين بعد 25 سنة، "بكين+ 25" الجزائر، ماي 2019، على الموقع التالي: https://www.uneca.org › files › algeria-beijing25_report

10. الموقع الإخباري الخليجي، "الفلبين الدولة الوحيدة في العالم التي تحظر الطلاق"، على الموقع التالي: https://medium.com.

11.دوبرافكا شيمونوفيتش، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، على الموقع التالي: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cedaw/cedaw_a.pdf.

12.خالد يوسف، "المرأة والرجل.. مساواة في العمل وتمييز في الأجور"، على الموقع التالي: http://www.dotmsr.com/news/204/221760/.

13. لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، دليل تدريبي لدعاة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الوحدة رقم 04، "الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة، رؤى مختلفة لجماعات معينة"، على الموقع التالي: http://hrlibrary.umn.edu/arab/M4.pdf.

14.فراس حمية، "لماذا ترفض أمريكا رسميًا القضاء على التمييز ضد المرأة وتتجاهل اتفاقية سيداو؟"، الترا صوت، على الموقع التالي: https://www.ultrasawt.com

15.معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي، على الموقع التالي:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar.

II – باللّغة الأجنبية:

I - En langue française:

1 - Les ouvrages:

1. BOSSUYT Marc, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Ed.Bruylant, Bruxelles, 1976.
2. CHAFI Mohamed, La polygamie, Etude des législations des pays islamiques et africains, 1ère éd, Ed. S.N, Marrakech, 2000.
3. COILLARD Claude-Albert, Libertés publiques, 3ème éd, Ed. Dalloz, Paris, 1968.
4. DE BEAUVOIR Simone, Le deuxième sexe, Ed. Gallimard, Paris, 1949.
5. DE BRUYN Donatienne, DEPRE Sébastien, …et autres, Les exceptions préliminaires dans la convention européenne des droits de l'homme, Ed.Bruylant, Bruxelles, 1997.
6. DE FROUVILLE Olivier, L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international, Ed. A.Pedone, Paris, 2004
7. EMMANUEL Decaux, Droit international public, Collection Hyper cours, Ed Dalloz, Paris, 2006.
8. GHASSAN Ascha, Mariage, polygamie, et répudiation en islam-Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains, Ed. L'Harmattan, Paris, 1998.
9. IMBERT Pierre -Henri, Les réserves aux traités multilatéraux évolution du droit et de la pratique depuis l'Avis consultatif donné par la

cour internationale de justice le 28 Mai 1951, Ed .A.Pedone, Paris, 1979.
10. KAPPELER .D, Les réserves dans les traités internationaux, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bâle, 1958.
11. LALY CHEVALIER Caroline, La violation du traité, Ed.Bruylant, Paris, 2005.
12. MADIOT Yves, Droits de l'homme, 2ème éd, Ed. Masson, Paris, 1991.
13. REUTER P., La convention de Vienne sur le droit des traités, Ed. A.Pedone, Paris, 1970.
14. RUSEN Ergec, Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Etude sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme, Ed Brylant, Belgique, 1987.
15. SIMON.D, L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Morphologie des conventions et fonctions juridictionnelles, Ed .A.Pedone, Paris, 1981.
16. SOUCRAMANIEN Mélin-F, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Ed.Economica, 1999.
17. SUDRE Fréderic, Droit international et européen des droits de l'homme, 4ème éd, Ed.PUF, Paris, 1999,
18. COLLIARD Claude Albert, Libertés publiques, 3ème éd, Dalloz, 1968.

2- Thèses et Mémoires:

A - Thèses de doctorat :

1. AUROUET-HIMEUR Aurélie, L'égalité professionnelle homme – femme, étude de droit français et de droit algérien, thèse de doctorat, Université François-Rabelais de Tours, 2013
2. BOUET-DEVRIERE Sabine, Le droit international des droits de la femme: L'universalité en question, thèse de doctorat, Université de Reims Champagne-Ardenne, 1999.
3. JAUBERT Agnès, Le droit international public et la femme, thèse de doctorat, Université de Nice, France, 1999.
4. KHILLO Imad, Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam-le cas des pays arabes -, thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008.
5. MEZA Ofelin, La notion de discrimination dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, thèse de doctorat, Ecole des Etudes Supérieures et de Recherche, Université d'Ottawa, Canada, 1995.

6. NIKKHAH Sarnagi-Reza, L'indivisibilité des droits de l'homme, vers une approche globale des droits de l'homme à l'ère de la mondialisation, thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences politique et de gestion, Université de Strasbourg, 2010.
7. RESSOT Caroline, La promotion et la protection des droits des femmes dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, Thèse de doctorat, Université de Paris II, 2007.
8. ROTKOPF Patricia, Le principe de non discrimination en raison du sexe, thèse de doctorat, Université de Paris II, 2004.

B - Mémoires :

1. BOUSNINA-BEN AYED Lamia, Les réserves de pays arabes à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, mémoire pour l'obtention de diplôme d'étude approfondies en sciences politiques, Université EL MANAR, Tunis, 2004.
2. HANAFI Sarra, Le recours aux réserves et les traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme , Mémoire présenté en vue du l'obtention du diplôme d'Etudes Approfondies en Droit Public Financier, Université de droit et d'économie et de gestion de Tunis 03, 1999.

3- Les Articles :

1.AIT ZAI Nadia, "Le Code de la famille algérien: exercice du droit ou soumission", in, Les femmes algériennes, citoyenne en devenir, Ed.C.M.M, Oran, 2000, pp 13-32
2.BABADJI Ramdane, JEAN ROBERT Henry,"Universalisme et identité juridique", in, L'Etat de droit dans le monde arabe, (ss/dir) MAHIOU Ahmed, Ed.CNRS, Paris, 1997, pp 78-98.
3.BEN ACHOUR Rafaa, "Femme et constitution", in, La non discrimination à l'égard de la femme, entre la convention de Copenhague et le discours identitaire, Colloque Tunis, 13 – 16 Janvier 1988, I.O.R.T, 1989, Tunisie, pp 150-187.
4.BOURAOUI Soukaine, "Les réserves des Etats à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes", Colloque de Tunis, 13 – 16 Janvier 1988, I.O.R.T, Tunisie, 1989, pp 23-49.
5.YELLES CHAOUCHE Bachir, "Liberté de communication et ordre public", R.A.S.J.E.P, N° 01, Vol 36, 1998, pp 27-45.
6.COHEN-JONATHAN Gérard, "Note sur les décisions et constatations du comité des droits de l'homme des Nations Unies à la France", A.F.D.I, N° 35, 1989, pp 419-443.

7._____, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme, à propos de l'arrêt Belilos du 29 Avril 1988 ", R.G.D.I.P, Vol 93, Ed.A.Pedone, 1989, pp 297-319.

8._____, "Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme relatifs aux droits de l'homme : nouveaux aspects européens et internationaux", R.G.D.I.P, N°04, Ed. A.Pedone, Paris, 1996, pp 917-934.

9.Comité des droits de l'homme, Aumeeruddy-Czffira c./ Maurice, Affaire N°R.9/35, Déc. 9 Avril 1981, R.U.D.H, 1989, pp 67-107.

10. DELZANGLES Béatrice, "L'autorité juridique de la convention dans les ordres nationaux: une intégration en demi teinte", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, pp 85-99.

11. DELZANGLES Béatrice, "Le comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes: trente ans d'activités en faveur des femmes", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed. A.Pedone, 2014, pp 45-58.

12. DHOMMEAUX Jean, "La jurisprudence du comité des droits de l'homme (Novembre 1987-Juillet 1991)", A.F.D.I, N° 37, 1991,pp 517-531.

13. FLAUSS Jean-François, "Le contrôle de la validité des réserves par le comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans l'affaire Raule Kennedy contre/Trainité et Tobago", R.U.D.H, N° 09, Vol 12, 2000, pp 215-237.

14. FRUMER Philippe, "Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle, A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'Homme", R.G.D.I.P, Tome CIV, Ed A.Pedone, Paris, 2000, pp 297-323.

15. GARRATON MATEU Carmen, " L'égalité à l'héritage : l'épineuse question de la société algérienne", in, L'Algérie au présent Entre résistances et changements, (ss/dir), DIRECHE Karima, Edi. Karthala et IRMC, Tunis, 2019, pp 665-681.

16. GASPARD Françoise, "Préface", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed A .Pedone, Paris, 2014, pp 08-15.

17. GJAGHAM Mohamed, "Polygamie en Algérie divergences autours d'un doit en mutation", Revue des sciences humaines, N° 34, Université Mohamed Khider, Biskra, 2014, 55-71.

18. GLENNON.M-J, "De l' Absurdité du droit impératif (Jus cogens)", R.G.D.I.P, N° 03, vol 110, 2006, pp 529-536.

19. GROBSON Sophie, "Splendeur et mise de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, 2014, pp 25-44.
20. _____, "La transfiguration de l'espace public", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A. Pedone, 2014, pp 287-305.
21. IMBERT Pierre-Henri, "Les réserves à la convention européenne des droits de l'homme devant la commission de Strasbourg, (Affaire Temeltasch)", R.G.D.I.P , N° 03, Vol 87, Ed A.Pedone, Paris, 1983, pp 583-601.
22. LANGLOIS Philippe, "Discrimination, égalité et rémunération : Régime et fondement", SSL, N°1256, Supplément, 10 Avril 2006, pp 7-10.
23. LANQUETIN M-T, "La discrimination à raison de sexe en droit international et communautaire", droit social, N°12, Décembre 1988, pp 806-809.
24. LARABA A, "Chronique de droit conventionnel Algérienne 1989-1994", Revue IDARA, N° 01, 1995, pp 33-45.
25. LUCKER-BABEL Marie-Frangoise, "Les réserves à la convention des Nations Unis aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international", EJIL, Nyu School of law and the Acade of european at the european university institut, Ed OUP, Royaume-Uni, 1997, pp 663-677.
26. MOSCHEL Mathias, "«Unité fondamentale» De discrimination?", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, 2014, pp 255-269.
27. NAHAS M.Mahieddin, "La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en Droit musulman et en Droit algérien", R.I.D.C, N° 01, 2006, pp 74-100.
28. PORTA Jérôme, "Discrimination, égalité et égalité de traitement, à propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discriminations", R.D.T, N° 03, Dalloz, 2011, pp 283-297.
29. RAZARIO Sapienza, "Les déclarations interprétatives unilatérales dans la pratique conventionnelle", R.G.D.I.P, N°3, tome 103, Ed. A.Pedone, Paris, 1999, pp 601-629.
30. ROMAN Diane, "Egalité professionnelle et sécurité économique, les droits sociaux dans la convention", in, La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, pp 247-259.
31. ROMAN Diane, "Stéréotypes de genre et rôles traditionnels : La dimension émancipatoire de la convention", in, La convention pour

l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, (ss/dir), ROMAN Diane, Ed.A.Pedone, Paris, 2014, pp 141-152.

32. SAIDI Kamel, "La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation", R.I.D.C, N° 01, Paris, 2006, pp 119-133.

33. SCHABAS William.A, "Article 64", in, La convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article, (ss/dir), PETTITI Louis Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre Henri, Ed. Economica, Paris, 1995, pp 909-917.

34. SOUCRAMANIEN Mélin-F, "Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires", R.F.D.A, N° 05, Ed. Dalloz, 1997, pp 907-919.

35. TAVENIER.P, "L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?", in, The fondamental rules of the international legal order, jus cogens and obligations erga omns, (ss/dir), TOMUSCHAT.C, THOUVENIN. J-M, Leiden Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp 05-17.

36. TCHOUAR Djilali, "Droit de la famille quels principes d'égalité, Etudes de droit", Mélanges en Hommage à Abdallah Benhamou, Ed. Kounouz, Tlémcen, 2013, pp 201-215.

37. TEBOUL Pierre-Gérard, "Remarques sur les réserves aux conventions de codification", R.G.D.I.P, Vol 86, Paris, 1982, pp 681-694.

38. YASSIN Mustapha-Kamel, "Réflexions sur la Détermination du 'jus cogens'", Société Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse, 16 - 18 Mai 1974, Ed.A.Pedone, Paris, 1975, pp 198-214.

4 - Texte de loi:

- La loi 1803-03-17, promulguée le 27 Mars 1803, modifié par la loi n° 65-570 du 13 Juillet 1965- art.1, JORF, 14 Juillet 1965 en vigueur le 01 février 1966.

5 - Circulaire:

- Circulaire n°84/102, Direction des Affaires Administratives, ministère de la justice, Alger.

6 – Jurisprudences :

A - Arrêts et Avis consultatifs de la C.P.I.J et de la C.J.I:

1. C.P.J.I, 17 Aout 1923, Série A, n°1, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-a .
2. C.P.J.I, "Question des «Communautés Gréco-Bulgares", Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs, Série B, Avis consultatif N° 17, du 31 Juillet 1930, voir le site, https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-b .

3. C.P.J.I, "Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes", Avis consultatif du 13 Novembre 1932, Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs, Série A/B, 1932, voir le site:https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab.
4. C.P.J.I, Avis consultatif du 6 Avril 1935, Série A/B, N° 64, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab
5. C.I.J, "Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide", Recueil 1951, voir le site : https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab.
6. C.I.J, "Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas c./ Suède)", Arrêt du 28 Novembre 1958, Recueil 1958, voir le site: https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab
7. C.I.J, Affaire relative aux "Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)", Arrêt du 20 Déc 1988, Recueil 1988, voir le site : https://www.icj-cij.org/fr/cpji-serie-ab.
8. C.I.J, "Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et répression du crime de génocide, exceptions préliminaires", Bosnie-Herzégovine c./ Yougoslavie, Recueil 1996, p 616, § 31.
9. N.U, T.P.I.Y, Affaire N° IT-95-17/1-T, Le procureur c./ Anto Furundzija, 10 Décembre 1998.

B - Arrêts et Avis consultatifs de la C.E.D.H :

1. C.E.D.H, "Affaire de certains aspects des régimes linguistiques belges", 3 Juillet 1968, Série A, N°6, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int.
2. C.E.D.H, "affaire Abdulaziz Cebales et Balkandali c Royaume-Uni", (Requête N° 9214/80; 9473/81; 9474/81), 28 Mai 1985, voir le site : https://hudoc.echr.coe.int.
3. C.E.D.H, "Affaire BELILOS c./ la Suisse", 29 Avril 1988, N° 10328/83, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int.
4. C.E.D.H, "AFFAIRE CHORHERR c/ Autriche", Arrêt Aout 1993, voir le site: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62378, et le site : https://hudoc.echr.coe.int.
5. C.E.D.H, "Affaire Loizidou.c/ la Turquie", Arrêt du 23 Mars 1995, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int.
6. C.E.D.H, "Affaire FISCHER c/ Autriche", 26 Avril 1995, N° 16922/90, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int.
7. C.E.D.H, "Affaire Thlimmenos c/ Grèce", Requête N° 3369/97, 06 Avril 2000, voir le site: https://hudoc.echr.coe.int.
8. Commission européenne des droits de l'homme (Strasbourg, Affaire Temeltasch: Requête N°.9116/80, Alparslan Temeltasch c./la Suisse, Ed. Conseil de l'Europe, 1983.

C - Avis consultatif de la C.I.A.D.H :

1- I.A Court H.R, "Restrictions to the death penalty (arts.4(2) and 4(4) American Convention on humain rights", Advisory opinion, OC.3/83 of September 8. 1983, Series N° 3.

D - Directives :

1. Conseil de l'Europe, comité des conseillés juridiques sur le droit international public, Eléments essentiels concernant la formulation de réserves aux traités internationaux, voir le site, https://rm.coe.int/16800644d8.
2. Parlement Européen, Directives n° 2000/43 et 2000/78, et la directive 2002/73.
3. Parlement Européen, Articles 2.2 et 9, Directive 2006/54/CE, du 5 Juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, J.O, L 204 du 26-07-2006.

E – Rapports, Observations et Résolutions:

1. A.G, Résolution 1710(XVI), " Décennie pour le développement", adoptée le 19 Décembre 1961.
2. A.C.D.I, 1966, Vol.II, Doc N° A/CN.4/SER.A/1966/Add.l.
3. A.G. Résolution. 3522(XXX),"Amélioration de la condition économique des femmes afin qu'elles participent efficacement et rapidement au développement de leur pays", adoptée le 15 Décembre 1975
4. C.D.H, Observation Générale N° 18, Non discrimination, Doc, N.U.CCPR (37ème session, 1989), 10 Novembre 1989.
5. C.E.D.E.F, R.G N° 16, Femmes travaillant sans rémunération dans des entreprises familiales, 10ème session, 1991, Doc N.U, N°: A/46/38.
6. Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Rapport sur la 49ème session, Doc de AG, N°: A/49/38, 1994.
7. N.U, Série de formation professionnelle N°2, droits de l'homme et élection, New Yourk, Genève, 1994.
8. Observation des Etats-Unis sur l'OG, N° 24(52), A.G, 50ème session, Doc de AG, N° A/50/40, annexe VI, 1995.
9. NU, Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général, état au 31 Décembre 1995, New York, 1996, chap IV.
10. Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Doc de AG, NU, 49ème session, Doc NU A/49/38 (1994),
11. NU, Réunion des Etats parties à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, dixième session, 17 Février 1998, Déclarations, réserves objections et notifications de retrait de réserves relatives à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/SP/1998/2, 06 Février 1998.
12. Rapport alternatif de la F.I.D.H au rapport initial présenté par l'Algérie au comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 19ème session, 19 Janvier-5 Février 1999.
13. Commission de droit de l'enfant, Rapport sur la neuvième session, Doc des N.U, N°:CRC/C/43, 2008.

14. Arabie Saoudite, 2008, CEDAW/SAU/CO/2.
15. C.E.D.E.F, RG N° 33, L'accès des femmes à la justice, 2015, doc N° CEDAW/C/GC/33.

7 - Documents internet:

1. BEN ACHOUR Rafaa, "Les droits de l'Homme, Universalité ou spécificité?", Association internationale de droit constitutionnel, voir le site : http://www.rba.com.
2. Dictionnaire Larousse, voir le site, www.larousse.fr/dictionnaires/français-monolingue.

II-En anglais:

1 - Article:

- DAVIDS Jonas, THOMAS. N-Sounders, "The object and purpose of a treaty: three interpretive methods", Vanderbilt journal of transnational methods law, Vol 43, N° 03, May 2010.

2 – Document Internet :

- Oxford dictionary, voir le site, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/.

فهرس

مقدمة..... 08

الباب الأول

القيود القانونية الواردة على حق التحفظ في ظل تحقيق هدف وموضوع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 21

الفصل الأول

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الدول في التحفظ على المعاهدات الدولية 23

المبحث الأول: القيود الشكلية لإبداء التحفظ على المعاهدات الدولية..... 24

المطلب الأوّل: إبداء التحفظ كتابيًا عند الارتضاء بأحكام المعاهدة..... 24

الفرع الأول: إبداء التحفظ كتابيًا ومسألة التحفظ الضمني..... 25

الفرع الثاني: توقيت إبداء التحفظ بزمن معين..... 29

أولا: إبداء التحفظ وقت التوقيع على المعاهدة..... 29

ثانيا: إبداء التحفظ وقت الموافقة النهائية بالمعاهدة..... 33

الفرع الثالث: موقف الفقه والقضاء من إبداء تحفظات متأخرة عن التصديق أو الانضمام..... 35

المطلب الثاني: إبداء تحفظًا بيّنًا وبالمعنى الدقيق للتحفظ..... 41

الفرع الأول: التحفظ على نص محدد الموضوع والمحل..... 42

الفرع الثاني: توفر وصف التحفظ في الإعلان..... 47

المطلب الثالث: قيود شكلية خاصة لإبداء التحفظ في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان 55

الفرع الأول: التحفظ على حكمٍ مخالفٍ لقانونٍ نافذٍ في إقليم الدولة..... 56

الفرع الثاني: تقديم عرضًا موجزًا للقانون الداخلي النافذ والمشمول بالتحفظ..... 58

المبحث الثاني: القيد الموضوعي: توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها..... 62

المطلب الأول: مفهوم توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها..... 63
الفرع الأول: البوادر الأولى ظهور شرط توافق التحفظ مع موضوع المعاهدة وهدفها 63
الفرع الثاني: المقصود بـ "موضوع " و"هدف" المعاهدة..... 67
الفرع الثالث: توافق التحفظ مع موضوع وهدف المعاهدات الدولية العقدية والمعاهدات الدولية الشّارعة..... 75
المطلب الثاني: معايير تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها..... 79
الفرع الأول: تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها بسبب طبيعته العامة..... 79
أولاً: استناد التحفظ على أحكام القانون الداخلي للدولة..... 80
ثانيا: استناد التحفظ على عناصرٍ غامضةٍ وغير دقيقةٍ..... 87
الفرع الثاني: تنافي التحفظ لموضوع المعاهدة وهدفها بسبب أهمية الحكم المشمول بالتحفظ..... 91
أولاً: تنافي التحفظ على أحكام موضوعية معينة مع هدف وموضوع المعاهدة.... 92
ثانيا: تنافي التحفظ على الأحكام الإجرائية لموضوع المعاهدة وهدفها..... 103

الفصل الثاني 111

موضوع وهدف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

المبحث الأول: تفعيل وتطبيق تفسير خاص لمبدأ منع التمييز ضد المرأة في الاتفاقية. 112
المطلب الأول: مفهوم مبدأ منع التمييز ضد المرأة في الاتفاقية..... 113
الفرع الأول: مبدأ منع التمييز ومبدأ المساواة في الاتفاقية..... 113
أولا: طبيعة العلاقة بين مبدأ منع التمييز ومبدأ المساواة في الاتفاقية..... 113
ثانيا: أشكال المساواة في الاتفاقية..... 117
الفرع الثاني: صور التمييز ضد المرأة الممنوعة في الاتفاقية..... 120
الفرع الثالث: تكريس تعريف مبدأ منع التمييز في المواثيق الدولية المختلفة..... 122
أولاً: تباين تعريف مبدأ منع التمييز في المواثيق الدولية المختلفة..... 122
ثانيا: تأثر المشرع الجزائري بتعريف التمييز الوارد في الوثائق الدولية المختلفة... 128
المطلب الثاني: خصائص مبدأ منع التمييز ضد المرأة..... 133

الفرع الأوّل: الخصائص العامة لمبدأ منع التمييز..... 133
أولا: تكاملية مبدأ منع التمييز..... 133
ثانيا: استقلالية مبدأ عدم التمييز..... 135
ثالثا: مبدأ منع التمييز في اتفاقية سيداو بين خاصية الاستقلالية وخاصية التكاملية. 137
الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لمبدأ منع التمييز ضد المرأة..... 138
أولا: اختلاف في المعاملة..... 139
ثانيا: اختلافٍ في المعاملة دون مبررٍ موضوعيٍ ومعقولٍ..... 143
ثالثا: اختلافٍ في المعاملة قائم على أساس الجنس..... 145
رابعا: الطبيعة التطورية والتوسعية لمبدأ منع التمييز ضد المرأة..... 147
المطلب الثالث: تحويل فكرة المساواة الحرفية بين الجنسين إلى واقع عملي تطبيقي.. 149
الفرع الأول: اتخاذ التدابير التشريعية والسياسية لبلوغ المساواة الفعليّة بين الجنسين 149
أولاً: اتخاذ تدابير تشريعية للإعمال الفعلي للمساواة بين الجنسين..... 150
ثانيًا: اتخاذ التدابير المناسبة لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين..... 153
الفرع الثاني: اتخاذ التدابير الخاصة المؤقتة لتعجيل المساواة الفعليّة بين الجنسين.. 154
الفرع الثالث: تغيير الأدوار النمطية القائمة على التمييز ومنع الاتجار بالمرأة جسديًا 158
أولاً: تغيير الأدوار النمطية القائمة على التمييز ضد المرأة..... 158
ثانياً: منع جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلالها في البغاء..... 161
المبحث الثاني: تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في كل المجالات..... 164
المطلب الأوّل: المساواة الفعليّة بين الجنسين في الحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية 164
الفرع الأول: المساواة الفعليّة في الحقوق الاجتماعية والثقافية..... 165
أولا: المساواة الفعليّة في مجال حق التعليم..... 165
ثانيا: المساواة الفعليّة في مجال الرعاية الصحية..... 169
الفرع الثاني: المساواة الفعليّة في الحقوق الاقتصادية..... 173
أولا: المساواة الفعليّة في مجال حق العمل..... 173
ثانيا: المساواة الفعليّة في مجال حق الملكية..... 184

المطلب الثاني: تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في مجال الحقوق السياسية والحقوق المدنية..... 185
الفرع الأول: المساواة الفعليّة في الحقوق السياسية..... 186
أولا: المساواة الفعليّة في حق المشاركة في الحياة السياسية والعامة..... 186
ثانيا: المساواة الفعليّة في الحق في الجنسية..... 191
الفرع الثاني: المساواة الفعليّة في الحقوق المدنية..... 194
أولا: المساواة الفعليّة في الحقوق المدنية في المجال العام..... 195
ثانيا: المساواة الفعليّة في الحقوق المدنية في الفضاء الخاص (الحقوق في إطار الأسرة)..... 201
المطلب الثالث: تحقيق المساواة الفعليّة بين الجنسين في حقوقٍ أخرى..... 213
الفرع الأول: المساواة الفعليّة في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية الأخرى..... 213
الفرع الثاني: الحماية الخاصة للمرأة الريفية لتعزيز مساواتها الفعلية بالرجل..... 216

الباب الثاني

الجزائر بين القيمة القانونية لتحفظاتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وأهمية دواعيها 221

الفصل الأول

القيمة القانونية لتحفظات الجزائر على اتفاقية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 224

المبحث الأول: تأرجح موقف الجزائر من اتفاقية سيداو بين الالتزام بها بتحفظٍ أو التراجع عن بعض تحفظاتها..... 225
المطلب الأول: إدخال اتفاقية سيداو في المنظومة القانونية الجزائرية..... 226
الفرع الأول: التصديق تعبير عن الالتزام النهائي بأحكام اتفاقية سيداو..... 226
أولا: المقصود بإجراء التصديق..... 227
ثانيا: الجهة المختصة بالتصديق على الاتفاقيات الدولية في الجزائر..... 230

ثالثًا: حرية الجزائر في ترتيب الاتفاقية في الهرم القانون الوطني..... 234
الفرع الثاني: تضمين التشريعات الداخلية نصوص اتفاقية سيداو..... 238
المطلب الثاني: نطاق التحفظات التي أدرجتها الجزائر على اتفاقية سيداو..... 243
الفرع الأول: التحفظ على الالتزام باتخاذ التدابير التشريعية للقضاء على التمييز ضد المرأة..... 244
الفرع الثاني: التحفظ على المساواة المطلقة بين الجنسين في الفضاء الخاص..... 249
أولا: التحفظ على حق المرأة في حرية التنقل واختيار مقر إقامتها..... 249
ثانيا: التحفظ على حق المرأة في المساواة المطلقة مع الرجل عند الزواج وخلاله وعند حلّه..... 252
الفرع الثالث: التحفظ على الحكم الخاص برفع الخلاف حول تفسير اتفاقية سيداو وتطبيقها..... 257
المطلب الثالث: تراجع الجزائر عن تحفظها على المساواة المطلقة في حق الجنسية. 259
الفرع الأول: الطابع القانوني لإجراء سحب التحفظ..... 259
الفرع الثاني: أسباب سحب الجزائر تحفظها على المساواة المطلقة في الحق في الجنسية..... 261
أولا: النقد الموجه لمبررات التحفظ على المساواة في الحق في الجنسية..... 261
ثانيا: تعديل تقنين الجنسية الجزائري..... 263
المبحث الثاني: تقدير صحة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو..... 269
المطلب الأول: معايير تقدير توافق تحفظات الجزائر مع موضوع وهدف اتفاقية سيداو. 269
الفرع الأول: معيار جدية الأساس المعتمد لتبرير التحفظات..... 270
أولا: أحقية الجزائر في الاستناد إلى تقنين الأسرة عند التحفظ على اتفاقية سيداو. 270
ثانيا: أحقية ربط الجزائر تحفظاتها على اتفاقية سيداو بحماية الخصوصية الدينية والثقافية..... 275
الفرع الثاني: معيار توافق تحفظات الجزائر مع الالتزامات الدولية الأخرى وعلاقته بالتحفظات المتأخرة..... 284

المطلب الثاني: آليات تقدير صحة التحفظات على اتفاقية سيداو..... 292
الفرع الأول: آلية القانون العام كوسيلة لتقدير صحة التحفظات على اتفاقية سيداو. 293
أولا: الاعتراض كآلية للقانون العام..... 293
ثانيا: فعالية الاعتراضات في تقدير صحة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو.. 298
ثالثًا: مضمون اعتراضات الدول على تحفظات الجزائر اتجاه اتفاقية سيداو..... 301
الفرع الثاني: عمل هيئة الإشراف (لجنة سيداو) في تقدير صحة التحفظات..... 306
أولا: إجراءات عمل لجنة سيداو..... 307
ثانيا: اهتمام لجنة سيداو بمسألة تقدير صحة التحفظات..... 311
ثالثا: اختصاص لجنة سيداو في تقدير صحة التحفظات..... 313
الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن التحفظات غير الصحيحة..... 317

الفصل الثاني

أهمية دواعي تحفظ الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 324

المبحث الأول: تباين بعض أحكام تقنين الأسرة مع هدف وموضوع اتفاقية سيداو في مسائل الزواج وتوابعه..... 326
المطلب الأول: مجال التباين في مسائل إنشاء عقد الزواج..... 326
الفرع الأول: التباين في تحقيق المساواة المطلقة في أركان وشروط عقد الزواج.... 327
أولا: حدّ المساواة بين الجنسين عند التعبير عن الإرادة في الزواج..... 328
ثانيا: شرط الولي وأثره على حرية إرادة المرأة في الزواج..... 339
ثالثاً: الخلاف حول اشتراط الصداق في عقد الزواج..... 345
الفرع الثاني: التباين في مسألة حق الرجل في تعدد الزوجات..... 348
المطلب الثاني: مجال التباين في توابع عقد الزواج..... 357
الفرع الأوّل: التباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع غير المالية لعقد الزواج 357
أولا: حدّ المساواة بين الزوجين في إطار الروابط الأسرية..... 357
ثانيا: حدّ المساواة في مسألة إسناد النسب واختيار اللقب العائلي..... 362

ثالثا: حدّ المساواة في الحقّ في الولاية والوصاية على الأولاد القصر..... 364
الفرع الثاني: التباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع المالية لعقد الزواج..... 366
أولا: حدّ المساواة في واجب النفقة..... 366
ثانيا: حدّ المساواة في حق الميراث..... 371
المبحث الثاني: تباين أحكام تقنين الأسرة مع هدف وموضوع اتفاقية سيداو في مسألة حرية فكّ الرابطة الزوجية وتوابعها..... 378
المطلب الأوّل: التباين في تحقيق المساواة المطلقة في حرية فكّ الرابطة الزوجية.... 379
الفرع الأول: فكّ الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة حقًا إراديًا أصيلاً للزوج..... 379
الفرع الثاني: فكّ الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة حقًا مقيّدًا..... 384
أولا: تقييد حرية إرادة الزوجة في طلب التطليق..... 384
ثانيا: تقييد حرية الزوجة في طلب الخلع..... 403
المطلب الثاني: مجال التباين في توابع فكّ الرابطة الزوجية..... 409
الفرع الأول: تباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع غير المالية..... 409
أولا: وجوب العدة على المرأة المطلقة..... 409
ثانيا: حدّ المساواة في حق الحضانة والولاية..... 412
الفرع الثاني: تباين في تحقيق المساواة المطلقة في التوابع المالية لفكّ الرابطة الزوجية. 420
أولا: قصر واجب الإنفاق على الزوج عند فك الرابطة الزوجية..... 421
ثانيا: حق المطلقة في التعويض..... 427
خاتمة..... 431
قائمة المراجع..... 441
فهرس..... 484

ملخص:

تهدف اتفاقية سيداو إلى تحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين، والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سواء بحكم القانون أو بحكم الواقع، كما أجازت الاتفاقية التحفظ على شرط توافقه مع هدف الاتفاقية وموضوعها.

لقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية مع التحفظ على بعض المواد التي تعتبر أساسية وجوهرية لتحقيق هدف وموضوع هذه الاتفاقية، غير أنّ شرط توافق التحفظ مع هدف الاتفاقية وموضوعها كُيّف على أنه شرط معقد يترك المجال واسعًا أمام الدول عند تقديره، رغم ذلك لم تعارض الجزائر تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وهو مبدأ مجسدًا دستوريًا وفي كل القوانين مع مراعاة الاختلاف البيولوجي لكلا الجنسين، والدور الذي أعطاه الإسلام للمرأة حفاظا على كرامتها، تبين في الأخير أن المبررات التي استندت إليها الجزائر للتحفظ تعتبر منطقية بالنظر إلى مكانة الدين الإسلامي في المجتمع الجزائري.

ورغم كل تحفظاتها على الاتفاقية فإن الجزائر أكدت استعدادها لتنفيذ التزاماتها بحسن نية تدريجيًا، وقامت بسحب بعض التحفظات وتعديل قانون الأسرة في بعض الجوانب لتكريس المساواة بين الجنسين، إلا أنّ ذلك جاء بطريقة انفرد بها المشرع الجزائري، حيث أنّه لم يأخذ بمبدأ المساواة المطلقة بصورة تامةٍ، كما أنه لم يأخذ بمفهوم المساواة بين الجنسين الوارد في الشريعة الإسلامية.

Résumé :

La CEDAW vise à réaliser une égalité absolue entre les sexes et à éliminer toutes les formes de discrimination de jure ou de facto à l'égard des femmes, et elle autorise également les réserves à condition qu'elles soient conformes à son objet et à son but.

En ratifiant la CEDAW l'Algérie a émis des réserves à certains articles fondamentaux et essentiels pour atteindre l'objet et le but de cette convention. Cependant, la condition de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la convention en tant que condition complexe laisse toute latitude aux États lorsqu'ils l'apprécient. Malgré cela l'Algérie ne s'est pas opposée à l'incarnation du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, qu'est un principe inscrit dans la constitution et dans toutes les lois, tenant compte de la différence biologique des deux sexes et du rôle que l'islam donne à la femme pour préserver sa dignité. Il s'est avéré que les justifications sur lesquelles l'Algérie a fondé ses réserves sont logiques compte tenu de la place de la religion islamique dans la société algérienne.

En dépit de toutes ces réserves l'Algérie a confirmé sa volonté de mettre en œuvre ses obligations de bonne foi progressivement et elle a retiré certaines réserves et a modifié le code de la famille afin de promouvoir l'égalité entre les sexes, mais le législateur algérien l'a fait d'une manière unique, car il n'a pas pleinement adopté le principe d'égalité absolue et il n'a pas non plus introduit le concept d'égalité des sexes contenu dans la loi islamique.