

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلالي اليابس 19 مارس سنة 1962
سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص
موسومة

حماية المرأة في التشريع الجزائري

من إعداد الطالبة

شريف مريم

لجنة المناقشة:

إشراف

أ.د. حاشي يوسف

جامعة سيدي بلعباس - رئيسا.

المركز الجامعي عين تموشنت - مشرفا ومقررا.

جامعة سيدي بلعباس - مناقشا.

جامعة سعيدة - مناقشا.

المركز الجامعي غليزان - مناقشا.

- الأستاذ قادة بن بن علي

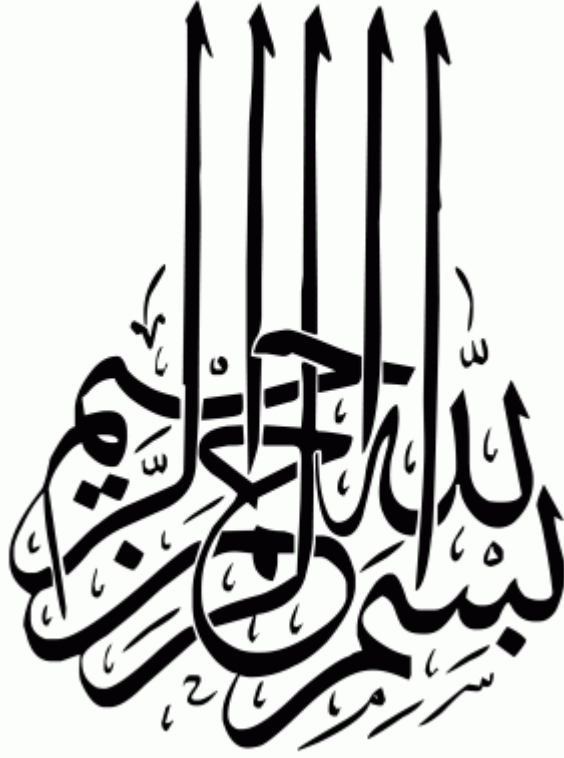
- الأستاذ حاشي يوسف

- الأستاذ محي الدين عبد المجيد

- دكتور أسود محمد الأمين

- دكتور مهدي بخدة

الموسم الجامعية 1438-1439 / 2017-2018



وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ
الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ
سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ٧١

سورة المؤمنون

كلمة شكر وعرفان

"الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَى عَبْدِهِ الْكِتَابَ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ عِوَجًا..." سورة الكهف، الآية 1.

اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وعُلو مكانك.

والصلاة والسلام على خير خلقه في الأولين وفي الآخرين وفي الملئ الأعلى إلى يوم الدين.

من منطلق قوله تعالى في الآية 60 من سورة الرحمان "هل جزاء الإحسان إلا الإحسان" وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة الذي رواه البخاري وصححه الألباني "لا يشكر الله من لا يشكر الناس" ولأنه لا يقدر إحسان المحسنين، ويقابل فضل أولي الفضل بالشكر والعرفان إلا كريم، إرتأيت أنه، لا مناص لي من وقفة أتقدم من خلالها بجزيل شكري، وعرفاني لكل ذي فضل وذو يد عليّ، ممن ساعدوا، وسهلوا، إنجاز هذا العمل المتواضع، وأخص بالذكر أستاذي الفاضل الدكتور يوسف حاشي على كل ما بذله من جهد، وأبداه من إستعداد دائم، وصبر وتفان، في جميع المناسبات، وما أكثرها. فجازاه الله كل خيرا وشفاه وعفاه وأطال عمره في طاعته آمين.

والشكر موصول إلى جميع الأساتذة المحترمين أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقراءة وتقييم بحثي هذا.

كما لا أنسى شكر جميع زميلاتي في العمل، على شدهن على ידי وتشجيعي على المداومة والصبر على مواصلة بحثي.

دون أن أنسى صاحبة الأنامل الظريفة فائزة التي تحملت عناء الطبع والتصحيح واتمنى لها كل التوفيق. فشكرا للجميع دون إستثناء.

الإهداء

إلى من قرن الله شكره بشكرهما وجعل رضاها رضا والديّ الحبيين.
إلى روعي والدي وأخي رحمهما الله وبدّل سيئاتهما حسنات وأسكنهما برحمته
الفردوس الأعلى.

إلى سندي ورفيق درب حياتي زوجي.
إلى فلذات كبدي وزينة حياتي، أبنائي حفظهم الله ورعاهم وجعلهم من الصالحين
الداعين لنا بالخير إذا إنقطع العمل.
إلى جميع إخوتي وأخواتي .
أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا.

مريم

قائمة المختصات

باللغة العربية :

ب.ت.ن: بدون تاريخ نشر

ب.س.ن: بدون سنة نشر

ص : صفحة

ط: طبعة

ج: جزء

غ.ج : الغرفة الجزائية

غ.ج.م.ع : الغرفة الجزائية للمحكمة العليا.

باللغة الفرنسية

Art : Article

P : Page

Crim : Criminelle

Bull : Bulletin

N° : Numéro

Op.cit : Auparavant cité

Tom : tome

Sc : science

Edit : edition

CA : cours d'appel

المقدمة

لا أحد في عصرنا الحديث هذا يمكنه المجادلة في أهمية دور المرأة في المجتمع، أيا كان موقعها وأيا كانت المكانة التي تحتلها فيه، فالمرأة اليوم باتت تدرك حقيقة فعالية دورها، مما يجعلها تلتزم بأداء واجباتها الاجتماعية، وتحرص في نفس الوقت على ممارسة كامل حقوقها، فتؤثر في حركية الحياة الوطنية تأثيرا بالغ الأهمية، يدفع بالمجتمع إلى مزيد من التقدم والرقى والسير بخطى حثيثة وواثقة على درب اللحاق بالركب الحضاري العالمي الذي لا يتوقف سيره طرفة عين.

إن إلقاء نظرة ولو سريعة على وضع المرأة قبل بزوغ فجر الإسلام، وتصفح الأحقاب الزمنية المتعاقبة، ومحاولة إمطة اللثام عن الأوضاع المزرية التي مرت بها المرأة في المجتمعات الإنسانية قاطبة، تبين لنا مدى التطور الذي حققته عبر عصور من النضال والكفاح المريرين المتواصلين الذين خاضهما هذا المخلوق الذي يبدو، خلافا لما هو عليه، للناظر السطحي ضعيفا، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يمكننا تقييم المراحل الشاسعة التي قطعته المرأة على درب التحرر الوعر، عبر العصور المتعاقبة، وهي تخوض كفاحا يوميا مريرا دون هوادة ولا كلل، لتنتعق من ذلك الوضع الذي كانت تحتل فيه مكانة دونية بالنسبة لمكانة الرجل الذي كانت تعتبر مجرد مخلوق تابع له، مما كان يفرض عليها الحرمان من حقوق عدة، كحرية التصرف في أموالها، إن اعترف لها بملكيتها لها، وحرية التعبير عن إرادتها ولو حتى في أخص ما يخصها، وهو اختيار شريك حياتها مثلا، ولقد عانت لعصور طويلة من هذا الوضع، الذي يتسم بإمعان كبير في الحيف والجحود، ثم تتجلى لنا المكانة العليا والتكريم المدهش الذي حبا الله به المرأة المسلمة مقارنة بأخواتها من النساء عبر العصور، وذلك بإنجلاء الغمة عنها على يدي مخلص البشرية عليه الصلاة والسلام، فتنفست المرأة الصعداء في شبه الجزيرة العربية، أولا برسوخ مبادئ الإسلام السامية فيها، ثم عبر أنحاء المعمورة بين بني البشر، ومن أهمها مبدأ المساواة بين الرجال والنساء فيما لا يتعارض مع السنن الكونية، والطبيعة البشرية والمساواة بينهما في التكاليف الدينية وفي الثواب والعقاب، وفي افتراض طلب العلم على كليهما، وفي جميع الحقوق بمختلف أنواعها مدنية كانت أو سياسية، فصار للمرأة ملكيتها الخاصة التي لا يشاركها فيها أحد، حتى زوجها، ولها حرية التصرف فيما تملكه دون قيد أو شرط، وجعلها تحتفظ باسم أسرتها مدى حياتها فلا تفقده بالزواج، ولقد أقر الإسلام المساواة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات، رغم ما يمكن تلمسه بكل سهولة مما علق بسلوكات المسلمين المعاصرين تجاه المرأة من مظاهر وتصرفات موروثه من مجتمعات جاهلية قديمة، لا تمت للإسلام بأية صلة، بسبب بعض المنتسبين إليه فمنهم مغال يحمل سيف التكفير عن من يخالفه فيريد أن تكون المرأة حبيسة الجهل والفقر قبل أن تكون سجين المنزل والنقاب، منعزلة عن مجتمعها، فحرمها من

التعليم والعمل وحجبها عن مجتمعها بحجة البعد عن الفتنة وصون عفافها مرددين أدلة مبتورة أو ضعيفة وصموا آذانهم عن الأدلة الصحيحة الدامغة.

وبين فئة أخرى مستغربة جعلت الغرب قبلتها فدعت إلى الفجور والسفور مرددين شعار "حرية المرأة"، التي يرونها في لباسها وشكلها لا في عقلها وكأنها لعبة جنسية كما كانت في معابد روما وبابل، فأتاروا الشبهات حول حقوق المرأة في الإسلام وادعوا إجحاف الإسلام للمرأة في مواضع مثل القوامة والميراث والدية... إلخ⁽¹⁾.

رغم أن الإسلام حمى المرأة حماية لا نظير لها، ومنحها حقوقها في جميع مراحل حياتها سواء أكانت بنتاً أم زوجة، مطلقة أم أرملة، أم أم، كما منحها حقوقها الاجتماعية كحق التعليم وحق العمل، وحقوقها السياسية كحق الانتخاب، بالإضافة إلى الحقوق الاقتصادية التي بموجبها أصبح لها ذمة مالية مستقلة عن غيرها، وقبل ذلك كله أعاد إليها كرامتها الإنسانية التي فقدتها عبر حقبة العصور السابقة للإسلام، ولقد أقر الإسلام للمرأة هذه الحقوق وغيرها، وأقر لها المساواة بينها وبين الرجل منذ بداية القرن السابع الميلادي. بينما لم تشتت المرأة الغربية رائحتها إلا في العصر الحديث، أي بعد قرون عديدة من المعاناة والكفاح المريرين، حينما صدر غداة الثورة الفرنسية الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان فنص على أن "الناس يولدون أحراراً متساوين أمام القانون" وقد أقرت هذا الإعلان الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 1948/12/10 وأدرجته معظم الدساتير في نصوصها، أي بعد أربعة عشر قرناً من تمتع الإسلام للمرأة المسلمة بالمساواة⁽²⁾ الكاملة مع أخيها الرجل.

ولقد أسست الآية الكريمة " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁽³⁾ للمساواة بين الرجل والمرأة لما فرض الله على المجتمعات المسلمة من حقوق عامة للمرأة، بما في ذلك حمايتها من أي تجاوز أو اعتداء قد يقع عليها، منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، "لا لأن النساء في شبه الجزيرة أو في أي مكان من العالم حينذاك شعرن بأن مكانهن غير مرض... ولا لأنه كان هناك اتحاد نساء عربي أو عالمي... ولا لأن هاتفا واحدا في الأرض هتف بتغيير الأحوال... وإنما كانت شريعة السماء للأرض"⁽⁴⁾ إن سطوع

(1) حسنين المحمدي ، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص7.
(2) المساواة في اللغة تعني استوى الشئان أي تماثلاً، ويقول الأصفهاني في شرح كلمة سوى "المساواة المعادلة المعتبرة بالذراع والوزن والكيل، يقال هذا ثوب مساو لذلك الثوب وهذا درهم مساو لذلك الدرهم...وقد يعبر بالكيفية نحو هذا السواد مساو لهذا السواد. وقد عرف المسلمون المساواة كما عرفوا مفهوم العدل وهو مفهوم يعلو على المساواة كلما حصل تعارض بينهما وتعد المساواة جزءاً أساسياً من العدل الذي هو في اللغة: "الحكم بالحق وهو نقيض الظلم والجور، والعدل أيضاً هو الوسطية والتوازن أي الموازنة بين الطرفين المتنازعين أو المختلفين دون ميل أو تحيز إلى أحدهما ضد الآخر، وهو بعبارة أخرى موازنة بين الأطراف يعطى كل منهم حقه دون بخس ولا جور عليه" والكلمة من العدل بكسر العين وهو تساوي ثقل الحملين على ظهر الدابة بحيث لا يتغلب أحدهما عن الآخر فيميل ويسقط الجمل. أنظر:

Hachi Youcef, le concept de justice dans la pensée juridique musulmane, étude de philosophie de droit, thèse de Doctorat d'Etat soutenu en 1985 à l'université de Paris 2 Sorbonne.p30

(3) سورة البقرة، الآية 226.

(4) سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد6، الأجزاء من 26 إلى 30، دار الشروق، بيروت، ط 21، سنة 1993.

نور الإسلام على الكون عجل بتغيير كل هذه المفاهيم وجعلها تنقلب رأساً على عقب ومن ذلك العهد، لم تتوقف المرأة عن السير قدماً وبثبات نحو تبوء المكانة اللائقة بها.

غير أن التقدم الذي وصلته الإنسانية في جميع المجالات الصناعية والتقنية والحضارية صاحبه تغيير جذري في سلوكاته وتزايد في ظاهرة الإجماع بصفة عامة، وتجاه المرأة بصفة خاصة كونها الطرف الضعيف في المجتمع.

وفي خضم هذه المتغيرات المتسارعة تجد المرأة نفسها أمام تحديات وخيارات صعبة ومعقدة إلى حد كبير، تعرضها لضغوط قوية ومتعددة، فهي من ناحية تخضع لضغط الطبيعة البيولوجية، وضغط التقاليد والأعراف التي تدفع بها مجتمعة باتجاه القيام بدور الأمومة والأعمال المنزلية. ومن ناحية أخرى الفرص العديدة والمتنوعة التي باتت متاحة لها في عالم الوظيفة والعمل المأجور، فهي أمام خيارين تصعب المفاضلة بينهما، الزواج والإنجاب وتربية الأطفال، وما يتبع ذلك من أعمال منزلية، والوظيفة أي العمل المأجور خارج البيت. هذا كقاعدة عامة غير أنه يمكن النظر إلى هذه العوامل من جوانب مختلفة بحسب الوضع الاجتماعي للمرأة، فقد يمكنها أن تتزوج وتتجنب دون القيام بالأعمال المنزلية، ويمكن أن يكون لها منزل دون أن تتزوج، وكذلك بالنسبة للوظيفة، ويمكنها في حالات عديدة التوفيق بين هذا وذاك ما استطاعت.

وبالتالي يمكن القول أن اختيار المرأة للدور الذي تقوم به في حياتها الاجتماعية صار أكثر تعقيداً غير أن البعض يرى عكس ذلك، بأن تعدد المتغيرات مكن المرأة وسهل عليها الاختيار والمفاضلة بينها، بعكس ما كانت عليه في الماضي حيث كانت أمام خيارين لا ثالث لهما؛ إما الزواج وما يرتبط به من إنجاب وتربية وأعمال منزلية، وإما البقاء بدون زواج وهو الخيار الذي لم تكن أغلب النساء تحبذه. ويمكن القول أن المرأة المعاصرة أصبحت تتمتع بالاستقلالية إلى حد بعيد وأصبح لها هامش حرية أوسع فيما يتعلق بالاختيار، وهي في ذلك تحظى برعاية وعناية تسندها القوانين الدولية والداخلية والرأي العام في آن واحد.

هذا بالنسبة للمرأة عموماً أما بالنسبة للمرأة المسلمة، فهي تعرف من الناحية الشرعية الرسالة المنوطة بها والتي من أجلها خلقت والوظيفة التي وجدت للقيام بها في الحياة الدنيا وهي الاستخلاف وأن تنجب جيل المستقبل من أبنائها فالأم المسلمة وهي تؤدي دورها الطبيعي في الحياة، تشعر بمشاعر الأمومة وتوظفها في نفس الوقت في إعداد جيل المستقبل لتحقيق رسالة الاستخلاف في الأرض، التي أناطها بها خالقها ساعية في كل الأحوال بلوغ رضاه كغاية قصوى، باذلة من أجل ذلك كل ما أوتيت من قوة للقيام بالرعاية الطبيعية الحياتية، والسهر على تنشئة أولادها وتربيتهم وفق المبادئ والقيم والتعاليم الإسلامية، والفهم الصحيح للأمور تحذوها العزيمة القوية الصادقة، لإعداد جيل مؤهل لتغيير واقع الأمة

المسلمة إلى الأفضل، فهي القيم والمعلم في آن واحد، يصدق فيها قول القائل، الأم مدرسة إن أعددتها أعددت شعبا طيب الأعراق.

جاعلة نصب عينيها قوله ﷺ: "إذا مات المرء انقطع عمله إلا من ثلاث... وولد صالح يدعو له"(1).

لذلك وأكثر كان من الضروري توفير الحماية والرعاية الكافيتين ومنذ النشأة لهذا المخلوق ذو الدور الخطير، الضعيف في بنيته ذو الأثر البالغ على كينونة أمته بأكملها. ولقد خص المشرع الجزائري في مختلف القوانين المرأة بحماية خاصة وعيا منه بمكانتها البالغة في التأثير بالمجتمع إذا أوليت العناية الكافية، من جهة وبسهولة غمط المجتمع لحقوقها بسبب ضعفها إذا لم تمكن من الحماية المستحقة.

ومهما يكن فإن موضوع حماية المرأة يكتسي أهمية بالغة لكون أن هذه الشريحة تكون نصف المجتمع تقريبا، عدديا وتقوم بتربية النصف المتبقي منه، ولا يعقل أن يبني مجتمع بناء سليما مع تغييب شريحة على هذه الدرجة من الأهمية، أو إذا ما سيئ توظيفها في عملية البناء الاجتماعي، فبناء مجتمع بناءً سليما متوازنا ومتكاملا يحتاج إلى كل أعضائه ذكرانا وإناثا، خاصة في عصر العولمة بأوجهها المختلفة الاقتصادية والسياسية والثقافية، حيث لا مكان لهزيل ولا لضعيف مهما كان أيا كان موقعه لأن الوضع يتطلب حشد وتوظيف كل الطاقات الممكنة والمتاحة.

يقال أن للفقر جنس هو الأنوثة، فالمرأة تعتبر شخصا فقير، وإن حماية المرأة اجتماعيا ومساعدتها على ولوج عالم الشغل، إلى جانب أخيها الرجل سواسية سيكون دون شك عاملا أساسيا لترقيتها اجتماعيا، مع توفير مورد يضمن لها عيشا كريما ويبعد عنها شبح الفقر المخيف، ومن المعلوم لدى الجميع أن رغم تكريس مختلف التشريعات الوطنية ومنها تشريع العمل لمبدأ المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة، غير أن ذلك يبقى نظريا، بينما نجد في الواقع الاجتماعي المعيش الكثير مما يناقضه تناقضا صارخا، ومرجع ذلك كله إلى عدة اعتبارات منها ما هو موروث من التقاليد والأعراف الجاهلية الضاربة في القدم، وقد ينسب إلى الدين الإسلامي وهو منه براء، ومنها ما هو أخلاقي أو حتى ذاتي في بعض الأحيان، وذلك ما جعل أن حجم عدد النساء في ميدان العمل لا يعكس حجم تعدادهن في المجتمع حيث تقدر نسبته حوالي 16% في الجزائر من مجموع تعداد اليد العاملة النشيطة، وإن كانت هذه النظرة لليد العاملة النشيطة يشوبها كثير من القصور، فالمرأة التي تسخر جل جهدها للقيام بشؤون بيتها والسهر على حسن تربية أولادها، ليست امرأة عاطلة وغير منتجة خاصة أن المرأة التي تخرج للعمل خارج

(1) البخاري، صحيح الأدب المفرد، دار الصديق للنشر والتوزيع، ب.ب.ن، ط4، 1418-1997، ص45.

- صحيح مسلم، ج3، حديث رقم 1631، ص1025.

- سنن ابن ماجه، ج1، حديث رقم 241، ص88.

البيت غالبا ما تحتاج إلى من يقوم بخدمة بيتها مكانها، فإن أم الأولاد يستحيل عليها استحالة مطلقة أن تجد من يقوم مقامها في تربية أولادها وإن حرصت.

وعلى العموم يمكن القول، بالنظر إلى موقع المرأة وحمايتها عبر التاريخ أن البحث في المسائل المتعلقة بالمرأة قد أسال ولازال يسيل الكثير من الحبر وأثار جدلا كبيرا منذ أقدم العصور وإلى غاية يوم الناس هذا، ولم يزل موضع اهتمام كل من رجال الدين، والقانون والسياسة والاقتصاد والاجتماع، وقبل الولوج إلى موضوع بحثنا "حماية المرأة في التشريع الجزائري" نحاول من خلال فصل تمهيدي الوقوف على ماضي المرأة عبر الحضارات المتعاقبة بدأ بالحضارات اليونانية، فالرومانية، فحضارة ما بين النهرين، والحضارة الهندية ثم في الديانات السماوية، اليهودية والمسيحية ثم عن العرب قبل الإسلام ثم مكانتها في الإسلام محاولين أن نتلمس موقعها ومدى الحماية التي كانت تتمتع بها إن كانت لها حماية، والبارز أنه من خلال إلقاء نظرة سريعة عبر التاريخ "نجد أن المرأة في التاريخ القديم كانت مخلوقا ناقص الأهلية مهضوم الحقوق..."⁽¹⁾.

وسنحاول من خلال بحثنا هذا تناول موضوع حماية⁽²⁾ المرأة في التشريع الجزائري بأسلوب ومنهجية أكاديمية، نحاول من خلالها التطرق لمجمل الجوانب التاريخية والقانونية والاجتماعية لهذه الحماية، علنا نوفق بذلك في وضع لبنة، نتمنى أن تكون ذات أهمية، على صرح الدراسات والبحوث الهادفة التي تكشف مدى تطور هذه الحماية عبر الحضارات الإنسانية والديانات السماوية المتعاقبة، ومدى استفادتها من تطبيق مبدأ المساواة، ويبقى موضوع حماية المرأة في مختلف التشريعات، كبنيت، وزوجة وأم من المواضيع ذات الأهمية.

والملاحظ أنه رغم أن التشريعات تركز مبدأ المساواة بين جميع المواطنين الذي هو مبدأ دستوري، فإن الواقع المعيشي قد يختلف عما هو بالنصوص القانونية اختلافا بينا. ويرجع سبب ذلك إلى

(1) نواب الدين عبد الرب، عمل المرأة وموقف الإسلام منه، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط1988، ص29.
(2) الحماية لغة: هي من حمى يحمي وحماه يحميه حماية أي دافع عنه وحمل المكان من الناس. "حميا" وحماية بكسر الحاء منعه عنهم والحماية اسم منه و"أحميته" جعلته في حمى لا يقرب ولا يجترأ عليه، وحملت المريض حماية بكسر الحاء. وحملت القوم حماية. أنظر:

-إبن منظور، لسان العرب، ج 14، دار صادر، بيروت، ب.ت.ن، ص198.
- احمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي ابو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، ب ت ن، ص153.

- زين الدين ابو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420-1999، ص82.

الحماية اصطلاحا: اسم يعبر عن احتياط يرتكز على وقاية شخص أو مال ضد المخاطر، وضمان أمنه وسلامته، وذلك من خلال وسائل قانونية أو مادية. أنظر:

- محمود صالح العادلي، الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ط2، 2002، ص6.

عدة اعتبارات منها ما هو اجتماعي أو ثقافي أو ديني أن أخلاقي، وحتى ما هو ذاتي، كما سبقت الإشارة إليه.

ومبدأ المساواة عندما يراد تطبيقه بين الجنسين لا يعني التساوي مطلقا لأن المرأة بخصوصيتها الأنثوية أكرمها الله بأنبل وظيفة، بفضلها يتم تكاثر الجنس البشري، وبقدر نبل هذه الوظيفة بقدر مشقتها، فالمرأة تكابد جراءها شتى أنواع العذاب والمشقة حملا ووضعا وإرضاعا وتنشئة، إضافة إلى تميزها عن الرجل، بضعف بنيتها الجسدية، مما يجعل قيامها ببعض المهام الحياتية الشاقة مستحيلا، فكل ذلك وغيره جعل من الواجب تكيف مبدأ المساواة حسب هذه الخصوصيات، مما دفع بالمشرع إلى إحاطة المرأة بحماية قانونية خاصة تناسب مع طبيعتها الأنثوية، وتمكنها من أداء أنبل وظيفة حباها الله بها على أحسن حال، من جهة، ومن جهة ثانية تمكنها من الموازنة بين عملها خارج البيت كعامله منتجة ذات مسؤوليات وبين مهمتها الأصلية كأم تقوم على تربية الجيل ورعايته رعاية كاملة. إن توفير الحماية القانونية الخاصة المتناسبة مع الوظيفة الكونية والطبيعية الجسدية للمرأة تعتبر في حد ذاتها جزءا من المساواة التي بدونها يحدث الاختلال في المجتمع، وتعرض المرأة للحيث. لأن الحماية القانونية الخاصة ليست تمييزية وإنما هي تدعيم للمساواة بين الجنسين ووسيلة لتدارك النقص الذي سيقع على المرأة بدونها.

أسباب ودوافع اختبار موضوع حماية المرأة في التشريع الجزائري

من الأسباب والدوافع الداعية لاختيار هذا الموضوع، وكما سبقت الإشارة، إن كانت المرأة تمثل نصف تعداد جميع المجتمعات إحصائيا، ومنها المجتمع الجزائري، فهي الوالدة والأمانة والقيمة على تربية وتنشئة النصف الآخر مما يجعل مقولة أن المرأة بمثابة القلب من الجسد، إذا صلحت صلح المجتمع كله وإذا فسدت فسد المجتمع كله، على درجة كبيرة من الواقعية والمصادقية، ولهذا وجب أن يولى لحماية هذا الكائن الخطير اهتمام خاص في جميع المجالات وبشتى الوسائل الممكنة سواء التشريعية منها وغير التشريعية، خاصة وأن النساء غير العاملات بأجريمتلن الأغلبية الساحقة من بين نساء المجتمع الجزائري، ويمكن اعتبارهن طبقة اجتماعية فقيرة. وغير خاف أن الفقر مجلبة لجميع أنواع الشرور والآفات الاجتماعية، خاصة مع طغيان الجانب المادي عن التفكير والسلوكات الاجتماعية عموما.

لذا يقال: "كاد الفقر أن يكون كفرا"، ويصاحب هذا كله تفاقم ظاهرة العنف ضد المرأة التي باتت تهدد كيانها.

إشكالية البحث

فالإشكالية التي يجب طرحها ومناقشتها هي: كيفية توفير حماية تجعل من المرأة عضوا فاعلا في المجتمع، وتحفظ مكانتها، دون المساس بخصوصيتها كأمراة، مراعين في ذلك كله ثوابتنا وقيمنا الحضارية التي تميزنا عن باقي المجتمعات، فكان لاد بد من محاولة القيام بدراسة قد تكشف الواقع الفعلي للحماية التي يوفرها التشريع الجزائري في مختلف جوانبه للمرأة. ولقد أنفرد المؤسس الدستوري، من خلال التعديلات المتتالية، بتوفير حماية دستورية للمرأة توعي بمحاولة تبوينها المكانة اللائقة بها في المجتمع، لأن حمايتها من حماية هذا الأخير، لذا كان حضور هذه الحماية، في المنظومة التشريعية، سواء في جانبها الجزائي أو المدني، له وزنه، ومن ثم يحسن استقراء هذا النشق التشريعي ومحاولة رصد مقتضياته القانونية، للوقوف على ما إذا كانت هذه الحماية تستجيب لواقع الحياة العامة والخاصة للمرأة في جميع صورها من عدمه.

المنهج المتبع

ولقد تم اعتماد المنهج التحليلي خلال مراحل معالجة موضوع البحث، مع إجراء مقارنات بمختلف التشريعات كلما تطلب الأمر ذلك، وقسم البحث كما يلي:

فصل تمهيدي وبه محاولة رصد مكانة المرأة في الحضارات القديمة وفي الديانات السماوية.

ثم بابين، يتناول **الباب الأول**: حماية المرأة في التشريع الجزائري فرع القانون العام وخصص الفصل الأول منه لحماية المرأة في المعاهدات الدولية والدساتير الجزائرية. والفصل الثاني لحماية المرأة في قانون العقوبات.

وتتناول **الباب الثاني** حماية المرأة في التشريع الجزائري فرع القانون الخاص، وخصص فصله الأول للحماية المقررة للمرأة في تشريعات العمل، وفصله الثاني للحماية المقررة للمرأة في قانون الأسرة.

ثم الخاتمة.

فصل تمهيدي

حماية المرأة في الحضارات القديمة والديانات السماوية

المبحث الأول: المرأة في الحضارات القديمة

المطلب الأول: المرأة في الحضارة اليونانية

المطلب الثاني: المرأة في الحضارة الرومانية

المطلب الثالث: المرأة في حضارة ما بين النهرين

المطلب الرابع: المرأة في الحضارة الهندية

المبحث الثاني: المرأة في الديانات السماوية

المطلب الأول: المرأة في اليهودية

المطلب الثاني: المرأة في المسيحية

المطلب الثالث: المرأة في الجاهلية

المطلب الرابع: المرأة في الإسلام

سيتناول الفصل التمهيدي هذا وضعية المرأة في مختلف الحضارات القديمة في المبحث الأول، ووضعيتها في الديانات السماوية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: المرأة في الحضارات القديمة

كان يجب على المرأة في المجتمعات القديمة أن تدعن للرجل وتخدمه، لقد فرضت الأعراف، في هذه المجتمعات هذا التدرج واعتبرته نظاما عالميا لا تجوز مخالفته إرضاء للآلهة⁽¹⁾، فعانت المرأة أشكالا وألوانا مختلفة من الحيف والحدود الاجتماعيين منذ القدم، وعبر الحضارات الإنسانية المتعاقبة مروراً بقانون حمورابي، الذي كان يوجب على المرأة أن تنجب أولاداً، سواء أكانت زوجة أو خلية أو أم، فهي لم يكن ينظر إليها أكثر من وعاء يحمل وينجب الأطفال.

و كان للزوج أن يطلق زوجته إذا لم تنجب له، ويسترجع المهر، بل ويحصل حتى على تعويض كاف، وإذا تبين أنها عاقراً ولا ترغب في الطلاق فعليها أن تجد له أمة تنجب له أولاداً. والحقيقة أن النظرة الاجتماعية للمرأة التي لا تنجب لم تتغير في الكثير من المجتمعات لحد الساعة. ولقد كانت الدعارة قديماً معترف بها في النظام الاجتماعي ومنظمة⁽²⁾، وكانت المرأة في المجتمع الروماني مثلاً تبقى تحت الوصاية من ولادتها حتى مماتها⁽³⁾.

المطلب الأول: المرأة في الحضارة اليونانية

في بداية عهد المجتمع اليوناني بالحضارة، كانت المرأة منغلقة على نفسها محصنة عفيفة، لا تغادر البيت وتقوم بكل ما يحتاج إليه الرجل من رعاية، محرومة من الثقافة، لا تسهم في الحياة العامة بقليل ولا بكثير، بل كانت في درجة من الاحتقار حتى سميت رجساً من عمل الشيطان⁽⁴⁾. ومن الأقوال المأثورة في احتقار اليونانيين للنساء قول أرسطو: "ليس هناك مخلوق أو حيوان متوحش أكثر استحقااً للقهْر من المرأة"، ويذكر هيرودوت: "أن معظم الشرور في العالم من صنع المرأة"⁽⁵⁾. ومن شرائع صولون: "أن العمل الذي يقوم به إنسان تحت تأثير المرأة عمل باطل قانوناً، وإذا مات الزوج لم ترث زوجته شيئاً من ماله"⁽⁶⁾، وحتى فيما يتعلق بدور المرأة في التناسل عندهم "لا تعدو أن تكون حاملاً للطفل ثم مرضعاً له فقط"⁽⁷⁾.

(1) Roland Quilliot, la liberté, 2^{ème} édit, puf, Paris, 1995, pp84-85.

(2) Ney Bensadoun, les droit de la femme, édit Casbah Alger 1999, pp21-40.

(3) Ney Bensadoun, Op.cit, p40.

(4) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للطباعة والنشر، الرياض، ط7، 1420-1999، ص13.

(5) محمود سلام زناتي، المرأة عند قدماء اليونان، الكتاب الأول، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1958، ص33.

(6) حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص11.

(7) وليام جيمس ديورانت، قصة الحضارة، ج7، ترجمة زكي نجيب محمود وآخرين، دار الجيل، بيروت، 1408-1988، ص118.

أما فيما يتعلق بالعلاقات الجنسية فلقد كان اليونان يطلبون من النساء المحترمات أن يكنّ عفيفات قبل الزواج، أما الرجال الغير متزوجين فلم تفرض على شهواتهم الجنسية إلا القليل من القيود الأخلاقية، ولم يكن اليونان (الإغريق) يرون أن في اتصال الشبان بالخليلات من أن لآخر شيئا من العار، ولقد كان في وسع المتزوجين أنفسهم أن يبسطوا حمايتهم على تلك الخليلات، ولا ينالهم لهذا السبب عقاب أخلاقي أكثر من تأنيب زوجاتهم لهم في بيوتهم وشيء قليل من سوء السمعة في المدينة، وكانت أثينا عاصمة الإغريق تعترف بالبغاء رسميا، بل وتفرض ضريبة على البغايا، وأصبح العهر في أثينا كما أصبح في مدن اليونان مهنة كثيرة الرواد⁽¹⁾. لم تكن للروابط الزوجية عند الإغريق أي اعتبار ولم تشكل عندهم أي عائق في طريق ربط العلاقات الجنسية المتنوعة خارج إطار الزواج، فلقد كان في وسع الرجل أن يتخذ له فضلا عن زوجته، خلية يعاشرها معاشرة الأزواج وفي ذلك يقول دمستين: "إننا نتخذ العاهرات للذة، والخليلات لصحة أجسامنا اليومية، والأزواج ليلدن لنا الأبناء الشرعيين ويعتنين ببيوتنا عناية تنطوي على الأمانة والإخلاص"⁽²⁾، فمن خلال قول "دمستين" تتبين نظرة اليونان للمرأة جلية، فهي لا تخرج عن تصنيفات ثلاث، فهي إما وسيلة لبلوغ الرجل لذته الجنسية، وإما خادمة تقوم على شؤونه اليومية وإما آلة لإنجاب الأطفال الشرعيين وقائمة على تربيتهم، وفيما عدا ذلك فهي لا تطمح في أي حال من الأحوال إلى الحلم بأن تتساوى مع الرجل في أي شيء، فالإغريق لم يكونوا يرون بأن المرأة مساوية للرجل إنسانيا، وإذا كان اليونان قد أباحوا في بداية الأمر العهر والعلاقات الجنسية خارج إطار الزواج مخالفين بذلك الفطرة السوية، غير أنهم لما اصطدموا بقوانينها الثابتة عادت بهم الحاجة إلى الاعتراف بضرورة تعدد الزوجات لا الخليلات، وعدوا العمل به واجبا وطنيا، وذلك لما خسروا عددا كبيرا من رجالهم في الحروب التي خاضوها وخاصة "بعد الحملة التي سُيرت على صقلية سنة 415 ق.م، ولم تجد كثيرا من البنات أزواجا لهن، فأباح القانون الإغريقي التزوج باثنتين، وكان سقراط وبوبريز من بين من استجابوا لهذا الواجب الوطني"⁽³⁾.

إن اليونانيين قد بالغوا في احتقار المرأة فقد كان في وسع الرجل أن يطردها من بيته متى شاء دون أن يبدي لذلك أي سبب⁽⁴⁾، وكانوا يرون في عقم الزوجة سببا كافيا لطلاقها لأن الغرض من الزواج عندهم هو إنجاب الأبناء، -وإن كانت هذه النظرة لم تتغير كثيرا في مجتمعنا لحد الساعة- أما إذا كان

(1) وليام جيمس ديورانت، ج7، نفس المرجع السابق، ص103.

(2) نفس المرجع السابق، ص114.

- عزيز السيد جاسم، المفهوم التاريخي لقضية المرأة، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 1986، ص51.
- الخولي البهي، الإسلام وقضايا المرأة المعاصرة، دار القلم، الكويت، ط4، 1984، ص12.

(3) وليام جيمس ديورانت، نفس المرجع السابق، ص114-115.

(4) بشرى قبيسي، المرأة في التاريخ والمجتمع، أمواج للنشر والتوزيع، بيروت، 1995، ص32.

الرجل اليوناني هو العقيم، فكان القانون يجيز، والرأي العام يحبز أن يستعين الزوج في هذه الحالة بأحد أقربائه، وكان المولود الذي يولد نتيجة هذا الاتصال ينسب للزوج نفسه⁽¹⁾.

"إن السلطة، عند اليونان، قد فرضت على المرأة والأولاد، ولكن على وجه مختلف، فسلطة الرجل على المرأة سلطة مدنية وسلطة الأب على بنية سلطة ملكية، لأن جنس الذكور أصلح للرئاسة من جنس الإناث ما لم يكن الذكر فاسد التركيب ومخالفا للطبيعة"⁽²⁾.

ولقد كانت المرأة محرومة من الثقافة ولا تسهم في الحياة العامة بقليل أو كثير فتنحصر مهمتها في الحياة في تحقيق مطالب الزوج وإنجاب الأطفال وهي مع ذلك مهينة ذليلة، وإذا وضعت ولدا زميما قضوا عليها وعلى ولدها معا. ومن الأساطير الإغريقية التي ترمز لمكانة المرأة عندهم أسطورة المرأة الأولى على وجه الأرض المسماة "باندورا" التي كانت سببا في نشر جميع أنواع الشرور على وجه الأرض⁽³⁾. ولقد كان الإغريق (اليونان) يعتبرون المرأة رجسا من عمل الشيطان" ففي فترة من فترات تاريخهم كانوا يضعون القفل على فم المرأة حتى لا تتكلم إلا بإذن ولي أمرها الذي يملك مفتاح القفل يفتحه ويسده متى شاء⁽⁴⁾. ويؤثر عن الفيلسوف اليوناني سقراط قوله "وجود المرأة هو أكبر منشئ ومصدر للأزمات، إن المرأة تشبه شجرة مسمومة ظاهرها جميل، ولكن عندما تأكل منها العصافير تموت حالا"⁽⁵⁾.

وحتى في الفترات القليلة التي استمتعت فيها المرأة بمركز اجتماعي عند اليونان لم يكن ذلك مزية للمرأة كجنس وإنما كان ذلك لنساء معدودات، بصفتهن الشخصية أو لنساء العاصمة بوصفهن زينة المجالس وأدوات من أدوات الترف التي يحرص الأغنياء والمترفون على إبرازها، زهوا وعُجبا، ولكنها لم تكن قط موضع احترام حقيقي كمخلوق إنساني جدير بذاته، أن تكون له كرامة بقطع النظر عن الشهوات التي تحببه لنفس الرجل⁽⁶⁾.

"ولقد كان من واجب الزوجة أن تخضع للرجل فيما يتعلق بحياة الأولاد، فإذا شاء انتزع مولودتها إن كانت أنثى ليتركها في الجبل أو في الطرقات أو في جرة من الفخار تبكي بكاء يفتت الأكباد حتى تموت، إما من الجوع وإما من البرد أو من الحرارة، والأم في ذلك لا تستطيع أن تنبس ببنت شفه،

(1) وليام جيمس ديورانت، نفس المرجع السابق، ص115.

(2) ارسطو طاليس، السياسة، ترجمة أحمد لطفي السيد، منتدى سور الازبكية، ص121. www.books.AALL.NET

(3) وحيد الدين خان، المرأة بين شريعة الإسلام والحضارة الغربية، ترجمة سيد رئيس احمد الندوى، دار الصحوة للنشر، القاهرة، ط1، 1994، ص22-23.

(4) التليدي عبد الله، المرأة المتبرجة واثرها السيئ في الامة، دار بن حزم، بيروت، ط2، 1990، ص10.
-باسمة كيال، تطور المرأة عبر التاريخ، عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1981، ص37.

(5) التليدي عبد الله، نفس المرجع السابق.

(6) نفس المرجع السابق.

لأنها لا اعتبار لها ولأنها ألعوبةٌ أعفيت من تبعات الحياة⁽¹⁾، وهكذا يمكن القول بأن المجتمع العربي قبل الاسلام لم ينفرد بجريمة وأد البنات، بل قد يكون اليونانيون سبقوه في ارتكابها بطرقهم الخاصة.

إن التقدم الفكري النسبي الذي عرفه المجتمع اليوناني في ميادين الثقافة والعلوم، لم ينعكس على وضع المرأة فيه، ولم تحض عندهم بوضع أفضل من غيرها من أخواتها عند شعوب ذلك العصر، ففي غضون القرون التي كانت دول المدن اليونانية على جانب عظيم من رفعة الشأن، كانت النساء في هذه المدن تقمن بأدوار تافهة وضيعة، وإذا تمتعن بحق الحياة، فما ذلك إلا لأنه لم يكن لهن عنهن غنى، فكانوا يجدون فيهن المتعة والتسلية، هذا إضافة الى أنه كان من الميسور جعلهن نافعات في الأعمال المألوفة كالأكل والشرب والملبس والنظافة على ألا يتجاوزن هذه الحدود بحال⁽²⁾، فالمرأة في بلاد اليونان لم يكن بمقدورها أن تتعاقد على شيء أو أن تستدين أكثر من مبلغ تافه أو أن ترفع قضايا أمام المحاكم⁽³⁾.

ولم يكن للمرأة في أثينا دون الحياة الاجتماعية فقد كانت محرومة من الثقافة ولا تسهم في الحياة العامة بقليل ولا بكثير⁽⁴⁾. أما التعليم فقد قصر على الرجال دون النساء مما زاد الفارق بين عقلية الرجال وعقلية النساء...، وجعلهن يتخبطن في ظلمات الجهل، مكبلات بالأغلال. ورغم ذلك لم يخل تاريخ اليونان من نسوة كان لهن مقام خاص في الأدب والعلم مثل "صافو" من أهل القرن 6-7 ق.م التي اشتهرت بالشعر واللفظ، ومثل الكاهنة "أنيتا" من أهل القرن 3 ق.م، التي اشتهرت بالطب والشعر⁽⁵⁾، وبخلاف ما كانت عليه المرأة في أثينا كانت المرأة في أسبرطة تتمتع بقدر من الحرية لا يتمتع بها الرجال...⁽⁶⁾ ولم يكن الوضع في أسبرطة، نتيجة اعتراف المجتمع بأهلية المرأة، وإنما كان ذلك نتيجة طبيعية لوضع المدينة الحربي، حيث كان الرجال منشغلون بالحرب دائماً، مما أتاح للنسوة مجالاً واسعاً للتصرف في غيابهم. ولقد كانت الحرية التي تتمتع بها المرأة في أسبرطة محل انتقاد من الفلاسفة اليونان، فكان أرسطو يعيب على أهل أسبرطة ذلك، ويعزو سبب سقوطها إلى هذه الحرية وتلك الحقوق⁽⁷⁾.

و على العموم، فقد كان للمرأة عند اليونان وضع خاص، هو أقرب لوضع العبيد، وهي مجردة من الحقوق، تخضع للرجل خضوعاً تاماً، تعد من بين ممتلكات زوجها بعد الزواج، ويتزوج الرجل بأي عدد من النساء دون تحديد⁽⁸⁾، وقد نظر إليها فلاسفة الحضارة اليونانية نظروا على أنها مخلوق منحط،

-
- (1) ستنترانشي راي، المرأة مركزها وأثرها في تاريخ العالم، ج2، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ص389.
 - (2) نفس المرجع السابق.
 - (3) وليام جيمس ديورانت، نفس المرجع السابق، ص118.
 - (4) مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، مطبعة دار عمر بن الخطاب، 1987، ص9.
 - (5) محمد جميل فهيم، المرأة في الشرائع والتاريخ، بيروت، 1981، ص9.
 - (6) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، 1998، ص11.
 - (7) ادوار غالي الذهبي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، 1976، ص23.
 - (8) محمد أنيس قاسم جعفر، الحقوق السياسية للمرأة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص26.

بل اعتبروها أداة تثير الشهوات الجنسية والفجور، وألبسوها لباس الزنى، وقد كان لأرسطو رأي، يعتبرها فيه من العبيد ليس لها أية منزلة أو مكانة⁽¹⁾.

أما أفلاطون فقد رأى في كتابه الجمهورية، أنه من بين الخصائص المميزة لقيام الدولة مشاع النساء ما بين فئات الحكام والجنود والحراس...، ومن أقوال أفلاطون أنه، ينبغي أن تتداول النساء كما تتداول الحاجات، فيرى في مدينته الفاضلة مشاع المرأة بين الرجال⁽²⁾.

إن فلاسفة اليونان ما انصفوا المرأة ولا أعزوا جانبها، ولا أعلوا مكانتها، بل إن تاريخ أولئك الفلاسفة، ملطخ بالعار موغل في الشذوذ والإسفاف ليس يعينهم في إنطلاق الشهوات أن تتحرف أو تستقيم⁽³⁾.

المطلب الثاني: المرأة في الحضارة الرومانية:

إن تاريخ الرومان ليس أشرف من تاريخ اليونان ونزوات القياصرة لم تعرف حدودا، ومثلاء القصور بالنساء أمر مألّف، سواء كنّ إماء أو حرائر، وقد حاولت النصرانية أن تكفّف هذه الغرائز الجامحة بالرهابية الصارمة كما قال الشاعر:

إذا استشفيت من داء بداء .: فاقتل ما أهلك ما شفاك⁽⁴⁾

إن الحضارة الرومانية هي وريثة الحضارة اليونانية وحاملة فكرها، فمن البديهي أن نجدها قد التزمت بالمواقف اليونانية تجاه المرأة، وهي مواقف لا تحيد عن النظرة الدونية لها، والاعتقاد الجازم بأنها بتكوينها وفطرتها أقل قدرة من الرجل، ولذلك يجب أن تبقى تحت سلطة وتصرف هذا الأخير. فالمرأة في العهد الروماني تعامل كالطفل والمجنون، فكانت تعتبر فاقدة لأهليتها القانونية بالمعنى الحالي المعروف، حيث نص قانون الألواح الإثني عشر أن من أسباب انعدام أو فقد الأهلية: صغر السن، الجنون، والأنوثة⁽⁵⁾.

ولقد كانت شرائع الجمهورية الرومانية تفترض أن المرأة لاحق لها على نفسها، وفي ذلك يقول "جايوس": "توجب عادتنا على النساء الراشحات أن يبقين تحت الوصاية لخفة عقولهن"⁽⁶⁾.

-
- (1) صلاح عبد الغني، الحقوق العامة للمرأة، مكتبة الدار العربية للكتاب، ص36.
 - (2) شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2001، ص403.
 - عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، دار الثقافة، عمان، 2003، ص186.
 - (3) محمد الغزالي، قضايا المرأة، دار الهناء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص29.
 - (5) المتنبي، قصيدة، فدى لك من يقصر عن مداك.
 - (5) البهنساوي سالم، مرجع سابق، ص14.
 - (6) أسعد السحمراني، المرأة في التاريخ والشرعية، دار النقاش، بيروت، ط2، 1997، ص35.

والمطلوب هنا من المرأة كي يعترف لها بالرشاد، أن تتنازل عن أهليتها وتعترف بقصورها، وتضع نفسها تحت وصاية الرجل، فإن رفضت ذلك وتمردت على نزوات الرجل، فلا يعترف بها هذا الأخير بالرشاد، ويتهمها بأنها ذات خفة في العقل المجرد أنها متأججة العاطفة، ويمكن التساؤل من الذي قال بأن البشر سعداء بالعقل وحده دون العاطفة؟ علما أن علاقات البشر وتعاضضهم ومشاركتهم بعضهم بعضا في السراء والضراء تنطلق أساسا من الحس الإنساني المنبعث من العاطفة، إن تميز المرأة بعاطفة فياضة وتميز الرجل بالقدر على ضبط عاطفته، لا ينقص من قيمة المرأة شيئا، بل هو نظام التكامل بين الزوجين الذكر والأنثى الذي لا تستقيم حياة الأسرة والمجتمع إلا به.

لم يكن للمرأة عند الرومان أهلية أداء، ولا أهلية وجوب، فإذا اكتسبت مالا لا يحق لها تملكه، بل يضاف إلى أموال رب الأسرة، ولا يؤثر على ذلك بلوغها ولا زواجها، وكان رب الأسرة هو المالك في كل الأحوال، وله سلطة على أبنائه وبناته تمتد حتى وفاته مهما بلغ سن الأبناء والبنات، كما كانت له سلطة على زوجته وزوجات أبنائه وأبناء أبنائه، بل كان لرب الأسرة أكثر من ذلك إدخال من يشاء في أسرته من الأجانب وإخراج من يشاء من أبنائه عن طريق البيع، ثم قيد قانون الإثنا عشر لوحا حق البيع بثلاث مرات، فإذا باع الأب ابنه ثلاث مرات متوالية، كان له الحق في التحرر من سلطة رب الأسرة، أما البنت فكانت تظل خاضعة لرب الأسرة مادام حيا⁽¹⁾، ولم يكن يحق للمرأة أن تظهر أمام القضاء، ولا حق لها في مال زوجها، ولا يحق لها تملك أكثر من نصف أوقية من الذهب⁽²⁾، وتخضع المرأة في ظل النظام الزوجي الروماني، عند وفاة زوجها لسيطرة ووصاية أولادها الذكور أو إخوة زوجها⁽³⁾. فبالرغم من أن الإمبراطورية الرومانية قد ساهمت كثيرا في تطور الدراسات والأفكار إلا أن المرأة كانت لديهم متاعا مملوكا للرجل... (4) وكان للزوج حق قتل زوجته الزانية⁽⁵⁾.

ورغم أن هناك من النساء من كان لهن دور في المجتمع الروماني، فمنهن من تعملن في الحوانيت أو المصانع وخاصة في الحرف المتصلة بالنسيج، ومنهن من أصبحن محاميات أو طبيبات⁽⁶⁾، غير أن ذلك لم يبعد عن المرأة تلك النظرة الدونية، التي تُرى فيها أنها مجرد متعة للرجل، ومن ذلك تشجيعهم للبغاء حتى في معابدهم التي كانت تعتبر المكان المفضل لذلك، فالرومان كانوا مثل اليونان يتغاضون عن اتصال الرجال بالعاهرات، بل كانت هذه المهمة ينظمها القانون ويخضعها لإشرافه، بل كانوا يُسعون الأجور بحيث لا ترهق أية طبقة من الطبقات...، ثم نشأت طائفة ذات أسعار خاصة من

(1) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 15.

(2) محمد عبد المقصود، المرأة في جميع الأديان والعصور، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط1، 1983، ص 41.

(3) سامية محمد فهمي، المرأة في التنمية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 20.

(4) أميمة فؤاد مهنا، المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 26.

(5) محمد عبد الرحمان آغا السليفاني، عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، كلية القانون والفقهاء المقارن، الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية في بريطانيا، 2003، ص 34-35.

(6) وليام جيمس ديورانت، ج10، مرجع سابق، ص 369.

السرايري المثقفات اللاتي يسعين لكسب الأنصار بإنشاد الشعر، والغناء، والموسيقى، والرقص والحديث المثقف، ولم يكن الإنسان بحاجة إلى الخروج من أسوار المدينة للبحث عن هذه النسوة أو عن غيرهن من السيدات الطيبات...، وقد التقى على سبيل المثال بهن "جوفنان" بجوار المعابد وخاصة معبد إيزيس "الآلهة الرؤوفة بالعاشقين" ويتهم المؤرخون المسيحيون الرومان بأن الدعارة كانت تمارس داخل الهياكل الرومانية وبين مذابحها⁽¹⁾، يقول الفيلسوف "أوفد" الساخر: ليس ثمة نساء طاهرات إلا اللاتي لم يطلبهن أحد، وأن الرجل الذي يغضب من صلات زوجة الغرامية رجل جلف!! ويقول جوغنان: على لسان زانية تخاطب زوجها الذي فاجأها على غير انتظار: "ألم نتفق على أن يفعل كل منا ما يحلو له"⁽²⁾.

من خلال ما تقدم يمكننا استقراء مدى انهيار الترابط الأسري في المجتمع الروماني، ومدى الاستهتار بمكانة المرأة، والانعدام التام لأية حماية لها في جميع المجالات، ولعل هذا الموروث الذي يخيم اليوم بظلاله على المجتمعات الغربية، بعيدا كل البعد عن الديانة المسيحية الحقبة، بل ذو روابط وثيقة بالوثنية الرومانية اليونانية.

ومما ينقل عن الرومان ونظمهم الاجتماعية أن المرأة عندهم كانت تجبر على الزواج وتخطب منذ الطفولة، ولقد سعى رجال القانون عندهم إلى تحديد سن الزواج بسن السابعة كحد أدنى!! واعتبروا ذلك نصرا يسجل لهم، ولقد كانت المرأة محرومة من ممارسة الحقوق السياسية بشكل عام⁽³⁾. فالمواطن (الرجل) وحده المعني بالقانون، حتى في المجال الديني كانوا يقولون: على رب البيت أن يقوم على الشؤون الدينية بالنيابة عن الأسرة برمتها⁽⁴⁾.

وبذا تكون المرأة في المجتمع الروماني فاقدة للأهلية، فهي تزوج دون استشارة، ويمارس الرجل الشعائر الدينية نيابة عنها، وتحرم من الحقوق السياسية، وانطلاقا من ذلك يقول الرومان عند الزواج: "تنتقل الفتاة من وصاية والدها إلى يد زوجها" حسب التعبير الروماني، وكانت بعد الزواج تقطع سائر علاقاتها مع عائلتها الأصلية وتندمج بعائلة زوجها، إذ كانت تحصل على وضع قانوني يضعها في مرتبة "ابنة زوجها"⁽⁵⁾ هذا المبدأ القانوني الروماني الذي يجعل المرأة بمرتبة ابنة الزوج هو المتبع اليوم في بلاد أوروبا وأمريكا وبسببه تنسب المرأة في الوثائق الرسمية إلى عائلة زوجها عوض أبيها، ومن المؤسف أن بعض الدول الإسلامية ومنها الجزائر تأخذ بهذا النظام البالي دون وعي.

(1) نفس المرجع سابق، ص 315.

(2) نفس مرجع سابق، ص 316-317.

(3) حسنين المحمدي بواوي، مرجع سابق، ص 19.

(4) بيترمونيك، ترجمة هنرييت عبودي، المرأة عبر التاريخ، ج 1، دار الطليعة، بيروت، 1979، ص 83.

(5) نفس المرجع السابق، ص 79.

فلقد كانت المرأة على العموم زوجة أو بنتا تحت سلطة رب الأسرة المطلقة، حيث أنه كان باستطاعته أن يطلق زوجته بغير وجه حق، ويطرد أولاده أو يبيعههم ويستولي على أملاكهم ويعاقبهم على الذنوب، ويزوج بناته منذ حداثة سنهن بدون أخذ رأيهن⁽¹⁾.

وكانت الفتاة إذا تزوجت أبرمت مع زوجها عقدا يسمى "اتفاق السيادة" أي بسيادة الزوج عليها، وبذلك يفقد رب الأسرة سلطته الأبوية لتنتقل إلى سلطة الزوج⁽²⁾، لتصبح سلطة حماية لا سلطة ملك كما كانت من قبل.

فالمرأة عند الرومان كانت تباع وتشترى كأية سلعة، وكان زواجها يتم عن طريق بيعها لزوجها، ليكون لهذا الزوج كامل السلطة والسيادة المطلقة عليها، ولم يكن ينظر إلى المرأة على أنها كائن ذو روح بل كانت تعد مخلوقا بغير روح، بل هي رجس من عمل الشيطان⁽³⁾ وكان يحرم عليها الضحك والكلام وأكل اللحوم وكانت تتعرض لأشد العقوبات البدنية باعتبارها أداة للغواية وأحبولة من حبال الشيطان⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: المرأة في حضارة ما بين النهرين

وادي الرافدين بين نهري دجلة والفرات، المنطقة الجغرافية التي سكنها قديما أقوام هم السوماريون والبابليون والآشوريون وغيرهم، ويمكننا أن نستشف مكانة المرأة عند هؤلاء الأقوام من خلال استعراض بعض تشريعات تلك الحقبة، ومن بينها شريعة "أورنمو"⁽⁵⁾ والتي جاء فيها: "إذا أغرت زوجة رجل، بمفاتها، رجلا آخر، بحيث ضاجعها، يقتل الزوج تلك المرأة، أما الرجل الذي أغرته تلك المرأة فيطلق سراحه"، من خلال هذا النص يتبين جليا إعفاء الرجل من مسؤولية الزنى، بحيث يعزى ذلك إلى كون المرأة هي التي أغرته بمفاتها، وبذلك زنى الزوجة عقوبته الإعدام⁽⁶⁾ على يد زوجها الذي أباحت له الشرائع إضافة إلى ذلك، أن يتصرف فيها حسب هواه، كأن يبيعهها آمة للوفاء بما عليه من ديون، لأنها من جملة ما يملكه ويتصرف فيه. وفي الوقت الذي كانت تعاقب فيه الزوجة الزانية بالإعدام كانوا يسهلون الدعارة لكهنتهم في المعابد، فعند السوماريين، كان يتصل بالهياكل عدد من النساء، منهن الخادمت، ومنهن السراري للآلهة أو ممثليهم، الذين يقومون مقامهم على الأرض، ولم تكن الفتاة السومارية ترى شيئا من العار في أن تخدم الهياكل على هذا النحو، وكان أبوها يفخر بأن يهب جمال ابنته ومفاتها للتخفيف عما يعتري حياة الكهنة من ملل وسامة، وكان يحتفل بإدخال ابنته في هذه الخدمة

(1) بيهم محمد جميل، المرأة في التاريخ والحضارة الغربية، دار الطليعة، بيروت، 1961، ص46.

(2) السباعي مصطفى، مرجع سابق، ص16.

(3) قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2012، ص10.

(4) مبشر الطرازي الحسيني، مرجع سابق، ص11.

(5) عقراوي ثلما ستيان، المرأة ومكانتها ودورها في حضارة وادي الرافدين، بغداد، العراق، 1975، ص289.

- شهبال دزي، العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص48 وما بعدها.

(6) وليام جيمس ديورانت، ج2، مرجع سابق، ص33.

- فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الشؤون الثقافية العامة، وزارة الإعلام، ط3، 1987، ص5 وما بعدها.

المقدسة⁽¹⁾، لقد ربط سكان ما بين النهرين استباحة التمتع بالمرأة في معابدهم وجعلوا ذلك من حقوق الآلهة، بالتالي أضفوا على هذا الشذوذ طابع القداسة في شرائعهم بحيث بات لا يحق لأحد رفضه. ولقد تضمنت شريعة حمورابي: "إذا بَغِيَةُ المعبد أو العينة، وهي رئيس الكاهنات، لا تقيم في الدير، وفتحت باب حانة أو دخلت قصد الشرب فعليهم أن يحرقوا تلك المرأة" المادة 110⁽²⁾، والغريب في قانون حمورابي أن البغاء مسموح به ويمارس في المعابد دون حرج، بينما يعتبر شرب الخمر جريمة تصل عقوبة ارتكابها إلى قتل المرأة بواسطة الحرق. كما جاء في نفس القانون "إذا اجتمع مجرمون في بيت بائعة الخمر ولم تلق عليهم القبض ولم تقدمهم إلى القصر فإن بائعة الخمر هذه تعدم" وجاء في المادة 37: "إذا طلق رجل زوجته فإذا شاء يعطيها شيئاً، وإذا لم يشأ فلا يعطيها أي شيء ويتركها تذهب خالية اليدين"، ونصت المادة 53 "إذا اتهمت امرأة بأنها قامت بفعل سبب سقوط الجنين الذي في جوفها وثبت ذلك ضدها، تعلق تلك المرأة..." إن في وادي الرافدين يفرض على من قتل بنتاً لرجل آخر أن يسلم ابنته للمجني عليه ليقتلها أو ليمتلکها⁽³⁾، فالبنات عبارة عن شيء يستعمل كتعويض عن شيء آخر.

لقد كان عند البابليين قانون مفاده "ينبغي لكل امرأة بابلية أن تجلس في هيكل الزهرة مرة في حياتها، وأن تضاجع رجلاً غريباً غير الذي ستتزوجه..."⁽⁴⁾ ولقد كان هذا السلوك قاعدة مطبقة على جميع النسوة، ولم يخل المجتمع البابلي من "عاهرات من أصناف مختلفة كن يسكن أرباض الهيكل ويمارسن حرفتهن فيه ومنهن من كن يجمعن من عملهن هذا الأموال الطائلة، وظلت الدعارة المقدسة عادة متبعة في بلاد بابل حتى ألغيت سنة 325 ق.م وأبقى على العهر المدني الذي كان منتشراً في حانات الشراب التي كانت تديرها النساء"⁽⁵⁾. ولم يتوقف إهدار كرامة المرأة واستباحتها في بلاد ما بين النهرين عند هذا الحد، بل تعدت إلى حرمانها من الميراث، إذ كانت تركة الآباء توزع على الأبناء الذكور فقط دون الإناث، إلا في حالة عدم وجود أبناء ذكور، وحتى في هذه الحالة كانت التركة تؤول إلى الرجل الزوج، أو لابن المرأة لأن المرأة مملوكة ولا يحق لها أن تملك⁽⁶⁾ وتشير قوانين الآشوريين إلى أن الحجاب كان عادة للسيدات ذوات المكانة العالية -خاصة المتزوجات منهن- وذلك في الألف الأولى قبل الميلاد ولكنه كان محرماً على الإماء العاهرات، وإذا لبسهن وقعت تحت طائلة العقوبات

(1) وليام جيمس ديورانت، ج2، مرجع سابق، ص33.

(2) سهيل قاشا، المرأة في شريعة حمورابي، مكتبة بسام، الموصل، العراق، 1986، ص99.

(3) بشرى قبيسي، المرأة في التاريخ والمجتمع، دار الأمواج، بيروت، 1995، ص319.

(4) وليام جيمس ديورانت، ج2، المرجع السابق، ص229..

(5) نفس المرجع السابق، ص230-231.

(6) سبتيانو موسكاتي، الحضارات السامية القديمة، ترجمة السيد يعقوب بكر، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.ت.ن، ص98.

الشديدة⁽¹⁾. مما تقدم يتبين أن المرأة في حضارة ما بين النهرين لم تتعد مكانتها كونها متعة للرجل عديمة الأهلية محرومة من جميع الحقوق المدنية منها والدينية، وحتى العبادة بالنسبة لها هي ضرب من ضروب الدعارة لا غير.

المطلب الرابع: المرأة في الحضارة الهندية

تستلهم الحضارة الهندية فلسفتها الدينية ومقدساتها من الأساطير، فالمرأة عندهم دون الرجل مكانة منذ الخلق الأول، ففي الأسطورة الهندية ان: "تواتشتري -المبدع الإلهي- حين أراد في البداية أن يخلق المرأة، وجد أن مواد الخلق قد نفذت كلها في صياغة الرجل ولم يبق لديه من العناصر الصلبة بقية، فحل هذه المشكلة عن طريق البقايا المتناثرة حوله، من بقايا خلق الرجل فطفق يصوغ المرأة من القصاصات والجذاذات التي تناثرت من عمليات الخلق السابقة"⁽²⁾. فإذا كانت المرأة قد خلقت أصلاً بهذه الطريقة الدونية فهي في معتقداتهم وكتبهم المقدسة مصدر كل الشرور ورمز غواية الرجل ومصدر تدنيته، ولقد ورد في قانون "مانو" المادة 148 أن: "المرأة في مراحل طفولتها تتبع والدها وفي مراحل شبابها تتبع زوجها فإذا مات تنتقل الولاية إلى أبنائه أو إلى رجال عشيرته الأقربين، فإن لم يكن له أقرباء، تنتقل الولاية إلى عمومته فإذا لم يوجد أعمام تنتقل إلى الحاكم، والسبب في ذلك أن "مانو" عندما خلق النساء فرض عليهن حب الفراش والشهوات الدنسة والتجرد من الشرف وسوء السلوك...، فالنساء دنسات وهذه قاعدة ثابتة"⁽³⁾، فطبيعة المرأة تغوي الرجل في هذه الحياة الدنيا، ولهذا لا ترى الحكماء في صحبة النساء إلا شديدي الحيلة والاحتراص... فالمرأة غير صالحة أبداً للاستقلال بنفسها"⁽⁴⁾.

ولقد جاء في شرائع مانو أيضاً، "أن مصدر العار هو المرأة، ومصدر العناء في الحياة هو المرأة، ومصدر الوجود الدنيوي هو المرأة، إذا فإياك والمرأة.

إن المرأة لا تقتصر قدرتها على تضليل الأحمق عن جادة السبيل في هذه الحياة، بل هي كذلك قادرة على تضليل الحكيم"⁽⁵⁾ ولم يتوقف احتقار المرأة عند الهنود عند هذا بل امتد إلى حرمانها من حق الملكية إذ جاء في كتبهم المقدسة، "ثلاثة أشخاص في شريعة مانو لا يملكون، الزوجة والابن والعبد"⁽⁶⁾. وتنص المادة 147 من قانون "مانو"، "لا يحق للمرأة في أي مرحلة من مراحل حياتها أن تجري أي أمر

(1) نفس المرجع سابق، ص 8.

(2) اسعد السحمراني، مرجع سابق، ص 25.

-وليام جيمس ديورانت، ج 3، نفس المرجع السابق، ص 178.

(3) البهنساوي سالم- مرجع سابق، ص 13 وما بعدها.

(4) ستراتشي راي، مرجع سابق، ص 249.

(5) وليام جيمس ديورانت، ج 3، مرجع سابق ص 178.

(6) نفس المرجع السابق، ص 180.

وفق مشيئتها ورغبتها حتى ولو كان ذلك الأمر من الأمور الداخلية لمنزلها". إن الهنود كانوا ينظرون للأنثى بمجرد أن تخرج من بطن أمها نظرة تشاؤم واحتقار ويعتبرونها عارا يجلل الأسرة بأسرها⁽¹⁾. إضافة إلى ما تقدم نجد أن الهنود قد اعتمدوا نفس سلوك حضارة ما بين النهرين في استعمال النسوة في معابدهم لمتعة الكهنة وإشباع غرائزهم وممارسة الدعارة التي تدر على المعابد نصيبا من المال، مع إلباس ذلك كله هالة من القداسة، ففي المجتمعات الهندية كان الزنى في الأعم الأغلب مقصورا على المعابد، وفي الأصقاع الجنوبية كانت رغبات الرجل الشهواني، تشبعها له من كان يطلق عليهن - خادمت الآلهة- طائعات في ذلك أوامر السماء وما خادمت الآلهة -أو دافاداس- كما يسموهم إلا العاهرات، ففي كل معبد في (تامل) مجموعة من النساء المقدسات اللاتي تستخدمن في إمتاع كهنة البراهمة، فبعض النسوة قصرن حياتهن على عزلة المعابد وكهننتها، وبعضهن الآخر قد وسع من نطاق خدماته، ليشمل كل من يدفع أجر لمتعته، شريطة أن يدفعن لرجال الدين جزءا من كسبهن من هذا النشاط⁽²⁾ ولم يكن أحد يرى في هذا ما يتنافى مع الأخلاق، حتى أن السيدات المحترمات كن يهين ابنة من بناتهن لمهنة العهر في المعابد ويصف "ديبوا" في أول القرن التاسع عشر معابد الجنوب بأنها في بعض الحالات كانت تتحول إلى بيوت للدعارة ولا شيء غير ذلك⁽³⁾.

إن الحضارة الهندية لم تُشذ عن غيرها من الحضارات الأخرى، فمن جهة تستخدم المرأة لامتاع الرجل وإشباع رغباته الجنسية، والولادة وتربية الأولاد وتدبير شؤون البيت⁽⁴⁾ مع سن القوانين وترسيخ الأعراف الملائمة التي تجعل ذلك لا يتنافى مع الأخلاق، بل ربطه بالمعابد لإلباسه هالة من القداسة لإخضاع المرأة، ومن جهة أخرى يرون أن المرأة سببا للغواية يجب الاحتياط منها مما أدى إلى إحتقارها، ففي شرائع الهندوس عن المرأة: "ليس المصير المقدور، والريح، والموت، الجحيم والسم، والأفاعي، والنار، أسوأ من المرأة". ولقد بلغ انحدار مكانة المرأة وسقوط كرامتها إلى أدنى المهوي عند قدماء الهنود، أن كان الرجال يقامرون بزوجاتهم، وقد يربحون فيأخذوا زوجات غيرهم، وقد يخسرون فيأخذ الآخرون زوجاتهم.

وفي معرض انتقاد القاضي "راجندرا ساشار" وهو رئيس سابق للمحكمة العليا بدلهي، لوضع المرأة في الحضارة الهندية القديمة، يقول: "إنه من الناحية التاريخية كان الإسلام متحررا جدا وتقدما في

(1) حسن علي مصطفى حمدان، مكانة المرأة في الإسلام، شركة الشهاب الجزائر، د.ت.ن، ص15.

(2) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص26.

(3) ديورانت، ج3، المرجع سابق، ص175.

(4) عبد الرب نور الدين، عمل المرأة وموقف الإسلام منه، دار الوفاء، ط2، سنة 1987، ص23.

إعطاء المرأة حقوق الملكية، والحقيقة أنه لم يكن للمرأة الهندوسية من حقوق في الملكية حتى سنة 1956م إذ وافق على قانون الشخصية الهندوسية، بينما أعطى الإسلام هذه الحقوق قبل 1400 سنة⁽¹⁾.

ورغم أن هذا يمكن اعتباره، بمثابة مقارنة ما لا يقارن، لأننا لو حاولنا حصر الحقوق التي ضمنها الإسلام للمرأة مقارنة بما كانت عليه لصُعِبَ إحصاؤها وليس حق الملكية إلا قليلا من كثير، ولكن هذه شهادة من ينتمي لحضارة أخرى هي الحضارة الهندية.

ومن العادات السيئة التي تمتاز بها الحضارة الهندية هو ما يعرف في الهند بشعيرة -ساتي- الهندوسية القديمة، والتي تقضي على الأرملة بأن تحرق نفسها مع جثمان زوجها المتوفى، ولقد منع الإنجليز هذه الشعيرة نهائيا، غير أنه وللأسف، لا يزال هناك كثير من الهندوس الذين يؤمنون بهذه الشعيرة ويزاولونها حتى الآن، وقد وقعت أحداث عديدة لحرق الأرامل في السنوات الأخيرة وخاصة في ولاية راجستان الهندية⁽²⁾.

والخلاصة أن المرأة في الحضارة الهندية تعتبر مجرد تابع للرجل عليها أن تُفني حياتها وشخصيتها فيه حيا وميتا وعلى النحو الذي يراه. " فَذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمُ الْحَقُّ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ فَأَنَّى تُصِرُّوْنَ " ⁽³⁾.

ولا غرابة فمن لم يسلك سبيل الحق سلك حتما سُبُل الضلال التي تهوي بسالكها في وهاد المهالك.

المبحث الثاني: المرأة في الديانات السماوية

من خلال هذا المبحث ستنم دراسة وضع المرأة في كل من الديانة اليهودية، ثم الديانة المسيحية، وقبل التطرق إلى وضع المرأة في الإسلام كان لابد من اعطاء نظرة حول وضع المرأة في الجاهلية - قبل الإسلام- من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: المرأة في الديانة اليهودية

المطلب الثاني: المرأة في الديانة المسيحية

المطلب الثالث: المرأة في الجاهلية

المطلب الرابع: المرأة في الإسلام

(1) راجندار ساشار، رئيس سابق للمحكمة العليا بدلهي، صحيفة ستيسمان، 26 أبريل سنة 1986، دلهي الجديدة. عن حسين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص28.

(2) وحيد الدين خان، مرجع سابق، ص142.

(3) سورة يونس، الآية 32.

المطلب الأول: المرأة في اليهودية:

إن خير ما نلج من خلاله لدراسة موضوع المرأة في الديانة اليهودية، أصدق الكلام قوله تعالى: "مَنْ الَّذِينَ هَآؤُوا يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ" (1). فالديانة اليهودية ديانة لا تتسم بالشمول، اعتمدت أساسا على التوراة، وأضاف لها أحبار اليهود الكثير وجمعوا الأسفار، وتم تداولها بما يسمى بالتلمود، وهو مستودع شرور اليهود، مليئ بأساطيرهم الغريبة، وقد كان حجمه في الأصل بعض مجلدات وصار منذ ثمانية قرون 12 مجلدا، وهو اليوم باللغة الإنجليزية 36 مجلدا، ومن التلمود استمد اليهود روح سفك الدماء بأساليب بربرية قاسية، بالإضافة إلى مناداته باحتقار الشعوب الأخرى، واعتبار اليهود أنهم شعب الله المختار (2).

وموقف اليهود من المرأة يستمدونه مما ورد في كتاباتهم ونسبوه إلى الله زورا وبهتاناً بدليل الآية السالفة الذكر، فكتبهم التي يعتبرونها مقدسة محرفة، وموقفهم من المرأة مبني أساسا على اتهامهم لها بأنها كانت وراء أول معصية لأبينا آدم عليه السلام في الجنة، يوم نهى الله آدم وحواء عن الأكل من الشجرة، فأثى إبليس حواء في شكل حية وغرر بها حيث استجابت لغوايته وأكلت، وبعد ذلك أطعمت آدم فكان الهبوط من الجنة، وكانت الخطيئة على الأرض، من هنا تنطلق نظرة يهود إلى المرأة، وهي خلفية كافية للنظر إليها، على أنها مصدر الغواية وشرُّك من شرك الشيطان، وأنها منبع خطيئة بني آدم، ولكون هذا هو المعتقد الديني لليهود، كان من الطبيعي أن تتخذ شرائعهم من المرأة موقف شك وحذر، ومما ورد في التوراة أن الرب سأل آدم "هل أكلت من الشجرة التي أوصيتك أن لا تأكل منها؟ فقال آدم: المرأة التي جعلتها معي هي أعطتني من الشجرة فأكلت، وقال للمرأة: تكثير أكثر أتعاب حبلك وبالوجع تلدين أولادا" (3). وكأن الله لا يعلم إن كان آدم قد أكل من الشجرة التي نهاه عنها حتى يسأله، وكأن آدم عديم الإرادة والمسؤولية، فيجيب بأن المرأة أعطته من الشجرة فأكل، ثم يسلب عقاب المعصية على المرأة لوحدها، لانفرادها بالمسؤولية عن الخطيئة في نظرهم، الشيء الذي يفنده الكتاب الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه في قوله تعالى: "وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ..." (4). ومن خلال هتئين الآيتين يتبين جليا أن الله خاطب آدم وحواء نفس الخطاب وعلى قدم المساواة من المسؤولية ودون أي تمييز بينهما.

(1) سورة النساء، الآية 46.

(2) غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة، عمان، 2011، ص27.

(3) العهد القديم، سفر التكوين، الإصحاح الثالث، عن:

- حسنين المحمدي بواوي، مرجع سابق، ص30.

(4) سورة البقرة، الآية 34 و35.

إن تفكير يهود الشاذ هو الذي جعلهم يلصقون بالمرأة الانحرافات والمعاصي والكبائر كلها، وكل ذل وعار إلى يوم الناس هذا، ومن ذلك ما ورد في التوراة مما يصور المرأة في مواقف لا تخالف الدين والعقل فحسب وإنما تخالف الفطرة الإنسانية ذاتها، بسبب نظرتهن إلى المرأة بأنها هي نبع الخطايا والرزائل وسبب الآثام، فقد ورد في التوراة "وصعد لوط من صوغر فسكن الجبل وابنتاه، وقالت البكر للصغيرة: أبونا قد شاخ وليس في الأرض رجل ليدخل علينا كعادة كل الأرض -مع ملاحظة أن إبراهيم عليه السلام وقومه لا يبعدون عنهم سوى مسيرة نهار- هلم نسقي أبانا خمرًا ونضطجع معه فنحیی من أبينا نسلًا، فسقتا أباهما خمرًا في تلك الليلة ودخلت البكر واضطجعت مع أبيها ولم يعلم باضطجاعها ولا بقيامها، وحدث غدا أن البكر قالت للصغيرة إني قد اضطجعت مع أبي، نسقيه خمرًا الليلة أيضًا، فأدخلي واضطجعي معه فنحیی من أبينا نسلًا، فسقتا أباهما خمرًا في تلك الليلة أيضًا وقامت الصغيرة واضطجعت معه، ولم يعلم باضطجاعها ولا بقيامها فحملت ابنتا لوط من أبيهما"⁽¹⁾، ومن خلال هذه القصة المروية في توراة اليهود يتبين جليا جرأتهم حتى على أنبياء الله المعصومين وعلى آل بيتهم، فإذا كانت هذه نظرتهن المهينة للمرأة وهي بنت نبي الله وتصويرها أنها تبحث عن الرذيلة ولا تتورع عن إتيانها حتى مع أبيها، وهو المعصوم، فيكيف هي نظرتهن للمرأة عموماً؟

والخلاصة أن المرأة عند اليهود أداة ووسيلة لتحقيق غاية، ينشدونها منذ القدم، وهي السيطرة واستعباد شعوب الأرض.

المطلب الثاني: المرأة في المسيحية

تعتبر التوراة (العهد القديم) أساس العقيدة النصرانية (المسيحية) ومنطلق فكرها، ولقد قال الرب عن المرأة: "تكثيراً أكثر أتعاب حبلك، بالوجع تلدين أولادا وإلى رجلك يكون اشتياقك وهو يسود عليك"⁽²⁾، فمنطلق النظرة إلى المرأة عندهم أنها كانت سبب إغواء آدم وخروجه من الجنة، ولذا حكم عليها الرب بالتعب أثناء الحمل والوجع عند الولادة والاشتياق الدائم للرجل والخضوع لسيادته. وبذا تكون المسيحية قد خلطت ما هو فطري عند المرأة كمشقة الحمل وآلام الطلق عند الولادة بالرغبة غير البريئة في إخضاع جنس المرأة إلى جنس الرجل مع إصباغ ذلك الخلط بصبغة دينية تجعل الفصل أمراً صعباً بين ما هو فطري وطبيعي، وبين ما هو وضعي لتحقيق حاجة في نفس واضعيه، وهي إخضاع المرأة للرجل، وجعل القاعدة الدينية العامة تقضي بأن العلاقة بين الزوجين تقوم على ضرورة إقرار المرأة وتسليمها بسلطة الرجل عليها، ولقد ورد في رسالة بطرس الأولى التي وجهها للنساء قوله: "أيتها النساء كن خاضعات لرجالكن"⁽³⁾.

(1) العهد القديم، سفر التكوين، الإصحاح التاسع عشر.

(2) سفر التكوين، الإصحاح الثاني والثالث.

(3) الإنجيل، رسالة بطرس الأولى، الإصحاح الثالث.

وقد جاء في الإنجيل العهد الجديد أيضا: "لتصمت نسائكم في الكنائس لأنه ليس مأذونا لهن أن يتكلمن، بل يخضعن كما يقول الناموس، ولكن وإن كن يردن أن يعلمن شيئا فليسلن رجالهن في البيت، لأنه قبيح بالنساء أن تتكلم في كنيسة"⁽¹⁾، من خلال هذا النص يبدو جليا أن الرجل هو المرجع والمصدر الوحيد للمرأة في كل شيء حتى عندما ترغب في تعلم أمور دينها، ليس لها أن تطلب ذلك مباشرة في أماكن العبادة بل بواسطة زوجها عند رجوعها إلى البيت أما خارج ذلك فعليها بالتزام الصمت في الكنيسة. أما الزواج في المسيحية فيعتبر دنسا يجب على من يريد التطهر الابتعاد عنه كلية وبذا يلتزم الرهبان والراهبات بعدم الزواج مدى الحياة للحفاظ على الطهارة والتجرد للعبادة. وقد ورد فيما يتعلق بعلاقة المرأة بالرجل أن "الرجل لم يخلق من أجل المرأة بل المرأة من أجل الرجل"⁽²⁾ وبالتالي فهي لا تعدو أن تكون مجرد تابع له. هذه النظرة الدونية للمرأة عموما نجدها تضرب جذورها عميقا في تاريخ الديانة المسيحية واليهودية وهي غير مبتورة الصلة بالحضارات الوثنية السابقة لها، ومن الطبيعي أن نجد آثارها ممتدة حتى في دساتير وقوانين الدول الغربية المسيحية حتى الحديثة منها، وعلى سبيل المثال نجد القانون المدني الفرنسي "قانون نابليون" الصادر بعد الثورة الفرنسية سنة 1804 يعطي في مادته 218 الزوج حق التصرف في ماله ومال زوجته كيف شاء ويحجر عليها حق التصرف في مالها منفردة. حيث تنص هذه المادة على: "أن المرأة المتزوجة حتى لو كان زواجها قائما على أساس الفصل بين ملكيتها وملكيتها زوجها، لا يجوز لها أن تهب ولا أن تنقل ملكيتها، ولا أن ترهن ولا تملك بعوض أو بغير عوض، بدون اشتراك زوجها في العقد أو موافقة عليه موافقة كتابية"⁽³⁾.

ولقد عالج القرآن الكريم مسألة معصية آدم التي خرج بسببها من الجنة بطريقة مختلفة تماما عما ورد في التوراة والإنجيل من نظرة منحرفة إلى المرأة على أنها مصدر الغواية ومنبع الخطيئة، بسبب ما اعترى هذه الكتب المقدسة من تحريف، ففي قوله تعالى: " وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ... "⁽⁴⁾ فمن الواضح من قراءة الآيتين الكريمتين أن الخطاب موجه في صيغة المثنى إلى آدم وحواء على قدم المساواة، سواء عندما أكرمهما بالسكن في الجنة وبأن يأكلا منها حيث شاءا أو عندما نهاهما عن الأكل من شجرة بعينها، ويخبر المولى عز وجل أن الشيطان أزلهما معا وعلى نفس الدرجة من المسؤولية "فأزلهما" فالإسلام لم يفرق بين الرجل والمرأة إلا فيما هو فارق فطري يتناسب مع طبيعة كل

(1) الإنجيل، رسالة بولس إلى كورنثوس، الإصحاح الرابع عشر.

(2) الإنجيل، المصدر السابق، الإصحاح الحادي عشر.

(3) علي عبد الواحد، المرأة في الإسلام، مكتبة غريب، القاهرة، 1971، ص 20.

- Article 217 du code civil des Français 1804 : « la femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, a titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

(4) سورة البقرة، الآية 35 و 36.

جنس، وذلك رغم أن الكثير من العلمانيين وغير المسلمين يحاولون بكل ما أوتوا من قوة، حشر الإسلام مع باقي الأديان الأخرى في نفس الزاوية كقول أحدهم: "وإذا قارنا نظرة هذه الأديان إلى المرأة بشكل عام، لوجدنا أن وضع المرأة في الإسلام لا يختلف جوهرياً عن وضعها في بقية الأديان، ففي الواقع، أن جميع هذه الديانات تؤكد على دونية المرأة وتبعيتها وتطلب منها الخضوع للرجل وإطاعته، وتمنعها من تسلم الوظائف في المجتمع، وتؤكد على أهمية دورها كزوجة وأم داخل المنزل فقط. وقد تثبتت هذه المفاهيم، وما رافقها من أحكام في الكتب المقدسة واعتبرت جزءاً من الدين...⁽¹⁾.

والحقيقة أنه حتى إذا كانت الآراء الفقهية القديمة وحتى الحديثة تطلب من الزوجة طاعة زوجها في غير معصية وتقدم دورها كزوجة وأم داخل المنزل لما لهذا الدور من أهمية في تكوين الأسرة المسلمة السليمة، فالفقه ليس هو الإسلام، بل هو فهم فقهاء وعصر من العصور للإسلام. بينما نجد أن قانون نابليون قد جعل من المرأة مخلوقاً قاصراً مدى الحياة، فقد "جردها من حق الشهادة أو المقاضاة أو التوقيع أو عقود الإيجار أو التعهد بأي التزام أو ممارسة مهنة منفصلة، أو الحصول على أي وثيقة رسمية من دون موافقة زوجها، وإذا كانت تعمل فإن أجرها يعتبر ملكاً لزوجها... وقد ظل الزوج يتمتع بهذا الحق حتى سنة 1938م"⁽²⁾، وقد أصدر البرلمان الإنجليزي قرار في عصر الملك -هنري الثامن- قراراً يحضر على المرأة أن تقرأ الكتاب المقدس أي يحرم على النساء قراءة الأناجيل وكتب رسل المسيح⁽³⁾ ولم تكن المرأة المسيحية في مجال التعليم أوفر حظاً مما كانت عليه في غيره من المجالات إلى منتصف القرن التاسع عشر، ولم يصدر قانون إمكانية ممارسة المرأة للطب في فرنسا مثلاً إلا سنة 1892 ، أما حق الفتيات في التعليم الثانوي ومساواتهن بالبنين في فرنسا فلم يتم إقراره إلا في 1924/03/25⁽⁴⁾.

أما حق المرأة في الانتخاب في أوروبا فلم تحصل عليه إلا مؤخراً، كالتالي:

- فلندا سنة 1906.

- النرويج سنة 1913.

- الدنمارك سنة 1915.

(1) غسان عشاء، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات لكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقى، بيروت، ط1، 2004، ص9.

(2) أسعد السحمراني، مرجع سابق، ص61.

Code civil Français de 1804 art 214 et suit.

- قانون نابليون، 1804.

(3) محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1404-1984، ص62 و 63.

(4) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص37.

وقد منحت سويسرا المرأة حق الانتخاب على الصعيد الفيدرالي في 7 فبراير 1971، أما على صعيد الكنتونات ظلت المرأة محرومة من الحقوق السياسية في بعض منها حتى الآن⁽¹⁾.

ومع ما تقدم تبيانه مما عانته وتعانيه المرأة المسيحية من نظرة دونية إليها، والحجر المالي عليها ومنعها من حقها في التصرف، وحرمانها من حقها في التعليم والانتخاب، وفي مقابل ذلك كله صدرت دعوات أوربية متعددة لتحرير المرأة، لكن هذه الدعوات نجدها تركز على تحرر المرأة من واجباتها الأسرية، وإهمال عائلتها وبيتها لصالح الفوضى الاجتماعية.

وركزت دعاوى تحرر المرأة، على التحرر من اللباس المحتشم الذي تفرضه الفكرة السليمة، وتفرضه شرائع السماوية جمعاء، ودفع المرأة للظهور بجميع مظاهر الإغراء والإغواء، ودفعها لسلوك جميع المسالك التي تمكن الرجل منها بسهولة وفق أهوائه وشهواته، وأصبحت المرأة لا هم لها إلا أن تظهر بمظهر يرضي الرجل وكأنها لم تُخلق إلا لكي يتمتع الرجل بجسدها ولا دور لها غير ذلك. وبذا تكون المرأة في وضعية لا تختلف عن أختها في الحضارات القديمة التي كانت تُخضعها للرجل ليقضي وطره منها بكل سهولة ويسر، وذلك بسن القوانين وترسيخ الأعراف، بل وربط ذلك بالمعابد لإلباسه هالة من القداسة الدينية، كما سبقت الإشارة إليه، فوضعيتها اليوم لا تختلف عن وضعية سابقاتها إلا من حيث التسمية، فأصبح يطلق عليها اليوم مُسميات مختلفة تناسب هذا العصر، كالتحرر والحادثة، والموضة وغير ذلك، وهي مفاهيم ظاهرها حرية المرأة، وحقيقتها اقناعها بقبول الجاهزية كي يستغلها الرجل لإشباع أهوائه متى شاء وكيفما أراد، تارة بإقحامها في ميدان العمل واستغلالها مقابل أجر زهيد وتارة بتحويلها إلى صورة إغراء على غلاف مجلة... إلخ، وبذلك تكون قد ارتدت إلى السلوكات الوثنية القديمة التي لا علاقة لها بالشرائع السماوية ولا بالتحرر والانعقاد، وما هذه إلا جاهلية القرن العشرين كما سماها سيد قطب رحمه الله⁽²⁾.

المطلب الثالث: المرأة في الجاهلية (عند العرب قبل الإسلام):

يعرف عصر ما قبل الإسلام في الجزيرة العربية عند جمهور المؤرخين، بالعصر الجاهلي، ويقصد به زمن الجهل وعدم المعرفة⁽³⁾، وقد كان يسميه عرب صدر الإسلام بعصر الجاهلية، إذ يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "والله كنا في الجاهلية.." ⁽⁴⁾ وتسميه الجاهلية ليس المقصود منها تخلف العرب الحضاري أو المادي، وإنما المقصود منها بُعدهم عن القيم السماوية لكونهم مجتمعاً وثنياً، ولقد كان المجتمع العربي يكون وحدة متجانسة، ولم يخضع العرب إلى سلطان أو قانون واحد، بل كانوا قبائل

(1) نفس مرجع سابق، ص38.

(2) محمد قطب، جاهلية القرن العشرين، دار الشروق، القاهرة، 1988..

(3) علي إبراهيم حسن، التاريخ الإسلامي العام، مكتبة النهضة العربية، ط3، د.ت.ن، ص22.

(4) أبو النصر مبشر الطرازي، المرأة وحقوقها في الإسلام، مطبعة دار عمر بن الخطاب، 1987، ص10.

متفرقة ومختلفة الأعراف والمشارب، مع تأثر كل قبائل جهة بالحضارة المجاورة للمنطقة التي تسكنها، كتأثر قبائل الحيرة بالحضارة الفارسية من خلال المَناذرة، وتأثر قبائل أخرى بالحضارة الرومانية المسيحية من خلال غساسنة بلاد الشام، ولذلك قد يكون ما هو مقبول من سلوكات اجتماعية في بعض القبائل يعتبر مرفوضاً عند بعضها الآخر.

وفيما يتعلق بالأوضاع الاجتماعية العامة للمرأة عند عرب ما قبل الإسلام، نجد أن الكثير من الكتاب عند تناولهم لموضوع مكانة المرأة في الإسلام، يقدمون لكتاباتهم بالحديث عنها في المرحلة التي سبقتها، أي مكانة المرأة في الجاهلية، بالكثير من السطحية والتعميم معتبرين المرأة في المجتمع العربي ما قبل الإسلام، بدون استثناء بلا كيان ولا حقوق. غير أننا خارج هذه النظرة، نجد أن امتهان العرب للمرأة لم يكن تقليدا عاما، بل كان سلوكا لبعض القبائل، وقد كان الكثير من حكماء العرب لا يرضى أن يُنظرَ إلى المرأة نظرة استخفاف وإهانة⁽¹⁾، وإن محاولة وضع قضية المرأة العربية في إطارها الحقيقي ليس معناه الدفاع عن العرب أو نكران ما كانوا عليه من نقائص ومساوئ، فالعرب أمة من الأمم فرضت عليهم معيشتهم وبيئتهم خلائق من الخير والشر، ولم يكونوا جميعا يكرمون المرأة ويبجلونها كما لم يكونوا جميعا يحتقرونها⁽²⁾.

فالكثيرات من نساء بعض قبائل العرب، كن يمتزن بقوة في الشخصية وحرية مطلقة في التصرف، وكن يتمتعن بالعديد من المزايا التي يتمتع بها أفضل رجال عصرهن، فكان منهم الشاعرات، والخطيبات، فيرتدن الأسواق الأدبية وينشدن بها أشعارهن. كما كان من بين نساء العرب من تستمد سمو مكانتها من انتمائها إلى بيت رفيع الشرف⁽³⁾، ومنهن من اشتهرت بصواب الرأي ورجاحة العقل مثل السيدة خديجة بنت خويلد رضي عنها وأرضاها، وهي من اختارت برجاجة عقلها ونفاذ بصيرتها خير من وطأة قدماء الثرى وطلبت له للزواج وتزوجته، وهند بنت عتبة زوج أبي سفيان، التي قامت بتحريض رجال قريش وقيادة نسوتها في غزوة أحد، مطالبة برأس حمزة رضي الله عنه عم النبي صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾.

وامرأة أبي لهب التي حملت زوجها على معارضة ابن أخيه محمد صلى الله عليه وسلم. والخنساء بنت عمر بن السريد، سيد سليم، إذ رفضت خطبة فارس العرب شيخ جسم وهوازن، وسجاح بنت الحارث التميمية التي ادعت النبوة وقادت قومها من تغلب وبكر في محاربة الإسلام، وعاتكة بنت مرة زوجة عبد مناف التي اشتركت في حلف الأحابيش بين قريش والحبشة في مكة⁽⁵⁾. وغيرهن من نساء العرب كثيرات،

(1) محمد مصطفى النجار، تاريخ العرب قبل الإسلام، مطبعة الأزهر، 1952، ص 60.

(2) كمال أحمد عون، المرأة في الإسلام، ط 2، مطبعة الشعراوي طنطا، 1955، ص 41.

(3) عصمت الدين كركرحرم الهيلة، المرأة من خلال الآيات القرآنية، د ن، ص 31.

(4) حبيب الزيات، المرأة في الجاهلية، مطبعة المعارف، 1999، ص 48.

(5) نايبة أبوت، المرأة والدولة في فجر الإسلام، ترجمة وتعليق محمد عبد الغني حسن، 1943، ص 10.

غير أن هناك من يرد بالقول أن هذه حالات تعد استثناء ولا تتعدى بعض النساء. نعم غير أنها تكسر قاعدة التعميم السارية المفعول، وليس القصد من وراء كل هذا القول أن المرأة العربية بصفة عامة كانت تتمتع بمكانة أفضل من مثيلاتها في عالم ذلك الزمن، غير أنها كانت على الأقل تستفيد من استماتة الرجل في حمايتها صونا لعرضه بدافع الحمية والنخوة والشهامة، غير أن هذه الحماية لم تكن حماية للمرأة كإنسان، وإنما كانت حماية الرجل لنفسه من خلال حمايته لها، وبسبب تطرف الرجل العربي في حماية عرضه وتنامي فكرة العار لديه، وصل به الأمر إلى اعتبار أن ميلاد الأنثى في الأسرة إنما هو مشروع فضيحة، يحسن التخلص من سببها مبكرا قبل حدوثها، وهكذا نشأت عند العرب أسوأ عادة، وإن كانت قد عرفت البشرية عبر تاريخها لأسباب أخرى من قبل، وهي عادة وأد البنات، والشواهد عن شيوع ممارسة العرب لهذه العادة البغيضة عبر تاريخهم كثيرة، وليس أدل على ذلك ولا أبلغ من قوله تعالى: "وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ ۚ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ ۗ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ" (1) وقوله تعالى: "وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ" (2)، ومن سياق الآية الكريمة يتبين أن لحظات الوضع لم تكن عسيرة على المرأة العربية الحامل لوحدها، بل كان الزوج أيضا يمر بأصعب لحظات الانتظار، فإما أن يكون المولود الجديد بشرى فرحة وبهجة إذا كان ذكرا، وإما بشرى يسوء جوارها وجه الوالد وتجعله يتوارى من القوم حتى لا يرونها، فمن ذلك كان منطلق نظرة عرب ما قبل الإسلام للأنثى عموما، ومن هذا المنطلق كانت معاملتهم للمرأة في مختلف المجالات. ويمكن القول أن ظاهرة فرحة الوالد بمولد الذكر الموروثة من العصر الجاهلي لم تختف نهائيا من المجتمعات العربية بما فيها المجتمع الجزائري.

لقد كانت المرأة في معظم القبائل العربية معزولة وكان الرجل هو صاحب المركز الممتاز سواء في الأسرة أو في المجتمع، لأن المعيشة البدوية كانت تُرغب الآباء في الذرية الذكور لأن الرجل جندي القبيلة، التي تجد في فتياتها من الحماية ما لا تجده في معاصم فتياتها(3)، وذلك ما يعتبر من أهم الأسباب التي أدت إلى حرمان المرأة من الميراث عندهم كونها لا تمارس القتال وركوب الخيل والفروسية كالرجل، والإرث يكون لمن يستطيع ذلك، فالمرأة والصبي عند عرب الجاهلية لا يرثان(4)، وذلك ما كان عند الكثير من الشعوب قديما، فالمفهوم الذي دفع بهذه الشعوب إلى حرمان المرأة من إرث أهلها فضلا عن كونها لا تقاتل أيضا، هو المحافظة على ملكية الأسرة، بحيث يظل الإرث في حوزة الأبناء الذكور، لأن توريث المرأة يعتبر نقلا للإمكانات المادية إلى عائلة أخرى(5)، وما زالت هذه النظرة قائمة لحد

(1) سورة النحل، الآية 58 و59.

(2) سورة التكاوير، الآية 8 و9.

(3) محمد سلام زناتي، اختلاط الجنسين عند العرب، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1959، ص10.

(4) عمر يوسف حمزة، قضايا المرأة في الإسلام، الدار المصرية اللبنانية، ط1، 1995، ص24.

(5) إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1995، ص63.

الساعة في الكثير من الأوساط في مجتمعنا، رغم أنانيتها وسطحيتها، لأنه في الواقع كما تنقل المرأة نصيبها في الإرث عند زواجها إلى أسرة زوجها، ستنتقل زوجات الذكور عند زواجهن بهن أنصبتن من ممتلكات أسرهن إلى ممتلكات أسر أزواجهن، وبذلك يكون التكافؤ حاصلًا كقاعدة عامة، بغض النظر عن عدد الذكور والإناث في كل أسرة، لأن الأمر أوسع وأشمل وأبعد من هذه النظرة الأنانية بكثير.

إن المرأة عند عرب الجاهلية كانت تابعة وخاضعة في جميع أطوار حياتها الاجتماعية للرجل، أكان أبوها أو زوجها أو ولدها، فإذا مات الزوج جاء وريثه الأكبر فوضع ثوبه عليها، فلا تستطيع أن تتزوج حتى يوافق على ذلك أو تفدي نفسها، وكانت تحبس على الولد حتى يكبر، فلقد كانوا ينظرون إليها نظرة المتاع⁽¹⁾، فهي عند الرجل بمنزلة المتعة يستأثر بها للحياة والخدمة واللذة، فلم تكن لها أية منزلة اجتماعية، ومن الطبيعي ألا تكون لها أي منزلة سياسية، باعتبار أن الحقوق الاجتماعية هي أساس الحقوق السياسية⁽²⁾، وبقيت في الجاهلية على هذا الحال بما في ذلك حرمانها من حقها في الإرث، إلى أن أوقف الإسلام هذا الحيف الذي عانت منه عبر أحقاب طويلة، بمناسبة قضية امرأة سعد بن الربيع⁽³⁾ حيث نزلت الآية الكريمة: "لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا" (4).

وتبقى الحالة الوحيدة في المجال السياسي التي وصلنا خبرها عن طريق القرآن الكريم في قوله تعالى على لسان هدهد سليمان: "إِنِّي وَجَدْتُ أَمْرًا تَمَلِكُهُمْ وَأُوتِيَتْ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ وَلَهَا عَرْشٌ عَظِيمٌ" (5) وكانت هذه الملكة التي أخبر عنها القرآن، مبينا حكمتها ورجاحة عقلها وحكمتها في تسيير شؤون مملكتها، والحفاظ على مصلحة شعبها، هي بلقيس العربية التي كانت تتربع على عرش مملكة سبأ في اليمن جنوب الحجاز. وفيما عدا هذه الحالة لم تكن للمرأة عند عرب ما قبل الإسلام أية مكانة اجتماعية أو سياسية.

ويستشف ذلك مما ورد على لسان الخليفة عمر بن الخطاب في قوله: "والله كنا في الجاهلية لا نعد النساء شيئا حتى أنزل الله فيهن ما نزل" (6)، ولقد كان الابن الأكبر في الجاهلية يرث نساء أبيه،

(1) حسين مساحي، حقوق المرأة وواجباتها في الإسلام، المطبعة السلفية، 1934، ص 11.

(2) كمال أحمد عون، المرأة في الإسلام، مطبعة الشعراوي، طنطا، ط 2، 1955، ص 41.

(3) عن جابر بن عبد الله أن امرأة سعد بن الربيع قالت: يا رسول الله إن سعد هلك وترك بنتين وأما وأخ فقبض أخوه ما ترك سعد، وإنما تُذكر النساء على أموالهن، فلم يجبهما في مجلسها ذاك. ثم جاءت فقالت: "إبنتا سعد؟" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ادع لي أخاه" فجاء فقال: "إدفع لابنتيه الثلثين وإلى امرأته الثمن ولك ما بقي".

- أنظر في ذلك: جلال الدين المحلي وجمال الدين السيوطي، تفسير الجلالين بهامش المصحف الشريف، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ، ص 213.

(4) سورة النساء، الآية 7.

(5) سورة النمل، الآية 23.

- تفسير بن كثير، المجلد 6، دار طيبة للنشر الرياض، السعودية، ط 2، 1999، ص 379.

(6) أبو النصر مبشر الطيرازي، مرجع سبق ذكره، ص 41.

ويمكنه الاستمتاع بهن، ماعدا أمه حتى أنار الله الدنيا بنور الإسلام ونزلت الآية الكريمة: "وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فُحْشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا" (1)، ومضمون الآية يثبت لنا ماكان سائدا عند عرب الجاهلية من عادات، وممارسات سيئة تجاه المرأة من جهة، ويجعل حدا نهائيا لها في نفس الوقت. ولم يكن عرب ما قبل الإسلام يعرفون حدا لعدد الزوجات، إلا حد الرغبة والاستطاعة، ففيما روي عن وهب الأسدي أنه قال: "أسلمت وعندي ثمان نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال النبي ﷺ: "إخترمنهم أربعا"(2). كما كانوا يجمعون بين الأخوات وغيرهن ممن حرمت الشريعة الإسلامية الجمع بينهن فقد روي عن الضحاك بن فيروز قال: "قلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان فقال ﷺ: "طلق أيهما شئت"(3) ومن أغرب التناقضات التي عند عرب الجاهلية هو غيرتهم المفرطة عن أعراضهم ونظرتهم لمعاشرة المرأة المتناقضة تماما، وقد لاحظت أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها ذلك في حديث عروة بن الزبير "حدث عروة بن الزبير رضي الله عنه أن عائشة زوج النبي ﷺ - رضي الله عنه - أخبرته أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: "فنكاح منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها. ونكاح آخر: كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه (أي أحلمي منه) ويعتزل زوجته ولا يمسه أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا نكاح الاستبضاع، ونكاح آخر يجتمع الرهط فيدخلون على امرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومروا عليها ليال بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها. تقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تسمي من أحببت باسمه، فيلحق به ولدها، ولا يستطيع أن يمتنع منه الرجل، ونكاح رابع: يجتمع الكثير فيدخلون على المرأة ولا تمنع من جاءها، وهن البغايا كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم الكافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فيلحق به ولا يمتنع عن ذلك فلما بُعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم"(4).

(1) سورة النساء، الآية 22.

(2) سنن ابن ماجه، ج1، ص628، حديث رقم 1952.

- سنن البيهقي ج7، ص242، حديث رقم 13846.

(3) سنن أبي داود، ج2، مرجع سبق ذكره، ص272، الحديث رقم 2243.

(4) علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري يشرح صحيح البخاري، ج12، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، 1986، ص

34، الحديث رقم 4834.

مما تقدم يمكن اعتبار أن مكانة المرأة عند العرب قد اقتصرت في الغالب على العمل داخل البيت، وممارسة النشاطات التقليدية المتمثلة في رعاية الأولاد وخدمة الرجل. ورغم ذلك كله نجد أن العرب قد احترموا المرأة أكثر من أية أمة ظهرت في تلك العصور⁽¹⁾.

المطلب الرابع: المرأة في الإسلام:

بسم الله الرحمن الرحيم: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا " (2) في خضم الظلام الدامس الذي كان يلف العالم المتمدن وغير المتمدن ويلف قضية المرأة، التي كان البعض إلى وقت قريب يتساءل إن كانت إنسانا أم لا، والبعض الآخر ينزلها منزلة الحيوان تباع وتشترى في صدر القرن السابع الميلادي، انطلقت من شبه جزيرة العرب الدعوة المحمدية تؤسس لمبدأ المساواة بين البشر جميعهم من أي جنس ومن أي عرق كانوا، وتبين مدى تكريم الله لهم جميعا دون تمييز، لقد وضع الوحي الرباني الموازين القسط في القرآن الكريم والسنة النبوية، لكرامة الإنسان عموما لكونه إنسانا فقط، بلا تمييز بين ذكر وأنثى، فانتشل المرأة من وأدت الاستعباد، وردّ لها كرامتها وحقوقها المسلوبة منها كرها من طرف بني جنسها، ورفع عنها ما ألحقه بها من حيف وضميم.

ولقد ارتسمت صورة المرأة عند مختلف الأمم قبل الإسلام من خلال هذا الفصل، واضحة وكيف كانت متهمّة بأنها رجس من وسائل الشيطان⁽³⁾، وقد بلغت عناية القرآن بالمرأة، ذكره لمريم ابنة عمران، وأن الملائكة كانت تكلمها وأن الله تعالى قد وهبها من الخصائص لتُنجب نبيا تكون له قيادة الناس وهدايتهم⁽⁴⁾، فلقد أعلن الإسلام بأعلى الأصوات وبأوضح العبارات، بطريقة لم يعهد البشر مثلها، أن للمرأة إنسانيتها وكرامتها الكاملة الغير منقوصة، مثلها في ذلك مثل أخيها الرجل، وبأن لها أهليتها الحقوقية التامة، ثم صان هذه الإنسانية والكرامة أيما صيانة، وحماها أيما حماية من عبث العابثين ومن شهوات المشتتهين ومن استمتاع المستمتع جنسيا وحيوانيا، ووفر كل الوسائل اللازمة لجعلها عنصرا فعالا في نهوض مجتمعها وتماسكه وتكثيره وسلامته، وفي ذلك وردت الآية الكريمة مؤسسة وملخصة لهذه المبادئ الأساسية السامية في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّن نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا " (5).

(1) غوستاف لو بون، حضارة العرب، ترجمة عادل زعيتر، الهيئة المصرية العامة، 1969، ص 494.

(2) سورة الإسراء، الآية 70.

(3) عمر يوسف حمزة، من قضايا المرأة في الإسلام، ط1، الدار المصرية اللبنانية، 1995، ص19.

(4) إبراهيم علي مصطفى النشار، الإسلام والمرأة، ط1، هيئة علماء الأزهر، 1981، ص30.

(5) سورة النساء، الآية رقم 01.

وفي قوله ﷺ: "إنما النساء شقائق الرجال"(1).

وفي آيات أخرى دفع القرآن الكريم عن المرأة لعنة الخطيئة الأولى، التي كانت تلاحقها منذ القدم ومن قبل اليهودية والمسيحية وحدد المسؤولية، حيث وردت قصة آدم وحواء عليهما السلام مع إبليس في سبع سور من القرآن الكريم بحسب ترتيب المصحف الشريف وهي: سورة "البقرة"، الأعراف، الحجر، الإسراء، الكهف، طه وص"، في سورة البقرة من الآية 35 إلى الآية 37 يقول المولى عز وجل: "وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدوا ولكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين، فتلقى آدم من ربه كلمات فتاب عليه إنه هو التواب الرحيم".

في هذه الآيات يوجه المولى عز وجل النداء والأمر والتحذير لآدم وحواء معا على حد سواء في صيغة المثني دون تمييز، ويخبر بأن الشيطان أزلهما معا، بينما كانت التوبة لآدم وحده مما يعني القدر الزائد من المسؤولية التي تقع على عاتقه في هذا المقام، عكس إدعاءات المبطلين.

وفي سورة الأعراف من الآية 19 إلى 23 قوله تعالى: "يا آدم أسكن أنت وزوجك الجنة فكلا من حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين، فوسوس لهما الشيطان، ليبيدي لهما ما ووري عنهما من سوءاتهما وقال مانهاكما ربكما عن هذه الشجرة إلا أن تكونا ملكين وتكونا من الخالدين، وقاسمهما أني لكما من الناصحين فدلها فبعزور، فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سوءاتهما وطفقا يخصفان عليهما من ورق الجنة وناداهما ربهما ألم أنهكما عن تلكما الشجرة، وأقل لكما أن الشيطان لكما عدو مبين، قالوا ربنا ظلمنا أنفسنا وإن تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين"، لقد وردت آيات سورة الأعراف أكثر شرحا وتفصيلا وأجلى بيانا في مسألة تساوي آدم وحواء في درجة المسؤولية عن ارتكاب المعصية، ويبدو ذلك جليا من خلال الخطاب الموجه لهما في صيغة المثني من قبل المولى عز وجل، سواء عند الترخيص لهما بالأكل من الجنة من حيث يشاءان، أو عند نهيهما وتحذيرهما من الاقتراب من الشجرة التي عينها لهما (هذه الشجرة)، وكذلك عندما خاطبهما الشيطان، وسوس لهما معا، في صيغة المثني.. ما نهاكما ربكما إلا أن تكونا ملكين أو تكونا من الخالدين، وأقسم لهما معا ليقنعهما أنه لهما من الناصحين حتى دلاهما ليزوقا من الشجرة معا، ولم يوجه خطابه لحواء، لقد كذب المبطلون حتى على الشيطان، وبعد ارتكابهما المعصية كان خطاب المولى عز وجل موجه لهما في صيغة المثني، دون تمييز "ألم أنهكما وأقل لكما أن الشيطان لكما عدو مبين"، وعند إدراكهما لخطئهما واستغفارهما، تخبر الآية أنهما فعلاه معا في صيغة المثني "قالا ربنا ظلمنا أنفسنا..."، من كل ما تقدم يتبين بكل جلاء لا غش عليه، اتحاد

(1)- البيهقي، السنن الكبرى، ج1، مرجع سابق، ص173، حديث رقم 113.
- سنن الدارمي، ج1، ص591، حديث رقم 791. - سنن البيهقي، ج1، ص261، حديث رقم 796.

إرادتي آدم وحواء، وبالتالي تساويهما في مركز المسؤولية، وبذلك يكون الإسلام قد كشف الحقيقة الغيبية، وأزاح عن المرأة وإلى الأبد بدعة المسؤولية عن الخطيئة الأولى، التي لم ترتكبها وحدها، وإنما حملتها لها، زورا الديانة اليهودية وبعدها سليلتها المسيحية، وجعلتها متكاً لنبذ المرأة وإذلالها واستعبادها وإهانتها عبر أحقاب طويلة من الزمن.

ولقد كرم الإسلام المرأة وليدة وفتاة، وزوجة وأما وجعل الجنة تحت أقدامها⁽¹⁾.

ولقد وردت أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ في تكريمها بنتا ومنها قوله: "أيا رجل كانت عنده وليدة فعلمها فأحسن تعليمها وأدبها فأحسن تأديبها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران"⁽²⁾.

وعن أبي سعيد الخدري قوله ﷺ: "لا يكون لأحدكم ثلاث بنات أو ثلاث أخوات أو بنتان أو اختان فأحسن صحبتتهن و اتقى الله فيهن فله الجنة"⁽³⁾.

وقوله: "من عال جاريتين دخلت أنا وهو الجنة كهاتين وأشار بأصبعيه"⁽⁴⁾.

وفي تكريمهما زوجة نورد قوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها

وجعل بينكم مودة ورحمة"⁽⁵⁾، وقوله ﷺ لما سئل أي النساء خير: "التي تسره إذا نظر و تُطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها و مالها بما يكره"⁽⁶⁾، وضمن لها حقوقها حاملا ومرضعا في قوله تعالى "...وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَنْتُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ بِمَعْرُوفٍ ..."⁽⁷⁾ مستؤا راقِ ضمنه الإسلام للمرأة المسلمة منذ صدر القرن السابع الميلادي لم تبلغه الكثير من القوانين الحديثة حتى يوم الناس هذا.

-
- (1) عبد الله شحاتة، المرأة في الإسلام، بين الماضي والحاضر، الهيئة العامة للكتاب القاهرة، 1987، ص10.
 - (2) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر، ج5. دار ابن كثير اليمامة، بيروت ، ط3، 1987/1407 ص 1995 الحديث رقم 4795.
 - مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج2، دار احياء التراث العربي، ص 1045، الحديث رقم 1365.
 - محمد يزيد بن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 1، دار احياء الكتب العربية، ص629.
 - أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين في الحديث، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ، ج2 رقم 223.
 - البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 1424-2002، ص207، حديث رقم 13739.
 - (3) الإمام الحافظ ابي عيسى محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير سنن الترميذي، كتاب البر والصلة، باب ماجاء في النفقة على البنات والأخوات، ط1، 1991، دار العرب الاسلامي بيروت، ص478، حديث رقم1916
 - (4) سنن الترميذي، مرجع سابق، ص476، الحديث رقم 1914.
 - (5) سورة الروم، الآية 21.
 - (6) السنن الصغرى للنسائي، ج6، مكتبة المطبوعات الاسلامية، حلب، ط2، 1406-1986، ص 68، حديث رقم 3231.
 - محمد بن حبان البستي، صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، ج9، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414-1993، ص340، حديث رقم 4031
 - (7) سورة الطلاق، الآية 6 .

ولقد أعطى الإسلام للأم مكانة مميزة عن غيرها فأورد القرآن فيها آيات كثيرة منها قوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا" (1).

ومن السنة أنه "جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال أريد الجهاد في سبيل الله فقال له هل أمك حية؟ فقال نعم، قال ألزم رجلها فثم الجنة" (2). أما بالنسبة لإعلاء الإسلام لمكانة المرأة عموماً، فقد أورد القرآن ذكر نساء كثيرات، كان لهن دور بارز وأثر كبير على مسار تاريخ البشرية كلها، مثل أمنا حواء وأم موسى وأخته، وزوجة فرعون، وزوجة عزيز مصر، والعذراء مريم، وقد أجابت آيات القرآن الكريم عن أسئلة النساء وحل مشاكلهن، مثل ما ورد في سورة المجادلة التي حلت مشكلة الظهار (3)، كما وردت أحكام كثيرة خاصة بالنساء في سورتي النساء والطلاق وغيرهما (4)، وكذا فيما يتعلق بالمساواة بين الجنسين كقوله تعالى: "فَأَسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنثَى" (5) فالرجل والمرأة في الإسلام متكافئان في الجزاء إن تكافأا في العمل، ومن نكص على عقبيه منهما وتعدى حدود الله فقد ظلم نفسه (6)، إن أفضال الإسلام وآثاره على تحرير المرأة من ربقة الاستعباد وترقيتها إلى المكانة اللائقة، كثيرة لا تحصى، ونذكر على سبيل المثال بعض الحقوق التي لها في مجالات مختلفة.

1-المجال الإنساني:

رفع الإسلام الظلم عن المرأة المسلمة بكل ألوانه، فباتت الأساس في المجتمع الإسلامي، فهي الأم والأخت والزوجة والابنة، وهي الأساس في الأسرة الإنسانية كلها، وعليها يقوم بنیان المجتمعات، فاحتفظ لها الإسلام بإنسانيتها كاملة مع الرجل سواء بسواء، ليقضي على جميع النظريات الخاطئة التي كانت تزعم أن المرأة جنس منحط بذاته، كما سوى بينهما في الجزاء (7)، ولقد بين الإسلام للناس أن الرجل والمرأة، إنما هما بمثابة الجنين لنفس واحدة في قوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"، أي جعل لكم بينكم في الزواج الذي شرعه لكم توادا وتراحما بغير أن يكون بينكم معرفة سابقة... (8)، وقد ساوى بينهما في الحقوق المدنية فجعل لها الأهلية الكاملة (9).

(1) سورة الأحقاف، الآية 14.

(2) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424-2000، ص650، حديث رقم 2484.

(3) عبد الله محمد شحاتة، نفس المرجع السابق، ص10.

(4) عبد العزيز عبد الله بن باز، فتاوى المرأة، الرياض، ط1، 1414هـ، ص22.

(5) سورة آل عمران، الآية 195.

(6) محمد كامل الفقي، لا تظلموا المرأة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1985، ص29.

(7) نفس المرجع السابق، ص15.

(8) شهاب الدين محمود بن عبد الله الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415، ص32.

(9) أحمد حسين، الإسلام محرر المرأة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1968، ص15.

لقد قرر الإسلام للمرأة حقوقها المادية كحق التملك والإرث وسائر الحقوق المدنية والمعنوية، كما ساوى بينها وبين الرجل في التكاليف والعقيدة والفضائل واحترام رأيها، وحرية معتقدها، فليس لزوجها أن يفرض عليها عقيدته ولو كان رسولا من رسل الله، حيث يخبرنا القرآن بذلك في قوله تعالى: "أَمَرَاتُ نُوحٍ وَأَمَرَاتُ لُوطٍ كَانَتَا تَحْتَ عَبْدَيْنِ مِنْ عِبَادِنَا صَالِحِينَ فَخَانَتَاهُمَا فَلَمْ يُغْنِيَا عَنْهُمَا مِنَ اللَّهِ شَيْئًا" (1) فلم تعتنق امرأة نوح وامرأة لوط عليهما السلام، ديانة زوجيهما لعدم اقتناعهما بها، وكفل للمرأة الحق في الزواج بإذنها ورضاها دون إكراه (2)، فقال الرسول ﷺ: "لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها صماتها" (3)، أي تجنبنا لإحراجها فإذا رفضت فما عليها إلا التصريح برفضها، أما فيما يتعلق بمسألة تعليم المرأة، فلأن الإسلام يعتبر المرأة أساس الأسرة الإنسانية وعليها يقوم بنيان المجتمعات فكان لزاما أن يضمن لها امتلاك مفاتيح الرقي، فحث الإسلام على تعليم المرأة وتهذيبها وتنقيتها، لأن روح القرآن تدعو إلى ذلك (4)، ومما زاد المرأة المسلمة رفعة وشرفا أن تولى رسول الله ﷺ مهمة تعليمها بنفسه ولم يوكل هذا الدور الخطير لغيره، ليشرع لأمته من بعده وجوب تعليم المرأة ويبين لهم خطورة المهمة، فقد ورد في صحيح البخاري عن أبي سعيد الخدري: "قالت النساء للنبي ﷺ: غلبنا عليك الرجال فاجعل لنا يوما من نفسك، فوعدهن يوما لقيهن فيه فوعضهن وأمرهن...". (5) وحديث أبي بردة عن أبيه، قال رسول الله ﷺ: ثلاث لهم أجران: "...ورجل كانت عنده أمة فأدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن تعليمها..." (6) وبذلك فتحت أبواب العلم بمختلف صفوفها للبنات العربية المسلمة ونبع بفضل ذلك عدد كبير من النساء العربيات المسلمات فبرزن في علوم القرآن والحديث والفقه وشتى أنواع المعارف وكانت منهن معلمات فضليات تخرج على أيديهن كثير من أعلام الإسلام ومنهن السيدة نفسية بنت الحسن التي برعت أيضا في علم الطب (7).

(1) سورة التحريم، الآية 9.

(2) عباس محمود العقاد، مرجع سابق، ص 87.

(3) سنن الترمذي، الجامع الكبير، ج 2، دار العرب الاسلامي، بيروت، 1998، ص 406، حديث رقم 1108.

- سنن البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 3، 1424-2002، ص 197، حديث رقم 13699.

- سنن أبي داود، ج 2، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، ص 232، حديث رقم 2098.

- الدارقطني، سنن الدارقطني، ج 4، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ط 1، 1424-2004، ص 348، حديث رقم 3581.

(4) أنور الجندي، التحديات في وجه المرأة المسلمة، دار الاعتصام، ط 1، 1979، ص 46.

(5) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر، صحيح البخاري، ج 1، دار طوق النجاة، ط 1، 1422، ص 32، الحديث رقم 101.

(6) صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 31، الحديث رقم 97.

(7) كمال أحمد عون، المرأة في الإسلام، مطبعة الشعراوي طنطا، مصر، ط 2، 1955، ص 38.

2-من الناحية القانونية عموماً:

بالنظر إلى ما نالته المرأة في ظل الإسلام من حقوق قانونية، نجده قد متعها لما لم تحلم به المرأة في ظل أي شريعة من الشرائع التي سبقتها، فلقد منحها حق الميراث⁽¹⁾ بعد أن كانت لا تتال من الميراث مع الرجال شيئاً، بل كانت هي ذاتها تعد من ضمن المتاع الموروث، فاخصت النساء بنصيب مفروض من التركة⁽²⁾ وذلك في قوله تعالى: " لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا " (3)

ولقد تولى المولى عز وجل بيان أنصبه المواريث بنفسه ولم يترك ذلك لا لنبي مرسل ولا لملك مقرب مما جعل المواريث تسمى بعلم الفرائض، الذي لا يجوز التصرف فيه أو تحريفه مما يعد كفراً.

فإذا كانت المرأة قبل البلوغ، كأبي طفل تكون، في طاعة أوليائها التي جعلت ولا يتهم عليها ولاية تأديب وعناية لشؤونها وتنمية لأحوالها، فقد جعلها الإسلام، بعد البلوغ كاملة الأهلية للالتزامات المالية مثلها مثل الرجل، ولهذا فهي تجيز لنفسها عقود البيع، والرهن، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، وغيرها⁽⁴⁾. لقد جعل الإسلام الناس سواسية أمام أحكام الله تعالى لا فرق في ذلك بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية⁽⁵⁾، وذلك بعد أن كانت العلاقات الاجتماعية مبنية عن المفاضلة بين الناس بسبب النسب والمال والسمعة، فأبطل الإسلام ذلك كله، وأقر مبدأ المساواة بين الناس ومن بينها المساواة أمام النصوص الجزائية وجاء ذلك في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ " (6) وبذلك يكون الإسلام قد أقر معايير جديدة للمفاضلة بين الناس، غير المعايير التي كانت معتمدة من قبل، وقد أكدت السنة النبوية مبدأ المساواة عملياً في وجوب خضوع الناس جميعهم للنصوص الجزائية دون تمييز وذلك بطريقة جلية لا تدع أي مجال للتأويل، في قصة المخزومية التي سرقت عقب فتح مكة وقرر الرسول ﷺ، تطبيق عقوبة قطع اليد عليها، فطلب من أسامة بن زيد أن يشفع لها، فغضب الرسول ﷺ وخطب في الناس فقال: "أيها

(1) غنيم إسمث ، المرأة في الغرب الأروبي في القرون الوسطى، دار المعارف، مصر، 1983، ص101.

(2) عمر رضا كحالة، أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1959، ص21.

(3) سورة النساء، الآية 7.

(4) مريم عبد القادر السباعي، حقوق المرأة بين الجاهلية والإسلام، مجلة الزهراء، العدد 13 تصدرها كلية الدراسات الإسلامية، فرع البنات، جامعة الأزهر، دار المنار للطباعة، القاهرة بدون تاريخ، ص471.

(5) محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، ط1، 1983، ص68.

(6) سورة الحجرات، الآية 13.

الناس إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والله لو فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"(1).

وقد ثبت في الصحيح عن أبي هريرة: صقال رسول الله ﷺ حين أنزل الله "وأنذر عشيرتكم الأقربين" يا معشر قريش، اشترؤا أنفسكم من الله، فإني لا أغني عنكم من الله شيئاً، يا بني عبد المطلب لا أغني عنكم من الله شيئاً، يا عباس بن عبد المطلب لا أغني عنك من الله شيئاً، يا صفية -عمة رسول الله- لا أغني عنك من الله شيئاً، يا فاطمة بنت رسول الله، سأليني من مالي ما شئت لا أغني عنك من الله شيئاً"(2).

وهذا ما يصطلح عليه في عصرنا الحالي، بدولة القانون، التي يخضع فيها الحاكم و المحكوم معا لنفس القواعد القانونية، مما يحقق مبدأ المساواة. وبذا يمكننا القول أن الاسلام ساوى بين الرجل والمرأة في التمتع بجميع الحقوق، كحق التعليم والثقافة، فأعطى للمرأة الحق نفسه الذي أعطاه للرجل، وساوى بين الرجل و المرأة في حق العمل، فأباح للمرأة أن تتطلع الى الاعمال والوظائف المشروعة التي تحسن أداؤها(3). فالدستور الجامع للمعاملة والتمتع بالحقوق، هو أن الرجل والمرأة سواء في كل شيء، وأن النساء لهن ما للرجال وعليهن ما عليهم بالمعروف، وتبعا لذلك فالمرأة تتمتع بمنزلة ومكانة إجتماعية مماثلة لمنزلة ومكانة الرجل(4).

لقد كان تأخر المرأة المسلمة في عصرنا الحاضر وتخلفها إجتماعيا وإنسانيا، سببا في حملة نقد مريرة مغرضة وظالمة، وجهها الجهلة والمعترضون إلى الإسلام(5)، وعلى سبيل المثال لا الحصر، فقد

(1) صحيح البخاري ، ج8. مرجع سابق، ص160، حديث رقم 1282.

صحيح مسلم ، ج3 ، مرجع سابق، ص1315، حديث رقم 1315.

صحيح بن حبان، ج10، مرجع سابق، ص248، حديث رقم 4402.

سنن البيهقي ، ج8، مرجع سابق، ص442، حديث رقم 17155

سنن الترميذي، ج3، مرجع سابق، ص89، حديث رقم 1430

سنن النسائي ، ج8، مرجع سابق، ص72، حديث رقم 4895

(2) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الب+خاري، مرجع سابق، ج8 ، ص 502، حديث رقم 4770

- سنن النسائي الصغرى، ج6، كتاب الوصايا، باب إذا أوصى لعشيرته الأقربين ، حديث رقم 3644 المكتبة الإسلامية حلب 1986، ص249

- صحيح مسلم، ج1، مرجع سابق، ص 192، حديث رقم 206

صحيح البخاري، لمرجع السابق، ص6، حديث رقم 2753

(3) علي عبد الواحد وافي، المساواة في الإسلام، دار المعارف، مصر، ط1962، ص82.

(4) عليا حسن حسين، دور المرأة في تنمية المجتمعات الصحراوية، المجلة الاجتماعية، عدد خاص عن المرأة، 1986، القاهرة، ص162.

(5) أحمد شوقي الفنجري، الاختلاط في الدين وفي التاريخ وفي علم الاجتماع، 1987، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص100.

زعم المستشرق البريطاني "إدوارد ويليام" في ترجمته لمعاني "أجزاء مختارة من القرآن" أن الجانب المهلك للإسلام يتمثل في إنتقاصه من قيمة المرأة، وقد ردد هذا الرأي مرارا وفي أكثر من موضع⁽¹⁾. وعلى عكس ذلك تقول "لويزا شايدولينا" في كتابها "تطور الاسلام و المسألة النسوية"، أن المساواة في وضع المرأة المسلمة أمر ثابت في القرآن والشريعة، في حين أن الاسلام هو الذي اعترف بحقوق المرأة كاملة، وأقر بالمساواة بينهما إلا في الامور التي فطر الناس عليها....⁽²⁾.

وتقول صحفية أمريكية اسمها "هليسيان سنانسبري"، بعد زيارة قامت بها للقاهرة، إن المجتمع العربي المسلم مجتمع كامل وسليم، ومن الخلق بهذا المجتمع أن يتمسك بتقاليده التي تحكم حرية الفتاة وتمنع الإختلاط، إن الحرية التي أعطيناها لفتياتنا وأبنائنا جعلت منهم عصابات أحداث، وعصابات للمخدرات، والرقيق، وإن الإختلاط والإباحية، والحرية في المجتمع الأوروبي والأمريكي قد هددت الاسرة وزلزلت القيم والأخلاق⁽³⁾. فالحقيقة الساطعة أن الإسلام قد إستقر به مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة منذ صدر القرن السابع الميلادي، كما سلف، ولذلك قد يمكننا القول دون مبالغة بأن إنحطاط الأمة الإسلامية وإستقلالها من مهمة قيادة ركب الحضارة الإنسانية والسير بها قُدما على درب الرقي منذ قرون عدة، لأسباب يطول البحث فيها، إن ذلك لم ينعكس سلبا على المسلمين لوحدهم، رغم ما حققته الحضارة الغربية من تقدم، بل إن آثاره السلبية ممتدة الى البشرية جمعاء، لأنها خسرت من عمر التطور الحضاري، زمنا يساوي أضعاف زمن سُبات الأمة الإسلامية، وتخليها عن موقع القيادة، لكون تسارع وتيرة التطور يتضاعف كلما تحقق تطور حضاري أكثر وهكذا، ومن هذا المنطلق يكون إنحطاط الأمة الإسلامية قد نتج عنه تخلف البشرية جمعاء، بما مقداره عددا من القرون لا يعلمه إلا الله. ومسؤولية المسلمين على ذلك، كأمة رسالية، في درجة متقدمة دون أدنى شك. إن مبدأ المساواة الذي عرفه الوحي للمسلمين وطبقوه منذ قرون عديدة خلت، ورد مؤخرا بالإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والثقافية بأن الأمم المتحدة تجعل من حق المساواة أمام القانون الأساس الذي تَنبُت عليه سائر الحقوق الواردة في المواد 2-3-4⁽⁴⁾.

(1) وحيد الدين خان، المرأة بين شريعة الإسلام والحضارة الغربية، ط1، 1994، دار الصحوة للنشر، ص57.

(2) لويزة شايد ولينة، المرأة العربية والعصر، ترجمة شوكة يوسف، دار الجبل، ب.ت.ن، ص 3.

(3) عبد الناصر محمد مغنم، الجدران المتصدعة، مجلة المجتمع الكويتية بتاريخ 1415/01/26، ص8.

(4) عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دراسة مقارنة للشريعة الإسلامية والدساتير العربية والاتفاقيات الدولية وأجهزة الرقابة وأحكام المحاكم الوطنية، ط1، عمان، 1987، ص303.

- غازي عمر صاري، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية 1995، عمان، ص235.

- عبد الواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص214.

الباب الأول
حماية المرأة في التشريع الجزائري
فرع القانون العام

مقدمة الباب الأول

إن المرأة هي نصف المجتمع تعدادا وهي مربية النصف الثاني، فبصلاحها يصلح المجتمع كله وبفسادها يكون مآله الانهيار والاندثار.

لهذا كانت حمايتها حماية للمجتمع كله ولقد قام القانون الدولي على مبدأ المساواة بين جميع بني البشر قاطبة، وبين الرجال والنساء على وجه الخصوص، وبسبب النظرة الدونية التي عانت منها المرأة عبر أحقاب من الزمن، عزز حمايتها بإصدار العديد من الاتفاقيات والمعاهدات، كان أهمها، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة سنة 1979 التي تلزم الأطراف فيها بانتهاج سياسة من شأنها القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وإعمال جميع الوسائل المساعدة على تحقيق ذلك، كما على الدول الأطراف، تكريس ذلك في دساتيرها، ولقد كان مبدأ المساواة بين جميع المواطنين الجزائريين راسخا في جميع دساتير الدولة منذ دستور سنة 1963 وما فتئ يتعزز يوما بعد يوم، إلى أن خصص المؤسس الدستوري للمرأة الجزائرية، في تعديل 2008، حماية دستورية واضحة توحى بتبوينها المكانة اللائقة بها في المجتمع، كونها محور الأسرة التي هي اللبنة الأساسية في بناء المجتمع.

ولقد كان إدراج هذه الحماية في المنظومة التشريعية، له وزنه، خاصة في قانون العقوبات الذي يعتبر أهم أنواع الحماية وأخطرها، إذ يمكن القول بأن وظيفته الأساسية هي حماية المصالح والحقوق التي لم تحمها فروع القانون الأخرى.

وستتم من خلال هذا الباب معالجة مدى حماية المرأة في المعاهدات الدولية والدساتير الجزائرية في الفصل الأول، وحمايتها في قانون العقوبات في الفصل الثاني.

الفصل الأول

حماية المرأة في المعاهدات الدولية والدساتير الجزائرية

المبحث الأول: حماية المرأة في المعاهدات الدولية

المطلب الأول: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة المدنية

المطلب الثاني: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة السياسية

المطلب الثالث: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة الاقتصادية

والإجتماعية والثقافية

المبحث الثاني: حماية المرأة في الدساتير الجزائرية

المطلب الأول: حماية المرأة في دستوري 1963-1976

المطلب الثاني: حماية المرأة في دستوري 1989-1996

المطلب الثالث: حماية المرأة في دستوري 2015-2016

سيخصص هذا الفصل لمعالجة مدى حماية المرأة في المعاهدات الدولية، حماية تمكنها من ممارسة حقوقها كاملة من جميع جوانبها، المدنية منها والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذا لمدى تطور حماية المرأة الذي صاحب التعديلات الدستورية المتتالية منذ أول دستور غداة الاستقلال صادر سنة 1963 وإلى غاية تعديل سنة 2016.

وستتم دراسة هذا الموضوع من خلال مبحثين كالتالي:

- المبحث الأول: حماية المرأة في المعاهدات الدولية.

- المبحث الثاني: حماية المرأة في الدساتير الجزائرية.

المبحث الأول: حماية المرأة في المعاهدات الدولية

إن ما عانت منه المرأة من نظرة دونية وتمييزية ضدها في معظم المجتمعات وعبر أحقاب الأزمنة المتعاقبة، جعل من قضيتها قضية المجتمعات الإنسانية قاطبة في عصرنا الحالي، فالنظرة الدونية للمرأة وما ارتبط بها من تمييز في الممارسات مسألة عالمية، غير أن حدتها تتفاوت من مجتمع إنساني لآخر، ورغم التطورات التي حدثت لصالح المرأة في العالم، لم تتبوأ من خلالها مكانتها الاجتماعية المستحقة، فبقيت تعاني من سلب حقوقها وانعدام مساواتها بالرجل في جميع النواحي، سواء منها الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، مما أثر سلبيا عليها كإنسان وعلى مجتمعها، ومن ثم على الإنسانية قاطبة، بسبب تعطيل قوى أساسية في عملية التنمية الشاملة والمستدامة للمجتمعات البشرية كافة⁽¹⁾. وبسبب ذلك قام القانون الدولي العام على المساواة التامة بين البشر بصفة عامة وبين الرجل والمرأة بصفة خاصة، وهو ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 على أن: "لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده، إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون اختيارا حرا"⁽²⁾، وما نصه أيضا: "تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وعلى تعزيز احترام الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا، بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ودون تفريق بين الرجال والنساء"⁽³⁾.

وبذلك يكون لكل فرد في المجتمع ذكرا كان أم أنثى نفس الحقوق المدنية والاجتماعية والسياسية⁽⁴⁾، ويكون المجتمع الدولي قد عزز دور المرأة في الحياة السياسية بصفقتها عضوا في مجتمعها سواء أكانت نائبة أو مرشحة لشغل أي مركز، يسهم بصورة مباشرة أو غير مباشرة في صناعة القرار

(1) منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 86.

(2) المادة 1/21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(3) المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(4) منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 32 وما بعدها.

السياسي⁽¹⁾، وجاءت الاتفاقية الدولية لإزالة التمييز العنصري بكافة أشكاله وضمان الحق لكل إنسان بدون تمييز بسبب الجنس... من خلال ما تقدم يتبين اهتمام المجتمع الدولي بقضايا حقوق الإنسان عموماً وقضايا المرأة بصفة خاصة، ومن خلال هذا الاهتمام، تم إرساء مبدأ المساواة بين جميع المواطنين دون أي تمييز، والاتجاه نحو تحديد دقيق لمضامين الحقوق التي يجب أن تتمتع بها المرأة، وقد جاءت المواثيق الدولية العديدة كلها تصب في سياق حماية تلك الحقوق وضماناتها، والهدف المتوخى من وراء ذلك كله، هو تحرير المرأة مما يكبلها وإنصافها في جميع المجالات، وقد توسع، انطلاقاً من ذلك، مفهوم حقوق المرأة، سواء منها المدنية أو السياسية أو حقوقها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولم تعد حماية المرأة مقصورة على الشؤون الوطنية فقط، فالقراءة المتأنيئة لجميع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان في شموليتها وعالميتها، بدءاً بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية مروراً بالمواثيق الخاصة بالمرأة كلها تنص على المساواة في الحقوق بينها وبين الرجل، وكذا القضاء على جميع أشكال أي تمييز بينهما أساسه الجنس⁽²⁾. والقضاء على جميع مظاهر العنف المسلط عليها.

ورغم اعتماد الإعلان العالمي سنة 1948 والعهد الدولي الصادرين عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1966 والذين جسدا التزام كافة الدول الأعضاء بكفالة المساواة بين الرجال والنساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ورغم مرور ثلاثين سنة عن اعتماد الإعلان العالمي، شعرت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة باستمرار ممارسة مختلف أشكال التمييز ضد المرأة على نطاق واسع جداً، وفي العديد من دول العالم⁽³⁾، وأعربت عن قلقها وقررت اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 التي صادقت عليها 185 دولة حتى سنة 2008⁽⁴⁾.

(1) منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 43.

(2) إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لعام 1979- صادقت عليها الجزائر بتاريخ 1996/05/22 لتصبح سارية المفعول بالنسبة لها بداية من تاريخ 1996/07/21.

(3) The world's women 1970-1990 : Trends and statistics.. منشورات الأمم المتحدة رقم المبيع 3. "إحصاءات مزعجة عن أوجه التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين المرأة والرجل. فالنساء يشكلن أغلبية فقراء العالم وقد زاد عدد النساء اللواتي تعيشن الفقر في الأرياف بنسبة 50 بالمئة منذ 1975، وتشكل النساء أغلبية الأميين في العالم، وقد ارتفع عددهن من 543 مليوناً إلى 597 مليوناً بين عامي 1970 و1985. وتعمل النساء في آسيا وإفريقيا 13 ساعة أسبوعياً أكثر مما يعمل الرجال ولا يدفع أجر لمعظمهن، وعلى نطاق العالم تكسب النساء من 30 إلى 40 في المئة أقل من الرجال للقيام بعمل متساو، وتشغل النساء بين 10 و20 في المئة من الوظائف التنظيمية والإدارية على نطاق العالم، وأقل من 20 من المئة من الوظائف في الصناعة، وتشكل النساء أقل من 5 في المئة من عدد رؤساء العالم ومن شأن عمل النساء المنزلي والأسري غير المدفوع عنه أجر، إذا احتسب باعتباره عملاً إنتاجياً في الحسابات الوطنية أن يزيد تدابير الإنتاج العالمي بنسبة تتراوح بين 25 و30 في المئة.

(4) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدها الجمعية العامة و عرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 تاريخ بدا النفاذ. 3 سبتمبر 1981 -صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 1996/05/22 لتصبح سارية المفعول بالنسبة لها ابتداء من تاريخ 1996/07/21.

ولقد كانت الفجوة هائلة بين تلك الشعارات وبين الحقيقة على أرض الواقع غير أن البشرية بذلك قطعت خطوة أولى لا يستهان بها على الطريق نحو المساواة بين الرجال والنساء⁽¹⁾، وهي الخطوة التي أثبتت الأيام أنه لا رجعة فيها.

ولقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمدته الجمعية العامة في 10/12/1948 ليزيد من بلورة وتجسيد ما ورد في ميثاق الأمم المتحدة من إشارات عامة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، ويتأسس الإعلان على أن الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم ومن حقوق متساوية وغير قابلة للتصرف، يشكل أساسا للحرية والعدل والسلام في العالم، وعلى أن رسالة الإعلان العالمي كانت ولا تزال تتمثل في حقوق الإنسان، هي حقوق عالمية مكفولة للجميع رجالا ونساء.

ولأنه بات من الضروري أن تخصص للمرأة وسائل إضافية لضمان وحماية حقوقها كإنسان، فاعتمدت الجمعية العامة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 تعزيزا لما سبقها من صكوك الشريعة الدولية⁽²⁾. بهدف مكافحة استمرار التمييز ضد المرأة في مجالات عدة، فالاتفاقية ترسم أهدافا محددة وتدابير لتحقيق هذه الأهداف بغية تسهيل الوصول إلى مجتمع عالمي تتمتع فيه النساء بالمساواة بالرجال، وبكامل مالها من حقوق الإنسان المكفولة بنص المواثيق الدولية على أن تكون هذه المساواة فعلية، إضافة إلى المساواة القانونية. ولقد عرفت المادة الأولى من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التمييز على أنه: "...يعني أن تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أعراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينهما وبين الرجل".

من خلال قراءة نص المادة الأولى هذه، يتضح بجلاء أنها، على عكس الشريعة الدولية لحقوق الإنسان التي اقتصر تعريفها على التمييز القائم على أساس الجنس، جاء تعريف المادة جامعا مانعا مفصلا على وجه التحديد يشمل أي اختلاف في المعاملة يقوم على أساس الجنس من شأنه:

- أن يسبب أضرارا للنساء عن قصد أو بدونه.

(1) حقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، صحيفة وقائع رقم 22 الحملة العالمية لحقوق الإنسان، إعلان وبرنامج عمل فيينا، أولا، الفقرة 18 "المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، فيينا، 25 جويلية 1993". ويعني مفهوم المساواة أكثر بكثير من معاملة جميع الأشخاص بنفس الطريقة، وسيكون أثر معاملة الأشخاص معاملة متساوية في أوضاع غير متساوية إدامة للظلم بدلا من القضاء عليه، ولا يمكن أن تنشأ المساواة الحقيقية إلا عن جهود تستهدف معالجة اختلالات التوازن، هذه فيما يتعلق بالأوضاع".

(2) الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، مصطلح يستخدم للإشارة الجماعية لثلاثة صكوك هي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية - والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكولان الخاصان بهذين الأخيرين.

- أن يحول دون اعتراف المجتمع بحقوق النساء في المجالين العائلي والعام.

- أن يمنع النساء من ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تحق لهن.

وقد وسّعت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة نطاق الحضر العام بشأن التمييز بين الجنسين ليشمل العنف القائم على أساس الجنس، ففي سنة 1992 أوصت اللجنة بأن تعتمد الدول الأطراف؛ تدابير قانونية فعالة، بما فيها عقوبات وطرق مدنية ونصوص تعويضية لحماية المرأة من جميع أنواع العنف بما فيه الاعتداء والمضايقات الجنسية في أماكن العمل⁽¹⁾، التي تعتبر أكثر أنواع العنف ضد النساء انتشارا، في المجتمعات التي تمارس فيها النساء عملا مأجورا خارج بيوتهن، وهي المضايقات الجنسية الصادرة عن زملاء المرأة في العمل، بسبب النظرة إليهن كأشياء جنسية بدلا من معاملتهم كزميلات على قدم المساواة معهم.

وقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية، أنه يتعين على الدول الأطراف فيها، انتهاج سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة متخذة في ذلك كل الوسائل ودون إبطاء وعليها أن تتعهد بتحقيق ذلك بما يلي: "إدماج مبدأ المساواة⁽²⁾ بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وتنص المادة الثانية بشكل عام، على واجبات الدول بموجب الاتفاقية والسياسية التي يجب إتباعها للقضاء على التمييز ضد المرأة، وتقبل الدول عندما تصبح أطرافا في الاتفاقية، مسؤولية اتخاذ تدابير فعالة لإعمال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية وغيرها من التشريعات ذات الصلة.

كما يجب على الدول أن تزيل الأسس القانونية للتمييز، بأن تعدل ما يوجد لديها من قوانين كالقانون المدني وقانون العقوبات وقانون العمل. ولم تكتفِ الاتفاقية؛ بمجرد إيراد بنود مضادة للتمييز الوارد في التشريعات بل تطالب الدول الأطراف بأن تحمي المرأة بإعطائها فرصا للتظلم من التمييز.

(1) التوصية رقم 19 - الدورة الحادية عشرة- الفقرة 24 (ر) (ط).

عرفت الفقرة 6 العنف القائم على الجنس أنه "العنف الموجه ضد المرأة بسبب كونها امرأة، والعنف الذي يمس المرأة على نحو جائر ويشمل الأفعال التي تلحق ضررا وألما جسديا أو عقليا أو جنسيا بها، والتهديد بهذه الأفعال، والإكراه وسائر وجوه الحرمان من الحرية..." وأكدت اللجنة أن العنف الممارس ضد المرأة يشكل انتهاكا لما لها من حقوق الإنسان المعترف بها دوليا بصرف النظر عما إذا كان مرتكبه موظفا عاما أو شخصا عاديا.

(2) وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ط 1، 2009، ص 12 و 13.

المساواة في اللغة تعني: استوى الشينان أي تماثلا، ويقول الأصفهاني في شرح كلمة سوى -المساواة المعادلة المعترف بالذراع والوزن والكيل، يقال هذا ثوب مساو لذلك الثور وهذا درهم مساو لذلك الدرهم...وقد يعبر بالكيفية نحو هذا السواد مساو لهذا السواد وفي الإسلام كما توجد المساواة يوجد العدل وهو مفهوم يعلو على المساواة كلما حصل تعارض بينهما، وتعد المساواة جزءا أساسيا من العدل الذي هو في اللغة: "الحكم بالحق وهو نقيض الظلم والجور، والعدل أيضا هو الوسطية أو التوازن أي الموازنة بين الطرفين المتنازعين أو المختلفين دون ميل أو تحيز إلى أحدهما ضد الآخر، وهو بعبارة أخرى، موازنة بين الأطراف بحيث يعطى كل منهم حقه دون بخس ولا جور عليه" والكلمة مشتقة من العدل بكسر العين وهو تساوي الحملين في الوزن على ظهر الدابة بحيث لا يتغلب أحدهما عن الآخر فيميل ويسقط الحمل. أنظر:

-Hachi Youcef, le concept de justice dans la pensée juridique musulmane, étude d philosophie de droit, thèse de doctorat d'état soutenue en 1985 à l'université de Paris 2 Sorbonne, p25.

والحماية منه، كما ينبغي أن تتضمن التشريعات عقوبات رادعة عن ممارسة التمييز ضد المرأة، وبأن تنشئ نظاما إجرائيا لممارسة حق التقاضي أمام المحاكم والهيئات القضائية، كما ينبغي على الدول ضمان عدم التمييز حتى داخل الأسر ذاتها كونها خلية المجتمع الأساسية، وتنص المادة الثالثة من الاتفاقية بأنه علاوة على التدابير الواجب اتخاذها في المجالين التشريعي والقضائي، لا بد من اتخاذ تدابير أخرى مناسبة في الميادين السياسية والاجتماعية، والاقتصادية والثقافية، تضمن للمرأة التمتع بالمساواة مع الرجل.

وتذهب المادة الرابعة إلى أبعد من ذلك في دعوتها الدول الأطراف إلى اتخاذ تدابير استثنائية، خاصة ومؤقتة، من شأنها أن تعجل بتحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل، ولا تعتبر ذلك نوعا من التمييز تجاه الرجال مادام ذلك لا يستتبع الإبقاء على معايير غير متكافئة، ومادام يجب وقف العمل بهذه التدابير التفضيلية متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة.

وقد تتمثل هذه التدابير الاستثنائية الخاصة والمؤقتة، في المعاملة تفضيلية مثلا، وقد يلجأ النظام لحصص من أجل إدماج المرأة في التعليم والاقتصاد، والسياسة(1).

وفي المادة التاسعة، ضرورة تحقيق المساواة في قوانين الجنسية للمرأة ولأطفالها(2)، والمساواة في فرص التعليم والتوجيه الوظيفي والمهني وغيرها.

وفي المادة الحادية عشر، وجوب المساواة في فرص العمل والحقوق المتعلقة به، كحرية اختيار المهنة والتدريب والترقية، والأجر والضمان الاجتماعي، وحالات البطالة والعجز والشيخوخة، وغيرها من حالات عدم الأهلية للعمل، والإجازة السنوية المدفوعة الأجر، والحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما فيها الحق في حماية وظيفة الإنجاب واتخاذ التدابير اللازمة لحضر الفصل من العمل بسبب الحمل أو إجازة الأمومة...توفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل من الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها، وأن تتم مراجعة التشريعات الوقائية المتصلة بالمسائل المشمولة بهذه المادة دوريا على ضوء التطورات العلمية والتكنولوجية، ليتم تنقيحها حسب الحاجة.

إن القانون الدولي العام، بدءًا بالميثاق الدولي لحقوق الإنسان المشتمل على:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

- المعاهدة الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

(1) وقد عملت الجزائر بهذا المبدأ بموجب القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 2013/01/12 بتوسيع حضور مشاركة المرأة قس المجالس المنتخبة، الذي بات يفرض على كل قائمة ترشح للانتخابات أن تكون نسبة معينة من بين عدد مترشحيها نساء.

(2) وقد نص قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في مادته 6: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

- المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية، البروتوكول الاختياري الملحق بالمعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية⁽¹⁾ وغيرها من المواثيق الدولية بنيني على مبدأ المساواة بين جميع بني البشر دون أي تمييز على أي أساس كان، ويدعو جميع الدول إلى الالتزام بمبدأ المساواة هذا. ولقد نصت المادة(3) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على أنه "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية بضمان المساواة بين الرجال والنساء في حق الاستمتاع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المدونة في الاتفاقية" كما نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته(2) على أن: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون واللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر... دون أية تفرقة بين الرجال والنساء"، ومما تقدم يكون في مفهوم القانون الدولي العام، لجميع الأفراد ذكرانا كانوا أم إناثا حقوقا متساوية مدنية كانت أو سياسية أو اجتماعية أو ثقافية. ستتم دراسة هذا الموضوع من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة المدنية

المطلب الثاني: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة السياسية

المطلب الثالث: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

المطلب الأول: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة المدنية

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اللبنة الأولى في التشريعات الدولية والمواثيق العالمية فيما يتعلق بحماية المرأة عامة على الصعيدين الدولي والوطني سواء، المدنية منها أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية وتشمل الحقوق المدنية، الحق في الحياة وحق الحرية والسلامة البدنية وحق الشخص في التنقل وحتى اللجوء إلى القضاء والمساواة أمامه والحق في حرية اختيار المعتقد وحرية التعبير، وهي حقوق يتعرض لها هذا المطلب فيما يلي:

الفرع الأول: حماية حق المرأة في الحياة

لاشك أن أعلى ما يمتلكه الإنسان في الدنيا من حقوق هو حقه في الحياة، لأنه الحق الذي تبنى على أساسه باقي الحقوق جميعها، فعند موت الإنسان، لا قيمة لأي من الحقوق الأخرى بالنسبة له، لأنه وببساطة لن يعود في حاجة أي منها، ولقد أعطى القانون الدولي العام لحقوق الإنسان؛ كل فرد الحق في الحياة⁽²⁾.

(1) حمدي بدران، الآليات الدولية لحماية حقوق المرأة، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، سنة 2014، ص62.

(2) صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان، بحث مقارن في الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة، دار العالم للملايين، بيروت، 1979، ص101.

وأطلق عليه، الحق الطبيعي في الحياة وهو بالفعل كذلك لأنه يعتبر حق بديهي وطبيعي لكل إنسان ذكرا كان أو أنثى، وهو الأصل العام والأساس الذي يبنى عليه صرح القانون الدولي لحقوق الإنسان، فانه عز وجل هو مانح هذا الحق لكل مخلوقاته عامة من بينها المرأة، والمانح هو وحده صاحب الحق في سلب ما منح "حق الحياة" فالاعتداء على هذا من جانب أي كان يعتبر جريمة عقوبتها شديدة في الدنيا والآخرة⁽¹⁾ ويعتبر هذا الحق أول الحقوق، وقد اهتمت الأمم المتحدة منذ قيامها بهذا الحق الذي يأتي في مقدمة حقوق الإنسان⁽²⁾. ورد النص على هذا الحق في جميع المواثيق الدولية فورد في المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي عكس العديد من المفاهيم الفلسفية والسياسية ووجهات النظر التي ساهمت في إعداده⁽³⁾ نصت مادته الثالثة على آله "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه" لتشمل ثلاثة حقوق من الحقوق المدنية وهي حق الحياة أو الحق في الحرية والحق في سلامة الشخصية، وتنص المادة 1/6 من الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽⁴⁾ على أن: "كل كائن بشري يتمتع بحق الحياة المتأصل فيه، وهذا الحق يحميه القانون ولا يحرم أحد من هذا الحق بطريقة تعسفية" كما نصت على هذا الحق المادة الأولى من الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته، والمادة الرابعة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان⁽⁵⁾.

إن ثبوت حق الحياة للشخص تثبت جراه حقوق عدة منها الحق في السلامة البدنية والحق في الحرية وحق حرية التنقل وحق حرية الاعتقاد والرأي والحق في الزواج وبناء أسرة، وغيرها من الحقوق.

الفرع الثاني: حماية حق المرأة في الحرية والسلامة البدنية

ستتم في هذا الفرع معالجة: أولا حماية حق المرأة في الحرية، وثانيا: حماية حق المرأة في السلامة البدنية.

أولا: حماية حق المرأة في الحرية

علما أن القانون الدولي العام لا يفرق بين رجل وامرأة من بني البشر، والمرأة كأبي إنسان لا بد أن توفر لها حماية حقها في السلامة البدنية والحرية، فلا يجوز، كغيرها من الأشخاص، القبض عليها أو إيقافها خارج إطار القواعد القانونية، أو بشكل تعسفي من طرف السلطات المختصة، كما لا يجوز إيذاؤها بدنيا أو نفسيا، إلا بموجب حكم قضائي نهائي حائزا على حجية الشيء المقضي فيه وتلتزم

(1) منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص33.

(2) صبحي المحمصاني، نفس المرجع سابق، ص101.

(3) اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في 1948/12/10.

-حقوق الإنسان مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، A.94.XIV.VOL1,Part 1، ص1.

(4) حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة نيويورك 1993م، A.94.XIV-Vol.1.Part1، ص28.

(5) غازي حسن صبارني، الوجيز في حقوق الإنسان حرياته الأساسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص117.

السلطات المختصة حين القبض عليها، بإبلاغها بأسباب القبض والتهمة الموجهة إليها وإذا ثبتت براءتها بعد تعرضها لهذه الإجراءات يتم تعويضها عن الأضرار التي لحقتها بسبب الاعتداء على حريتها والمساس بها⁽¹⁾، كما يمنع سجن أي إنسان (وكذا المرأة) بسبب عدم القدرة على سداد أو الوفاء بالتزام تعاقدى أيا كانت طبيعة هذا التعاقد. (أي يمنع الإكراه البدني)⁽²⁾.

ثانيا: حماية حق المرأة في السلامة البدنية

إنما يثير قلق المجتمع الدولي ويضعه في نفس الوقت أمام مسؤولياته في الدفاع والمحافظة على سلامة الإنسان الشخصية البدنية والمعنوية، هي مشكلة التعرض للتعذيب والآلام البدنية والنفسية جراء المعاملة الوحشية، والتجارب الطبية والعلمية التي يتعرض لها الشخص، رجل أو امرأة، دون إرادته، ولقد تعرض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لذلك في مادته الخامسة إذ تنص على: "لا يعرض أي إنسان "امرأة أو رجل" للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة" كما نصت المادة السابعة من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية على أنه: "لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة، وعلى وجه الخصوص فإنه لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية" كما أكدت على ذلك كل من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والاتفاقية الدولية للقضاء على جريمة الميز العنصري والمعاقبة عليها، واتفاقية منع الإبادة الجماعية وغيرها من المواثيق.

ولقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها العادية الثلاثين لسنة 1975 القرار رقم 3452(د-30) في شكل إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب أو العقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة، وقد عرفت المادة الأولى من هذا الإعلان التعذيب بأنه: "أي فعل يحل من جرائم ألم مبرح أو معاناة شديدة جسدية أو معنوية، يقوم شخص بإنزاله عمدا، أو بتحريض من موظف عمومي، على شخص من الأشخاص، وذلك لبعض الأغراض كالحصول منه أو من طرف ثالث، على معلومات، أو اعترافات، أو لمعاقبته على فعل ارتكبه أو يشتبه في أنه قام بارتكابه، أو لإرهابه أو لإرهاب غيره من الناس" ويضيف الإعلان بأن التعذيب لا يشمل الآلام والمعاناة التي تنشأ عن الجزاءات القانونية أو تكون ملازمة لها أو تقع بشكل عارض نتيجة لها، وذلك إلى الحد الذي يتفق مع الحد الأدنى من القواعد بالنسبة لمعاملة المساجين. ويؤكد الإعلان المذكور أعلاه، أن أي عمل من أعمال التعذيب وأي صنف من صنوف المعاملة والعقاب التي تتسم بالقسوة وعدم الإنسانية

(1) المادة 1/9 و2 و5 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية لعام 1964.

- حقوق الإنسان: المرجع السابق، A.94.XIV.VOL1, Part 1، ص28.

(2) المادة 1/11 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية.

والمهانة، تعتبر جريمة في حق الكرامة الإنسانية، وتدان باعتبارها إنكاراً لأهداف الأمم المتحدة وانتهاكاً لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽¹⁾.

لا تتخذ أي دولة كذريعة للتعذيب وغيره من صنوف المعاملة القاسية والمهينة، الظروف الاستثنائية مثل حالة الحرب أو حالات الطوارئ، ويجب على أية دولة ألا تسمح بالتعذيب أو ما شابهه. يجب على الدولة وطبقاً لهذا الإعلان أن تتخذ الإجراءات اللازمة لمنع التعذيب.

تتعهد كل دولة، باعتبار أعمال التعذيب حسب التعريف السابق جرائم طبقاً للقانون الجزائي، ويسرى نفس الشيء بالنسبة للأفعال التي تشكل إسهاماً في أعمال التعذيب واشتراكاً فيه أو محاولة للقيام به.

يقر الإعلان بحق كل شخص تعرض للتعذيب، بالتقدم بشكوى إلى السلطات المختصة في الدول المعنية، وعلى هذه السلطات واجب فتح التحقيق في الحال وإذا أثبت مثل هذا التحقيق، أن عملاً من أعمال التعذيب قد ارتكب يجب أن يبدأ على الفور السير في الإجراءات الجزائية ضد من ارتكب أو مرتكبي هذه الأفعال طبقاً للقانون⁽²⁾. ويفرض هذا الإعلان في مادتيه (5 و6) على الدول المسؤولية الرئيسية في المراجعة الفعلية والعملية لما نص عليه من تجريم للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة والعقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

الفرع الثالث: حماية حق المرأة في حرية التنقل والإقامة

لقد نصت المادة (13) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "أنه لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة".

ونصت المادة (12) من الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لكل فرد مقيم بصفة قانونية ضمن إقليم دولة ما الحق في الانتقال بحرية، وفي أن يختار مكان إقامته ضمن ذلك الإقليم" وذلك بطبيعة الحال مع احترام القواعد القانونية والتنظيمية المتعلقة بالإقامة في كل دولة، مما يعني احترام القواعد الإدارية المتعلقة بدخول وخروج الأجانب بالطرق المشروعة، وماعدا ذلك يكون لجميع الأشخاص نساء كانوا أم رجالاً، الذين يحترمون القواعد المنظمة في دولة ما الحق في التنقل داخل حدود تلك الدولة كما يشأون، كما يكون لهم الحق في اختيار مكان الإقامة الذي يناسبهم ولهم في إطار القواعد القانونية المنظمة مغادرة أي دولة بما فيها بلدانهم والعودة إليها كم يحلو لهم.

ولا يجوز إبعاد المرأة والرجل من بلده بأي شكل من الأشكال ولا بأي سبب من الأسباب، امتثالاً للقاعدة العامة في القانون الدولي العام بحضر إبعاد المواطنين. أما حرية التنقل فتعد ضرورة للاستجابة لمتطلبات الحياة كالبحت عن الرزق، وطلب الاستزادة من العلم والزيادة في الدخل، فهي مظهر من مظاهر الحرية الشخصية، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف في النظر بين رؤية الدول التي

(1) غازي حسن صباريني، مرجع سابق، ص 131 و132.

(2) الإعلان الخاص بحماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب لسنة 1975 صدر بالقرار 3452 (د-30).

تدين شعوبها بالإسلام والدول الغير مسلمة فيما يتعلق بحرية تنقل المرأة عموماً، وحرية تنقل المرأة المتزوجة بصفة خاصة. ففي حين تقيد حرية تنقل المرأة، خاصة المتزوجة، في الدول الإسلامية، لصالح الأسرة التي تنتمي إليها هذه المرأة فمن غير المعقول، في هذه الدول، أن تكون المرأة في مكان وزوجها وأولادها في مكان آخر. كما أنه ليس من مصلحة المجتمع أن تكون الأسرة التي هي لبنته الأساسية مفككة ومنهارة بسبب عدم وجود الزوجة بجانب أولادها وزوجها في خلية واحدة وهي الأسرة ومكان واحد هو بيت الزوجية، فإن إعطاء الزوجة حق التنقل متى شاءت والإقامة بمفردها حيث شاءت دون مراعاة لأحكام عقد الزواج، ليس لا في صالح الأسرة ولا في المجتمع الوطني ولا الدولي بوجه عام.

بينما يرى القانون الدولي، والرأي الذي تنزعه الولايات المتحدة الأمريكية، إعطاء المرأة المتزوجة الحرية التامة في التنقل والسفر والإقامة حيث شاءت مثلها مثل الرجل (الزوج) تماماً، لأن القول بغير ذلك يتنافى مع مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومع المادة 3/6 من الإعلان العالمي للقضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967 الذي يسوي بين الرجل والمرأة في حق تنقل الأشخاص. وأن عقد الزواج بين الرجل والمرأة، يجب أن يكون أصلاً أساسه التفاهم والثقة المتبادلة بينهما⁽¹⁾ كما أن عدم وجود محل إقامة مستقل للزوجة ينتج عنه صعوبات كبيرة في الدول التي يجدد فيها الإقامة اختصاص المحاكم في القضايا الشرعية والزوجية⁽²⁾ وتمشيا مع هذا الاتجاه نصت المادة 4/15 من الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 على منح المرأة نفس حقوق الرجل في حرية حركة الأشخاص وحرية اختيار سكنهم ومحل إقامتهم⁽³⁾.

الفرع الرابع: حماية حق المرأة في اللجوء إلى القضاء والمساواة أمامه

تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل شخص الحق أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال تمثل اعتداء على حقوقه الأساسية التي يعترف له بها القانون" كما تنص المادة العاشرة من نفس الإعلان على أنه: "لكل إنسان الحق على أساس المساواة الكاملة في أن تنظر في قضيته، بإنصاف وبعلانية محكمة مستقلة تفصل في الحقوق التي له والواجبات التي عليه، أو في صحة كل اتهام جزائي يواجهه" وقد ورد هذا الحق ذاته في كل من نص المواد (2/3) والمادة (13) من الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة (25) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان حيث ورد بها ما مفاده أن "من حق كل إنسان اللجوء إلى المحاكم المختصة سواء منها القضائية أو الإدارية أو أية سلطة أخرى مختصة بموجب النظام القانوني للدولة، وذلك لتفصل في حقه في حالة انتهاك حريته،

(1) حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، حقوق الطفل في التشريع الدستوري و الدولي و المدني و الاجتماعي و الاحوال الشخصية، منشأة المعارف الاسكندرية، 1973، ص107.

(2) أسامة عرفات، حقوق المرأة في الموائيق الدولية، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، سنة 2003، ص225.

(3) وهذا ما تحفظت عليه الجزائر عند المصادقة على اتفاقية سيداو.

وعلى الدولة أن تكفل لكل شخص حماية فعالة في حالة وقوع أي اعتداء على الحقوق والحريات المقررة له، حتى ولو جاء الاعتداء من طرف موظفين عموميين أو من أية هيئة من هيئات الدولة والخواص، وتتعهد الدول الأطراف في الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية بأن تكفل قيام السلطات المختصة بوضع الحماية عند تقريرها موضع التنفيذ" وفي هذا المضمار ولضمان نفس الحقوق لجميع الأشخاص رجالا كانوا أو نساء مواطنين أم أجانب، فقد تولت معالجة حق التقاضي والمساواة أمام القضاء المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (1/6) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمادة (1/8) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، كما نصت في ذات السياق المادة (1/14) من الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية، مبادئ عامة أوجبت على عدالة الدول الموقعة عليها احترامها ومنها أن: "جميع الأشخاص مساوون أمام القضاء، ولكل فرد الحق، عند النظر في أية تهمة جنائية ضده أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية، في محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استنادا إلى القانون...

- لكل فرد متهم بتهمة جنائية الحق في أن يعتبر بريئا ما لم تثبت إدانة طبقا للقانون.

- لكل فرد عند النظر في أية تهمة جنائية ضده الحق في الضمانات التالية كحد أدنى مع المساواة

التامة:

أ- إبلاغه فوراً وبالتفصيل وفي لغة مفهومة لديه بطبيعة وسبب التهمة الموجهة إليه.

ب- الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لأعداد دفاعه والاتصال بمن يختاره من المحامين.

ج- أن تجرى محاكمته بحضوره وأن يدافع عن نفسه أو بواسطة مساعدة قانونية، بحقه في ذلك، وفي أن تعين له مساعدة قانونية في أية حالة تستلزمها مصلحة العدالة ودون أن يدفع مقابلا إذا لم تكن موارده كافية لهذا الغرض.

د- أن يستجوب بنفسه أو بواسطة شهود الخصم ضده وفي أن يضمن حضور شهوده واستجوابهم تحت نفس ظروف استجواب شهود الخصم.

هـ- أن يوفر له مترجم يقدم له مساعدة مجانية إذا لم يكن قادرا على فهم اللغة المستعملة في المحكمة أو التحدث بها.

و- لكل محكوم عليه بإحدى الجرائم الحق في إعادة النظر بالحكم والعقوبة بواسطة درجة أعلى بموجب القانون.

ز- لكل شخص أوقعت عليه عقوبة بسبب حكم نهائي صادر عليه في جريمة جنائية الحق في التعويض طبقا للقانون إذا ألغي الحكم...

كما تنص المادة (1/11) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه".

ولا شك من خلال ما تقدم أن حق التقاضي للمرأة مثلها مثل الرجل وأن ذلك أحد تطبيقات المساواة بين جميع بني البشر دون تمييز بينهم على أساس الجنس أو الدين أو اللغة أو القومية أو اللون أو لأي سبب من أسباب التمييز الأخرى.

الفرع الخامس: حماية حق المرأة في حرية العقيدة والتعبير

ضمن القانون الدولي العام بواسطة المواثيق العالمية للمرأة ولجميع الناس حرية اختيار عقيدتهم وحرية التعبير عن أفكارهم فتنص المادة (18) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته وعقيدته، وحرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء كان ذلك سرا أم مع الجماعة". ونصت المادة (19) من نفس الإعلان على أنه: "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية".

وقد نصت جميع المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على حرية المعتقد وحرية الفكر والضمير. ويحضر إخضاع أي شخص للإكراه الذي من شأنه أن يعطل حرية انتماء الشخص إلى أحد الأديان أو العقائد التي يختارها، وفي هذا المضمار لا يمكن أن تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته إلا للقيود المنصوص عليها في القانون، والتي تستوجبها السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو السكينة العامة أو الأخلاق أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية، واحترام حرية الآباء والأمهات والأوصياء القانونيين عند إمكانية تطبيق ذلك في تأمين التعليم الديني أو الأخلاقي وأطفالهم تماشياً مع معتقداتهم الخاصة⁽¹⁾.

وتعتبر حماية حرية الرأي والتعبير ذات اتصال عضوي ومباشر بحماية الحق في ممارسة النشاطات السياسية عموماً.

(1) المادة (18) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (19) منه.
- المادة (18) من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية.
- المادة (09) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة (10) منها.
- المادة (02) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والمادة (13) منها.
- الاتفاقية (1) لمنظمة العمل الدولية المتعلقة بالتمييز بالعمالة والمهن.

المطلب الثاني: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة السياسية

إذا كان التمتع بالحقوق المدنية يضمن للإنسان الممارسة الكاملة لحرياته الشخصية واستقلاله، فإن التمتع بممارسة الحقوق السياسية، يعتبر ضرورياً ليتمكن كل فرد من المشاركة الفعلية في تسيير الشؤون العامة لمجتمعه الذي يعتبر عنصراً مكوناً وفعالاً فيه بكل حرية، كما تعتبر ممارسة الحقوق السياسية، بمثابة العناصر المبررة للشرعية القانونية لأية سلطة في آن واحد، فالدولة في حد ذاتها تعتبر شكلاً من أشكال السلطة السياسية.

وإن كافة المواثيق الدولية بدأ بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽¹⁾ والاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق المرأة السياسية لعام 1952⁽²⁾، ومروراً بالاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967⁽³⁾ وانتهاء بكافة المعاهدات الدولية الحالية تساوي تماماً ما بين المرأة والرجل في التمتع بكل الحقوق السياسية المختلفة، سواء تلك الواردة بالقانون الدولي العام أو القوانين الوطنية لدول العالم المختلفة⁽⁴⁾، فواقع المرأة اليوم بات مختلفاً عما كان عليه من ذي قبل من حيث مباشرة حقوقها السياسية، فهي اليوم رئيسة دولة في النظم الرئاسية ورئيسة وزراء في النظم البرلمانية ووزيرة ونائبة في البرلمان، ووالي وقاضية، وتتمتع بكل الحرية للانضمام إلى الأحزاب السياسية وجمعيات المجتمع المدني ولها حق التصويت والترشح في مختلف الانتخابات والاستفتاءات، وستتم معالجة هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

- الفرع الأول: حماية حق المرأة في مباشرة النشاطات السياسية.

- الفرع الثاني: حماية حق المرأة في تقلد الوظائف العامة

- الفرع الثالث: حماية حق المرأة في الجنسية.

الفرع الأول: حماية حق المرأة في مباشرة النشاطات السياسية:

إن القانون الدولي العام يساوي بصفة مطلقة بين الرجال والنساء فيما يتعلق بمباشرة الحقوق السياسية حيث ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 أن شعوب الأمم المتحدة آلت على نفسها "أن تؤكد من جديد إيماناً بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء من حقوق متساوية".

(1) اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 (د-3) مؤرخ في 1948/12/10.

- حقوق الإنسان مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة نيويورك 1993م، A.94XIV.VOL.1, part1، ص1.
(2) الاتفاقية الدولية لحقوق المرأة السياسية لعام 1952م، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 640 (د-7) في 1952/12/20 ودخلت حيز النفاذ في 1954/7/7 وفقاً لأحكام المادة 6 من نفس الاتفاقية.

- مجموعة صكوك دولية للأمم المتحدة، حقوق الإنسان، المجلد الأول، الجزء الأول 338.

(3) إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2263 (د-22) المؤرخ في 1967/11/7.

(4) منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص57.

كما نصت المادة الأولى من نفس الميثاق على "... تعزيز احترام الحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء".

وصدرت الاتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة في سنة 1954⁽¹⁾ ونصت بأن "الأطراف المتعاقدة، اعترافا منها بأن لكل شخص حق المشاركة، في إدارة الشؤون العامة لبلده سواء بصورة مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون في حرية... ورغبة منها في جعل الرجال والنساء يتساوون في التمتع بالحقوق السياسية، وفي ممارستها طبقا لأحكام ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ونصت المادة (1) من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة على أنه: "للنساء حق التصويت في جميع الانتخابات بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز".

ونصت المادة الثانية من نفس الاتفاقية على أنه: "للنساء الأهلية في أن ينتخبن لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام، المنشأ بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز".

ونصت المادة (21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين مختارين اختيارا حرا وأن لكل شخص (2) نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد وأن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات حرة نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت".

وجاء بديباجة إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة⁽³⁾ أن الجمعية العامة، يقلقها استمرار وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة، رغم ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وغير ذلك من صكوك الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، رغم التقدم المحرز في ميدان المساواة في الحقوق. إن التمييز ضد المرأة يتنافى مع كرامة الإنسان وخير الأسرة والمجتمع، ويحول دون اشتراك المرأة على قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدها السياسية...".

وتنص المادة (4) من نفس الإعلان على: "تتخذ جميع التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل ودون أي تمييز الحقوق التالية.

أ- حقها في التصويت في جميع الانتخابات، وفي ترشيح نفسها لجميع الهيئات المنبثقة عن الانتخابات العامة.

(1) اعتمدت اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة، وعرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 640 (د-7) في 20 ديسمبر 1952 ودخلت حيز النفاذ في 7 جويلية 1954 وفقا لأحكام المادة 6 منها.

(2) من الثابت أن كلمات، شخص وفرد وإنسان ومواطن، كلها تطلق على الرجل والمرأة معا.

(3) إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق.

ب- حقها في التصويت في جميع الاستفتاءات العامة".

ونصت المادة (3) من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966⁽¹⁾ على أن: "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بضمان مساواة الرجال والنساء في جميع الحقوق المدنية والسياسية المدونة في الاتفاقية الحالية".

ونصت المادة (25) من نفس الاتفاقية على أنه: "لكل مواطن الحق والفرصة دون أي تمييز مما ورد في المادة (2) ودون قيود غير معقولة في:

1- أن يشارك في سير الحياة العامة إما مباشرة أو عن طريق ممثلين مختارين بحرية.

2- أن ينتخب وأن ينتخب في انتخابات أصلية وعامة وعلى أساس من المساواة على أن تتم الانتخابات بطريق الاقتراع السري وأن تضمن التعبير الحر عن الناخبين".

ولقد دعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAM)⁽²⁾ الأطراف المنضمة إليها إلى اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية، حيث نصت في مادتها 7 على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل الحق في:

أ- التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة والأهلية للانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام".

كما دعت الاتفاقية في مادتها (8) إلى أن: "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".

ونصت المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع على أي نحو. الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة". بمعنى أن الاتفاقية تطالب باستعمال عدم المساواة مؤقتا حتى الوصول إلى المساواة بين النساء والرجال ولقد عملت دول عديدة بهذا المبدأ ومنها

(1) الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

- الوثيقة الدولية لحقوق الإنسان - الأمم المتحدة- إدارة شؤون الإعلام، نيويورك 1984، ص 26-35.

(2) اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 1979/12/18 ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1981. صادقت عليه الجزائر بتاريخ 1996/05/22 لتصبح سارية المفعول بالنسبة لها ابتداء من تاريخ 1996/07/21 وتحفظت على عدة مواد.

الجزائر⁽¹⁾ وبذلك تكون المرأة قد حققت أهم خطوة على درب الحصول على حقها في المساواة بالرجل في مجال الممارسة السياسية كناخبة ومنتخبة على جميع المستويات المحلية منها والإقليمية والوطنية وحتى على مستوى المؤسسات الدولية، دون أي قيد ولا شرط ما عدا الشروط التي يحددها القانون سلفاً.

الفرع الثاني: حماية حق المرأة في تقلد الوظائف العامة

سبق بيان، أن القانون الدولي العام أعطى المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل ومنها حق تولي الوظائف العامة في الدولة، ولقد نصت على ذلك العديد من المواثيق الدولية إما صراحة أو ضمناً، ومن هذه المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م في مادته (21) التي أكدت على حق كل فرد في المشاركة في إدارة شؤون بلده العامة سواء كان ذلك بطريقة مباشرة (أي بنفسه)، وهذا يعني تولي الوظائف العامة على جميع المستويات من رئاسة الجمهورية إلى الوزارة وإلى أدنى الوظائف، وأن جميع الأشخاص متساوون في حق تقلد الوظائف العامة، في بلادهم⁽²⁾، ونصت المادة 25 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لكل مواطن الحق والفرصة دون أي تمييز مما ورد في المادة (2) ودون قيود غير معقولة:

- 1- أن يشارك في سير الحياة العامة إما مباشرة أو عن طريق ممثلين مختارين بحرية.
 - 2- أن يُنتخب وأن يُنتخب في انتخابات دورية أصلة وعامة وعلى أساس من المساواة على أن تتم الانتخابات بطريق الاقتراع السري وأن تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين"⁽³⁾.
- إن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)⁽⁴⁾ لسنة 1979 تعد الميلاد الحقيقي لآليات عملية القضاء على أشكال ومظاهر التمييز ضد المرأة، كما تعد تطوراً قانونياً في مجال المساواة الفعلية بين الرجال والنساء لاسيما في مجال مباشرة الحقوق السياسية وبالأخص حق المرأة في تولي إدارة شؤون بلادها ورسم سياساتها العامة وتنفيذها. ولقد حظيت هذه الاتفاقية بقبول واسع من طرف الدول، فبلغ عدد الدول الموقعة عليها 186 دولة حتى سنة 2009 كانت أولها دولة السويد وآخرها دولة قطر علماً أن الولايات المتحدة تعتبر الدولة المتقدمة الوحيدة التي لم توقع عليها إضافة إلى كل من إيران الصومال السودان ومملكة تونغنا⁽⁵⁾ والفاتكان، ولقد تناولت هذه الاتفاقية حقوق المرأة المختلفة إما على الصعيد الدولي أو الإقليمي أو الوطني، حيث تم إدراج العديد من الحقوق التي نصت عليها المعاهدة

(1) القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 2013/01/12 الذي بات يفرض على كل قائمة ترشح للانتخابات أن تشمل على نسبة معينة من النساء من بين مترشحيها.

(2) البير بابيه، تاريخ إعلان حقوق الإنسان، ترجمة دكتور محمد مندور، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م، ص131.

(3) المادة 25 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

- الوثيقة الدولية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، إدارة شؤون الإعلام، نيويورك، 1984م، ص26-35.

(4) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بالقرار رقم 80/24 في 18 ديسمبر 1979، صادقت عليها الجزائر بتاريخ 1996/05/22 لتصبح سارية المفعول بالنسبة لها ابتداء من 1996/7/21.

(5) مملكة تونغنا هي أرخبيل في جنوب المحيط الهادي يتكون من 176 جزيرة.

في العديد من دساتير دول العالم الموقعة عليها، وفي تشريعاتها⁽¹⁾ وتنص المادة 3/7 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه: "...تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل الحق في: ب- المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفي تنفيذ هذه السياسة، وفي شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية. ج- المشاركة في أية منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلد" وتنص المادة 8 من نفس الاتفاقية 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 المنظمات الدولية".

وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد ضمنت للمرأة حقها في تولي الوظائف العامة على جميع المستويات في دولتها على قدم المساواة مع الرجل، بما فيها تولي رئاسة الدولة وحتى على المستوى الدولي بالاشتراك الإيجابي في تنفيذ أعمال المنظمات الدولية باسم دولتها. ولا شك أن هذا النص بهذه الصورة يعطي للمرأة حق تولي الوظائف العامة ضمن السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، لأن هذه السلطات تندرج تحت إطار الحياة السياسية العامة للدولة، كما يندرج تحت هذا الإطار حق المرأة في ممارسة أعمال الإدارة العامة على جميع الأصعدة محليا أو جهويا أو وطنيا، أو على الصعيد الدولي. وبذلك تكون المجهودات المبذولة قد أثمرت من خلال المواثيق الدولية حصول المرأة على المساواة التامة بينما وبين الرجل في المشاركة المباشرة وغير المباشرة في الحياة السياسية لبلدها ورسم سياسته العامة وتنفيذها، وترسيخ مبدأ المساواة التامة بين الرجال والنساء في تولي الوظائف العامة بما فيها منصب رئاسة الدولة في النظم الرئاسية ورئاسة الوزراء في النظم البرلمانية، وهذا ما أكدته ممثل الولايات المتحدة الأمريكية أمام اللجنة الثالثة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة عندما قال: "إن مصطلح الوظيفة العامة يشمل الخدمة الدبلوماسية والمدنية والخارجية والوظائف التي تعد في المقام الأول -أي وظيفة رئيس الدولة أو الحكومة فلا يعقل أن تكون هناك وظيفة أعلى من هذه الأخيرة⁽²⁾."

ولقد بلغ عدد النساء اللاتي تقلدن مناصب رئاسة الدولة خلال القرن العشرين (1901 إلى غاية 2000) 16 سيدة وعدد اللاتي تقلدن منصب رئاسة الوزراء في بلادهن 22 سيدة، وهذا العدد يعادل 9,7% من مجموع عدد الدول التي صدقت على هذه الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، ويعادل كذلك 8% فقط من مجموع عدد الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة هذا

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة رقم 55 البند رقم 109 من جدول الأعمال تحت عنوان "النهوض بالمرأة" تقرير الأمين العام للأمم المتحدة A/55/308 ماي سنة 2000 الملحق.

(2) عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1411هـ 1991م، ص20.

بالنسبة لمنصب رئيس الدولة، أما بالنسبة لمنصب رئيس الحكومة فإن نسبته تعادل 13,3% من مجموع الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية و11% من مجموع الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة⁽¹⁾. يعتبر أنصار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنها لم تحقق نتائجها المرجوة لصالح المرأة بالكامل. مع الإشارة إلى قضية التحفظات، وذلك أنها تأتي في المرتبة الثانية من حيث الدول المصادقة، أو الموقعة أو الموافقة عليها، اتفاقية حقوق الطفل، من بين اتفاقيات الأمم المتحدة الخاصة بحقوق الإنسان المصادق عليها، غير أن هذه الاتفاقية تضم أكبر عدد من تحفظات الدول، ويمس بعض هذه التحفظات حسب رأي المدافعين عن الاتفاقية جوهر مبادئ المساواة بين الجنسين وعدم التمييز التي تشكل أساس اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. ولقد تحفظت الجزائر على المادة الثانية التي من شأنها الموافقة عليها إلغاء جميع أحكام الشريعة الإسلامية المخالفة لها.

و تحفظت على المادة التاسعة، غير أنها عادت فيما بعد وطبقت ماورد بها في قانون الجنسية. وتحفظت على المادة 15، التي تعتبر فقرتها الثانية ماسة بما تبقى من ركن الولي بالنسبة للقاصرة في عقد الزواج، وكذا بعصمة الزوج التي تخول حق فك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادته المنفردة. أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتؤدي الموافقة عليها إلى إلغاء جميع عقود الزواج التي تمت بحضور الولي الشرعي كركن من أركان عقد الزواج وبأثر رجعي منذ بداية تسجيل عقود الزوج رسميا. أما الفقرة الرابعة من المادة 15 فيترتب على الموافقة عليها حتما خلخلة التماسك الأسري بعد إلغاء مفهوم بيت الزوجية من أساسه، وإنهاء جميع العلاقات الأسرية القائمة بين الأزواج والزوجات والوالدين والأولاد والبنات، بعد يكون لكل واحد من الأسرة الحق في الرحيل متى شاء وإلى حيث شاء، دون علم غيره من باقي أفراد أسرته، والإقامة حيث شاء وبعيد عنهم، وبتعبير أدق هدم الأسرة من أساسها، إن هذه الاتفاقية على درجة كبيرة من الخطورة على الشعوب الإسلامية في حالة ما تمت الموافقة عليها دون تحفظ. فوضعوها والمدافعين عنها، يريدون أن يجعلوا منها دينا عالميا بعد إلغاء أحكام باقي الأديان والشرائع، وحتى تقاليد وأعراف شعوب العالم.

الفرع الثالث: حماية حق المرأة في الجنسية

تعد الجنسية بمثابة رابط الولاء والتبعية والانتساب بين الشخص والدولة التي يحمل جنسيتها وتكون الجنسية إما أصلية وإما مكتسبة، ولكلا الجنسيتين الأصلية والمكتسبة آثار هامة وحيوية على حياة الفرد ذكر كان أم أنثى، منذ لحظة ولادته وحتى لحظة وفاته، فهي التي تحدد مدى تمتع حامل الجنسية بحقوقه المختلفة، السياسية منها والمدنية والاقتصادية وحتى الفكرية والأدبية، كما تحدد على أساسها

(1) U.N.Worlde women 2000 trends and statistics Salis N°EPP XVII.14.

التزامات الشخص تجاه دولته كهيئة وتجاه الأفراد، من مواطنين، كالتزامه بأداء الخدمة الوطنية والدفاع عن الوطن وغيرها، في ذلك كله لا فرق بين رجل وامرأة. ولقد نصت المادة السادسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية" كما أكد في مادته (15) على أنه: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما ويجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا أو إنكار حقه في تغييرها".

ونصت المادة 2/24 من الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية على "حق كل طفل في أن تكون له جنسية" ولقد ذهبت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان أبعد من ذلك في مسألة الجنسية حيث جاء في مادتها (21) أنه: "يحق لكل شخص يولد في دولة ما الحصول على جنسيتها" أي الأخذ بمبدأ الإقليم عموما. ووضعت محكمة العدل الدولية بعض المبادئ العامة في مسألة الجنسية في قضية -نوتبوم- عام 1955 وهي أن "الجنسية يجب أن تستند إلى أساس اجتماعي وأن تغير على وجود تضامن روحي بين الدولة والشخص يتبعه وجود حقوق والتزامات لكل من الشخص والدولة".

ولقد أبرمت عدة اتفاقيات في إطار هيئة الأمم المتحدة لمعالجة مشكلة ازدواجية الجنسية وحل مشكلة من لا وطن لهم، واللاجئين. ومن أهم هذه الاتفاقيات يمكن ذكر:

- الاتفاقية الدولية بشأن المرأة المتزوجة الصادرة في 1957/01/29.
- الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص الذين لا وطن لهم بتاريخ 1954/09/28.
- البروتوكول المتعلق بحالة اللاجئين الصادر بتاريخ 1967/01/31.

غير أن مشاكل عدة ثارت بسبب الزواج المختلط، أي بين رجل وامرأة من دولتين مختلفتين، قبل صدور الاتفاقيات السالف ذكرها مما تطلب من القانون الدولي المبادرة بحلها في حينها، لحماية حق المرأة في الحفاظ على جنسيتها. ففي ظل عصبة الأمم، أصدر معهد القانون الدولي في 1928/08/28 قرار في اجتماعه بستوكهولم بالسويد، خاص بمعالجة آثار الزواج المختلط على جنسية الزوجة وجنسية أولادها⁽¹⁾، نصت مادته الرابعة على أنه: "قانون دولة جنسية المرأة الأصلية التي تتزوج بأجنبي يجب أن يقرر لها أحقية الاحتفاظ بجنسيتها طالما أنها لم تكتسب جنسية دولة زوجها وإذا منح قانون دولة الزوج الجنسية لهذه الزوجة لا يجب الإبقاء على جنسية الزوجة الأصلية إلا في حالة توافر شرطان:

- 1- إقامة الزوج في دولة الزوجة.
- 2- أن تعبر الزوجة بإرادتها الحرة الصريحة على الاحتفاظ بجنسيتها القديمة.

(1) V.Resolution de 1-1, D-1, session de Stochholm 28 Aout 1928 tableare general des resolutions, p43.

بهذا يكون معهد القانون الدولي قد تبنى في قراره المشار إليه مبدأ وحدة الجنسية في نطاق الأسرة مع الأخذ بعين الاعتبار في ذات الوقت تفادي حالة بقاء الزوجة عديمة الجنسية وذلك بدعوته إلى بقاء الزوجة على جنسيتها الأصلية إذا لم تكتسب جنسية دولة زوجها. ولقد عاود معهد القانون الدولي دراسة هذا الموضوع في دورة أوصلو بالنرويج سنة 1932. فدعى هذه المرأة إلى مساواة المرأة بالرجل في مسألة جنسية المرأة المتزوجة بأجنبي على النحو التالي:

أن تغيير جنسية أحد لزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية لا تؤثر على جنسية المرأة المتزوجة بأجنبي على النحو التالي:

- 1- أن تغيير جنسية أحد الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية لا تؤثر على جنسية الزوج الآخر دون إرادته.
 - 2- في حالة اختلاف جنسية الزوجين يمكن للزوج الآخر اكتساب جنسية زوجة بطريقة سهلة وسريعة.
- وبهذا يكون معهد القانون الدولي في دورة أوصلو قد عالج مسألة جنسية المرأة المتزوجة بأجنبي حاثا على التزام الدول بمبدأ المساواة بين الرجال والنساء، ثم عاد وتبنى مبدأ وحدة الجنسية من أجل مصلحة الأسرة.

ومن جهة ثانية لم يلزم الزوجة بأن تغير جنسيتها لاكتساب جنسية زوجها وإنما ترك ذلك لاختيار الزوجين ليختارا من بين جنسيتي أحدهما، وذلك من أجل الحفاظ على وحدة جنسية الأسرة.

وفي إطار تسلسل تطور القانون الدولي العام المتعلق بجنسية المرأة المتزوجة بأجنبي وردت المادة 10 من اتفاقية لاهي لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في مجال الجنسية، فأخذت بمبدأ وحدة الجنسية في الأسرة الواحدة مع ضرورة الأخذ بإرادة المرأة وحريتها في اختيار جنسية جديدة أو الإبقاء على جنسيتها القديمة خاصة في الحالات التي يكون اختلاف الجنسية بينها وبين زوجها، لاحق لقيام رابطة الزوجية⁽¹⁾.

وبعد الحرب العالمية الثانية وأقول بعصبة الأمم وظهور هيئة الأمم المتحدة ظهرت مواثيق دولية جديدة، أكثر دقة وشمولية تعالج مسألة جنسية المرأة المتزوجة بأجنبي، بل التأكيد على أحقية أي فرد، رجلا وامرأة، في أن تكون له جنسية، وذلك ورد في جميع المواثيق الدولية ابتداء من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 وصولا للاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

(1) Scotte Observation on nationality university press New york oxford, 1931, p76.

نصت المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1948 على أنه: "لكل فرد الحق في الحصول على جنسية، ولا يجوز حرمان أحد من جنسيته بطريقة تعسفية، ولا يجوز منعه من تغيير جنسيته"⁽¹⁾ وبناء على هذا النص بات يحق للمرأة المتزوجة أن تحصل على أي جنسية ترغب في الحصول عليها. ويجب على الدول ألا تحرمها من جنسيته دون رغبتها، كما صار يحق لها تغيير جنسيته متى شاءت ذلك.

في عام 1957 تم إقرار الاتفاقية الدولية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة والتي ورد بها أن التنازع في القوانين وفي الممارسات فيما يتعلق بالجنسية، التنازع الذي ينشأ عن النصوص الخاصة بفقدان المرأة الجنسية أو اكتسابها لها بسبب الزواج أو انحلاله أو تغيير الزوج الجنسية أثناء قيام الرابطة الزوجية يتطلب علجا لظلم فرض دائما على المرأة المتزوجة⁽²⁾ ولقد منعت الاتفاقية التأثير التلقائي لتغيير الزوج لجنسيته على جنسية زوجته، تحقيقا لمبدأ المساواة بين الجنسين. حيث نصت المادة (1) من هذه الاتفاقية على أن: "يراعى بالنسبة لكل دولة موقعة ألا يؤثر الارتباط بالزواج أو حدوث الطلاق بين إحدى رعاياها وأي أجنبي أو تغيير جنسية الزوج خلال الزواج على جنسية المرأة المتزوجة بصورة آلية".

كما نصت المادة (2) من ذات الاتفاقية على أنه لا يجوز بالنسبة لكل دولة موقعة أن يكون اكتساب أحد مواطنيها باختيار جنسية دولة أخرى، أو تخلي أحد مواطنيها عن جنسية مانعا زوجة هذا المواطن من الاحتفاظ بجنسيته.

وتنص المادة (3) من الاتفاقية أيضا على أن توافق كل من الدول المتعاقدة على أن للأجنبية المتزوجة من أحد مواطنيها إذا طلبت أن تكتسب جنسية زوجها، من خلال إجراء جنس امتيازي خاص ويجوز إخضاع منح هذه الجنسية للقيود التي تفرضها مصلحة الأمن القومي أو النظام العام، مع مراعاة عدم تأويل أن هذه الاتفاقية تؤثر على أي تشريع أو ممارسة قضائية تجيز حصول الزوجة الأجنبية على جنسية زوجها المواطن -بناء على طلبها- كحق من الحقوق المسلم بها.

والخلاصة: أن الاتفاقية أخذت بمبدأ استقلالية الجنسية في الأسرة وتخلت عن مبدأ وحدة الجنسية.

أن الاتفاقية تسمح بازواجية الجنسية الخاصة بالنسبة للمرأة التي تكتسب جنسية زوجها الأجنبي. وعلى نفس المنوال سارت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 التي ساوت تماما بين النساء والرجال في مسألة الحق في اكتساب الجنسية والاحتفاظ بها أو

(1) بول جوردن لورين، نشأة وتطور حقوق الإنسان الدولية، ترجمة احمد امين الجمل، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط1، القاهرة، سنة 2000م، ص396.

(2) محمود شريف سيبوني وآخرون، حقوق الإنسان، المجلد 1، الوثائق العالمية والإقليمية، دار العلم للملايين، بيروت، 1989، ص221.

تغييرها ونقلها إلى الأولاد. حيث نصت المادة (9) منها على أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل، في اكتساب جنسيتها، أو تغييرها، أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق فيما يتعلق بجنسية أطفالها. وسبقت الإشارة إلى أن الجزائر بعد أن تحفظت على هذه المادة عادت وأمثلة لها حيث تم تعديل المادة (6) من قانون الجنسية لتصبح: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"⁽¹⁾، وبهذا تكون المرأة عموما والمرأة الجزائرية بصفة خاصة قد تخلصت من كل المشاكل المتعلقة بالجنسية، التي كانت تنقد حياتها عند زواجها من أجنبي وبات لها الحق في نقل جنسيتها لأطفال مثلها مثل زوجها.

المطلب الثالث: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

بعد معالجة كل من حقوق المرأة المدنية والسياسية في المطلب الأول ليكتمل عقد حماية حقوق المرأة في القانون الدولي العام لا بد من التطرق في هذا المطلب إلى حماية حقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي أقرها لها هذا القانون، كحقها في العمل وما يتفرع عنه من حقوق، وحقها في الرعاية الصحية، والاجتماعية وحقها في التعليم والتثقيف، وكل هذه الحقوق تحتل مكانة هامة في النظام القانوني الدولي، وقد أولتها الأمم اهتماما كبيرا في نشاطاتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. فبعد نهاية الحرب العالمية الثانية ونتيجة لتأثير مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن أغلبية الدول اعترفت في دساتيرها بهذه الحقوق ومع ذلك فإن الأثر القانوني لهذا الاعتراف الدستوري منوع، فمن الدول من تطبق هذه الحقوق أمام محاكمها، ومنها من أعلن عنها كأحد الأهداف السياسية للدولة. وستتم معالجة هذا المطلب من خلال فرعين:

الفرع الأول: حماية حقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية

الفرع الثاني: حماية حقوق المرأة الثقافية

الفرع الأول: حقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية

يشمل هذا النوع كلا من حقوق المرأة في العمل، وحقها في التمتع بشروط عمل متساوية عادلة ومرضية، وكذا حقها في المشاركة في التنظيمات النقابية، وحقها في التأمين والضمان الاجتماعي.

(1) امتثلت الجزائر لنص المادة 9 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بعد أن تحفظت عليه وعدلت المادة 6 من قانون الجنسية بموجب الأمر رقم 01-05 المؤرخ في 2005/02/27 ليصبح نصها كما هو مبين أعلاه.

البند الأول حماية حق المرأة في العمل

يمكن تأريخ بداية الاعتراف بهذا الحق، حق العمل، منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين فلقد ورد في المادة 23 من ميثاق عصبة الأمم المتحدة على أن، الدول الأعضاء في العصبة ستعمل ما بوسعها لوضع شروط عمل متساوية وإنسانية كما ورد في دستور منظمة العمل الدولية، أن الحماية الدولية ستبذل جهودا معتبرة من أجل تطبيق الطرق والمبادئ الواردة بالدستور، ومن هذه المبادئ أنه يجب ألا يكون العمل تجارة، وكذا وجوب الاعتراف بتأسيس جمعيات سواء للعاملين أو لأرباب العمل، تحديد ساعات العمل اليومي بثمانى ساعات، راحة أسبوعية لمدة 24 ساعة، إلغاء عمل الأطفال، تنظيم تشغيل واستخدام الأحداث وذلك من أجل حماية نموهم الجسماني ومواصلة دراستهم، تساوي الأجر بالنسبة للرجال والنساء، تقرير أجور متساوية للعمل الواحد وتطبيقه على جميع العاملين مهما كانت جنسيتهم، وذلك إذا كانت لديهم إقامة شرعية، تكوين نظام للتفتيش على العمل. ولقد كان ميثاق الأمم المتحدة بداية مرحلة جديدة في التنظيم الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

ففي فصله الأول المعنون: "التعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي" يعلن أن أهداف الأمم المتحدة هي: "تحقيق مستوى أعلى للمعيشة وتوفير أسباب الاستخدام المتصل بكل فرد والنهوض بعوامل التطور والتقدم الاقتصادي والاجتماعي".

وصدر بعده الإعلان العلمي لحقوق الإنسان الذي أورد معالجة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مواده (22-67) غير أن الوثيقة التي تعرضت لهذه الحقوق بالتفصيل، والمسماة باسمها هو الإعلان العالمي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وجاء منشأ التزامات لدى الدول المصادقة عليه، كما لعبت المنظمات.

كما كان للمنظمات الإقليمية دور ذا أهمية في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وصدرت مجموعة من التشريعات عن الدول الأوروبية، أكملت القواعد العالمية لهذه الحقوق قصدر:

- الميثاق الاجتماعي الأوربي لسنة 1961.
- القانون الأوربي للضمان الاجتماعي لسنة 1964.
- وصدر الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته سنة 1948.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969 والميثاق العربي للشغل لسنة 1967 وغيرها من المواثيق الإقليمية.

ومن الملاحظ أن قواعد القانون الدولي المنظمة لهذا المجال لا تشير إلى توحيد التشريعات الدولية في هذا الصدد، نظرا للاختلاف البين بين الدول إن على الصعيد الاجتماعي، أو على صعيد التنمية الاقتصادية أو التركيبية الوطنية...إلخ.

غير أن القواعد الدولية في مجال حماية هذه الحقوق تضع حدا أدنى للحماية وعلى الدول أن تعمل ما بوسعها لبلوغ هذا الحد.

ولقد أقر القانون الدولي العام بحق المرأة في العمل على أساس المساواة بينها وبين الرجل، بل منح المرأة مزايا ورعاية تتماشى مع طبيعتها الأنثوية، من حيث العمل والولادة والإرضاع وحماية ورعاية الأطفال، ولم يقتصر الاعتراف بحق المرأة في العمل والحماية على قواعد القانون الدولي، بل امتد إلى مستوى القوانين الوطنية تماشيا مع قواعد القانون الدولي العام، ولقد باتت حماية حق المرأة في العمل من حماية حقوق الإنسان التي يجب أن تتمتع بها النساء في جميع أنحاء العالم، وهذا ما أكدت عليه المواثيق الدولية بدأ بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية لعام 1966، وكذا إعلان القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1967م ومرورا بالاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979م.

أولا: حماية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لحق المرأة في العمل:

نصت المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 على أن: "لكل شخص الحق في العمل وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عمل عادلة ومرضية، وفي الحماية من البطالة، ولجميع الأفراد دون أي تمييز الحق في أجر متساوي على العمل المتساوي ولكل فرد يعمل الحق في مكافأة عادلة ومرضية، تكفل له ولأسرته عيشة لائقة بالكرامة البشرية، وتستكمل عند الاقتضاء، بوسائل أخرى للحماية الاجتماعية، ولكل شخص حق إنشاء النقابات مع آخرين والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه"⁽¹⁾ ولقد سبقت الإشارة إلى أن كلمات، فرد وشخص وإنسان ومواطن كلها تشمل المرأة والرجل معا، ولذا فلقد نصت هذه المادة على المساواة بين الجنسين الرجال والنساء على السواء في حرية اختيار العمل وشروط أدائه، وكذا في الحماية من شبح البطالة كما طالبت بالمساواة في الأجر إذا تساوى العمل الذي يؤديه كل من الرجل والمرأة، فلا يعقل أن يتساوى أجر لعمل غير متساو.

كما نصت هذه المادة على حق كل فرد (رجل أو امرأة) يعمل في الحصول على مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته عيشها كريما لائقا بالكرامة الإنسانية، والواقع أن هذه المادة تؤكد المبادئ الواردة في المادة الأولى من نفس الإعلان.

ونصت المادة 24 من نفس الإعلان على أنه: "لكل شخص الحق في الراحة وأوقات الفراغ وخصوصا في تحديد معقول لساعات العمل وفي إجازات دورية مأجورة". فكما يبدو جليا من نص هذه المادة أن جميع الأشخاص (نساء ورجال) متساوون في حق الحصول على أوقات راحة من العمل وعدم

(1) الأمم المتحدة حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، نيويورك، 1988، ص6 رقم المبيع XIV، NA88، إدارة شؤون الإعلام، ص104.

إلزامهم بالقيام بالعمل لعدد غير معقول ولا محدد من الساعات وبأن لهم الحق في إجازة دورية مدفوعة الأجر حسب طبيعة العمل الذي يقومون به.

ونصت المادة 25 على حق كل شخص (رجل أو امرأة) في مستوى معيشي كاف لضمان صحته وصحة أسرته ورفاهيتها وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والرعاية الصحية والخدمات الاجتماعية، وفي تأمين عن البطالة والعجز والترمل والشيخوخة وغيرها من الظروف الصحية والقاهرة التي قد يفقد الشخص جراءها مصدر عيشه، كما خصصت للأمومة والطفولة حق التمتع برعاية خاصة مناسبة لوضعية المرأة والطفل، ومن الملاحظ أن هذا الإعلان الذي يقرر كما سبقت الإشارة، مجموعة من الحقوق والحريات التي يحق للإنسان الحصول عليها، في أي مكان من العالم يتواجد فيه، دون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين أو اللغة أو الرأي أو اللون، فإن هذا الإعلان ليست له قوة الإلزام، إلا أن هذه المبادئ والحقوق والحريات التي نص عليها باتت جزءاً لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي العام، خاصة بعد أن تضمنتها العديد من الاتفاقيات الدولية الملزمة والتالية له، كما تضمنتها العديد من الدول في دساتيرها الوطنية، وقوانينها الأساسية والعضوية، وبذلك صارت قواعده قانونية ملزمة لدول العالم، يجب احترامها وعدم الخروج عنها.

ثانياً: حماية المعاهدة الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية⁽¹⁾ لحق المرأة في العمل

في البداية لا بد من الإشارة إلى أن المعاهدة الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تختلف عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، في كونها ملزمة للدول الموقعة عليها وأن مخالفتها ترتب المسؤولية الدولية، غير أن هناك من يرى أن إعلان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا يرتب التزامات قانونية في حق الدول الأعضاء، وإنما يضع قواعد قانونية يجب على الدول أن تعمل من أجل الوصول إليها، واستند هذا الرأي إلى نص الفقرة الرابعة من المادة الأولى من الإعلان التي تنص على أنه: "تتعهد كل دولة طرفاً في الإعلان أن تقوم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين باتخاذ الخطوات، خاصة منها الاقتصادية والفنية، ولأقصى ما تسمح به مواردها المتوافرة، من أجل التوصل تدريجياً لتحقيق الكامل للحقوق المعترف بها في الاتفاقية الحالية بكافة الطرق المناسبة بما في ذلك على وجه الخصوص تبني الإجراءات التشريعية"⁽²⁾.

وتشتمل المعاهدة الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ديباجة وواحد وثلاثين مادة. وهو يتضمن العديد من الالتزامات الدولية الفورية والحالة كإقرار الدولة واعترافها بالحق في

(1) اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، المعاهدة الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية بقرارها رقم 2200 (د-3) الصادر في ديسمبر 1966 ودخل حيز النفاذ في 1976.

- حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة بنيويورك، ص11.

(2) غازي حسن صبارني، مرجع سابق، ص208.

العمل حيث نصت المادة السادسة من المعاهدة على حق كل فرد في العمل الذي يضمن أن تكون أمامه فرصة كسب معيشته عن طريق العمل الذي تختاره، أو يقبله بحرية، وألزمت المادة السادسة الدول باتخاذ الخطوات المناسبة واللازمة لتأمين هذا الحق.

وفي إطار المادة السابعة من هذا الإعلان ورد النص على حق كل فرد في التمتع بشروط عمل إنسانية وعادلة تكفل بشكل خاص:

1- مكافآت توفر لكل عامل كحد أدنى:

أ- أجور عادة ومكافأة متساوية (بين الرجل والمرأة) عن الأعمال المتساوية القيمة والمردود، دون تمييز من أي نوع وعلى وجه الخصوص تكفل للنساء شروط عمل لا تقل عن تلك التي يتمتع بها الرجال مع مساواة في الأجور عن الأعمال المتساوية.

ب- تضمن معيشة كريمة للعمال والعاملات ولعائلاتهم طبقا لنصوص هذا الإعلان.

2- ظروف عمل آمنة وصحية.

3- فرص متساوية لكل فرد، فيما يتعلق بالترقية في درجات العمل إلى مستويات أعلى مناسبة للكفاءة دون مراعاة لأي اعتبار سوى، اعتبارات الكفاءة وشروط الترقية.

4- أوقات لراحة العمال: تحديد ساعات معقولة للعمل وإجازات دورية مدفوعة الأجر.

وقد نصت المادة السابعة صراحة على وجوب أن يكفل للنساء شروط عمل مساوية لتلك التي توفر للرجال كما يجب أن تضمن المساواة بينهم في الأجر طالما كان العمل الذي يؤديه متساويا.

ومن الملاحظ أنه رغم أن كلمات فرد، وشخص ومواطن تشمل النساء والرجال إلا أن المادة السابعة نصت صراحة على النساء وسبب ذلك راجع بالأساس إلى أسباب تاريخية، حيث كانت المرأة تعاني من واقع قهري في مجالات العمل في العالم، وظروف تمييزية بينها وبين الرجل، أدت إلى حصر مجال عملها في نطاق معين وفي أعمال محددة، وأجر يقل بكثير عن أجر الرجل، حتى وإن تساوى العمل الذي يقوم به. كما كانت هناك فكرة سائدة في دول العالم الثاني خصوصا مفادها أنه اقتحام المرأة لسوق العمل، يعني بالضرورة أن يكون ذلك على حساب مناصب عمل الرجال، مما سيؤدي إلى تفشي البطالة بينهم، غير أن هذه الفكرة بدأت تتراجع، بعد تفعيل حقوق المرأة في مجال التعليم والعمل وترسيخ مفهوم أن المرأة شريك للرجل في التنمية والسلم والرفاهية، لأن مشاركتها في المجال الاقتصادي تعد من المسائل المهمة في تنمية أي مجتمع وتقدمه اقتصاديا واجتماعيا، كما تعد في نفس الوقت مؤشرا مهما على مدى تحرر المجتمع من النظرة التقليدية تجاه عمل المرأة التي تحصر دورها في الأعمال المنزلية والزراعية والصناعات التقليدية والحرفية، رغم أن جميع هذه الأعمال تمثل رافدا مهما ورئيسيا من روافد الاقتصاد الوطني، إذ أنه يدخل في رأس المال ويشكل جزءا مهما من التطور

الاقتصادي لكافة الدول العربية، وقد تبين من الدراسات الإحصائية أن زيادة معدلات مشاركة المرأة في سوق العمل تعتمد على زيادة اتجاه المرأة نحو التعليم⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 10 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه: "تقر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية:

1- وجوب منح الأسرة أوسع حماية ومساعدة ممكنة، إذ أنها الوحدة الاجتماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، خاصة بحكم تأسيسها وأثناء قيامها بمسؤولية وتنشئة الأطفال القاصرين، ويجب أن يتم بالرضى الحر للأطراف المقبلين عليه.

2- وجوب منح الأمهات حماية خاصة خلال فترة معقولة قبل الولادة وبعدها. ففي خلال هذه الفترة يجب منح الأمهات العاملات إجازة مدفوعة الأجر أو إجازة مقرونة بمنافع مناسبة من الضمان الاجتماعي. إن إعطاء هذا الحق يتفق مع طبيعة المرأة الأنثوية حيث أنها تحمل وتلد وترضع وليدها وهي في ذلك كله على درجة من الضعف والوهن مما يجعل من الواجب بمكان توفير تخصيص فترة راحة مدفوعة الأجر كافية لتستعيد فيها قواها ونشاطها وتستريح عناء الحمل ووعكاء الولادة، وهي مطمئنة على أن دخلها الشهري الذي تحصل عليه وهي تزاوّل عملها ستضل تتقاضاه أثناء فترة راحتها جراء الحمل والولادة، وبذلك تكون الاتفاقية قد ضمنت للمرأة نوعين من الرعاية، رعاية صحية ورعاية اجتماعية، تعود عليها وعلى أسرتها وعلى المجتمع حتما بالفائدة.

ثالثا: حماية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (2) لحق المرأة في العمل

رغم أن إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967، قد قدم جهدا متميزا في هذا المجال، إلا أن افتقاره لصفة الإلزام كان وراء الحاجة الملحة لإيجاد اتفاقية تتسلح بهذه الصفة، صفة الإلزام، فتم اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تعد بحق أهم الوثائق الدولية القانونية التي تساهل بين المرأة والرجل في حالات الحياة السياسية منها، والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على السواء. وتعد بحق علامة فارقة في مجال حقوق المرأة والمساواة التامة بينها وبين الرجل في مختلف المجالات وفي كامل الحقوق والحريات المتعارف عليها في العالم⁽³⁾.

ولذلك أطلق على هذه الاتفاقية اسم (إعلان حقوق المرأة) ولقد كان من عوامل نجاح هذه الاتفاقية أن خصصت الأمم المتحدة عقدا كاملا من (1975 إلى 1985) وجعلته عقدا دوليا للمرأة.

(1) التقدم الاقتصادي للمرأة، مجموعة التنمية الاجتماعية والاقتصادية لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ترجمة الدكتور بوسي اشتيوي، ص3-4.

Accelerating entrepreneurship in the middle East and North Africa, Region. DOI-10.1787/978926.4213.944 en women in Business 2014.

(2) صدرت بناء على قرار الجمعية لعامة للأمم المتحدة رقم 180 في الدورة 24 بتاريخ 18 ديسمبر 1979.

(3) د.منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص300.

ولقد وردت هذه الاتفاقية في 30 مادة مقسمة إلى 6 أجزاء عالجت موضوع حق المرأة في العمل من خلال القسم الثالث المخصص للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، فجاءت المادة 11 في 12 فقرة تنص:

1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولاسيما:

(أ) الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر.

(ب) الحق في التمتع بنفس فرص العمالة بما في ذلك تطبيق معايير اختيار واحدة في شؤون الاستخدام.

(ج) الحق في حرية اختيار المهنة ونوع العمل والحق في الترقية والأمن على العمل وفي جميع مزايا وشروط الخدمة، والحق في تلقي التدريب وإعادة التدريب المهني بما في ذلك التلمذة الحرفية والتدريب المهني المتقدم والتدريب المتكرر.

(د) الحق في المساواة في الأجر بما في ذلك الاستحقاقات والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل.

(هـ) الحق في الضمان الاجتماعي، ولاسيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر.

(و) الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب.

2- توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة، ضمانا لحقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة:

(أ) لحضر 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 المدفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية.

(ج) لتشجيع على توفير الخدمات الاجتماعية المساندة واللازمة لتمكين الوالدين من الجمع بين الالتزامات العائلية وبين مسؤوليات العمل المشاركة في الحياة العامة ولاسيما عن طريق تشجيع إنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال.

(د) لتوفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها.

المادة 1/12 تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، الحصول على خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

المادة 2/12 بالرغم من أحكام الفقرة 1 من هذه المادة تكفل الدول الأطراف للمرأة خدمات مناسبة فيما يتعلق بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة، موفرة لها خدمات مجانية عند الاقتضاء، وكذلك تغذية كافية أثناء الحمل والرضاعة.

المادة 1/14: تضع الدول الأطراف في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية....

المادة 2/14/ب: الوصول إلى تسهيلات العناية الصحية الملائمة، بما في ذلك المعلومات والنصائح والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

ج) الاستفادة بصورة مباشرة من برامج الضمان الاجتماعي.

ح) التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولاسيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء والنقل والمواصلات.

لقد عالجت هذه الاتفاقية وفرضت على الدول الموقعة عليها الالتزام بجميع المبادئ التي سبق وأن نصت عليها المواثيق الدولية السابقة لها، كحق العمل للمرأة دون أي تمييز من أي نوع كان، وبأن تكون لها نفس فرص اختيار نوع العمل الذي تراه مناسباً لطبيعتها وميولها، وكذا نفس فرص الترقية وتلقي التدريبات المهنية التي تخولها الاستفادة من فرص الترقية، ونفس المعايير في تقسيم العمل وبأن يكون لها نفس الأجر وتوابعه، مع جميع من تتساوى معهم في نوع العمل. ويمكن حصر أهم ما جاءت به هذه الاتفاقية فيما يلي:

1- الحق في التدريب المتقدم والمتكرر، مما يساعد على رفع كفاءة المرأة العاملة، ويؤهلها لترتقي إلى المناصب العليا في الوظيفة والعمل.

2- الحق في الوقاية الصحية، وسلامة ظروف العمل بما في ذلك الحماية الإنجابية، وحظر قيامها بالأعمال التي يثبت أنها مؤدية لها خلال فترة الحمل، حماية لها من خطر الإجهاض أو العقم وحماية للجنين في نفس الوقت، من أن يصاب بأي أذى.

3- فرض الاتفاقية على الدول الموقعة عليها تسليط عقاب على كل من يقوم بفصل المرأة من عملها أو يمنع عودتها إليه بسبب الزواج أو الإنجاب.

4- إلزام الدول الموقعة، ولتمكين المرأة العاملة من الجمع بين أعباء ممارسة حقها الطبيعي في الإنجاب والأمومة، وأعباء الوظيفة العامة، لإحداث شبكة من دور الحضانة ومرافق رعاية أطفال النساء العاملات.

وبسبب انتشار ظاهرة التحرش الجنسي بالنساء العاملات في أماكن عملهن، طلبت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في التوصية رقم 12 لعام 1989 من الدول الأطراف في الاتفاقية أن تدرج في تقاريرها المرفوعة إلى اللجنة معلومات عن التشريعات الوطنية الصادرة لمكافحة هذه الظاهرة.

وفي سنة 1992 أوصت اللجنة، بضرورة أن تضع هذه الدول تدابير قانونية فعالة ضد من يرتكبون هذه الأفعال المسيئة إلى كرامة المرأة، على أن تشمل هذه التدابير عقوبات لهؤلاء الجناة، وتعويضات للنساء اللاتي يتعرضن لهذا الإيذاء الجنسي في أماكن عملهن⁽¹⁾.

وما يؤخذ على هذه الاتفاقية رغم ما حققته للمرأة من حماية للمرأة، غير أنها لا تشمل شريحة كبيرة من النساء اللاتي لا تعملن في العمل الرسمي كخدمات البيوت والعاملات الرسميات في الأعمال الفلاحية⁽²⁾.

وفي مضمار مدى تطور عمل المرأة في ظل الحماية الدولية لها أجرت هيئة الأمم المتحدة دراسة عن عمل المرأة في الفترة ما بين 1980 و 1985 تبين من خلالها أن معدل نشاط المرأة العاملة زاد عن معدل نشاط الرجال فمن بين 41 دولة ثبت أن 32 دولة من بينها زاد فيها عمل المرأة سنويا بمعدل يتراوح ما بين 2,7% إلى 10% بينما كان معدل الزيادة في عمل الرجال في هذه الدولة يتراوح ما بين 1% و 5%⁽³⁾.

وقد ورد بمذكرة مناقشات صندوق النقد الدولي ان المرأة تشكل ما يزيد بقليل عن نصف سكان العالم، لكن مساهمتها في المستويات المقيسة للنشاط الإقتصادي والنمو والرفاهية لا تزال أقل بكثير من المستوى الممكن وهو ما ينطوي على عواقب إقتصادية كلية وخيمة. فلا تزال مشاركة الإناث في سوق العمل أدنى من مشاركة الذكور، ومعظم الأعمال غير مدفوعة الأجر تقوم بها المرأة. كما تواجه المرأة فروقا كبيرة في الأجور بينها وبين نظرائها الذكور. ويمكن أن يؤدي إرتفاع نسبة مشاركة الإناث في القوى العاملة في توسيع نطاق التنمية الإقتصادية في الإقتصادات النامية.

(1) أسامة عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، سنة 2003، ص 133.

(2) عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام، والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. الأولى، 1411 هـ 1991 م، ص 82.

(3) الدراسة الاستقصائية لعام 1989 عن موضوع دور المرأة في التنمية، أجراها مركز التنمية الاجتماعية والشؤون الإنسانية التابع لمركز الأمم المتحدة في فيينا، ص 305، منشورات الأمم المتحدة رقم المبيع A89,IV2.

تتوافر أدلة كثيرة أنه حين تتمكن المرأة من تنمية إمكاناتها الكاملة في سوق العمل يصبح من الممكن تحقيق مكاسب إقتصادية كلية كبيرة. فخسارة الفرد من إجمالي الناتج المحلي التي تعرى إلى الفجوات بين الجنسين في سوق العمل تقدر بنسبة تصل الى 34% وإستنادا إلى بيانات منظمة العمل الدولية، تقدر دراسة أجريت في 2012 أن من إجمالي 865 مليون امرأة على مستوى العالم، اللاتي يملكن إمكانات المساهمة بصورة كاملة في إقتصاداتهن الوطنية تعيش 812 مليون امرأة في بلدان صاعدة ونامية. وتعتبر أكبر فجوة بين الجنسين في سوق العمل في العالم في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا⁽¹⁾.

البند الثاني: حماية حق المرأة في مستوى معيشي مناسب، وفي أعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية

يعتمد ضمان هذا الحق أساسا على السياسة الاقتصادية لكل دولة وعلى إمكاناتها في توفير شروط العيش الكريم لمواطنيها، وستتم معالجة هذا البند من خلال نقطتين أساسيتين هما:

أولا: حماية حق المرأة في التمتع بمستوى معيشي مناسب لها ولأسرتها

ثانيا: حماية حق المرأة في الرعاية الصحية

أولا: حماية حق المرأة في التمتع بمستوى معيشي مناسب لها ولأسرتها

إن حق إصلاح شروط الحياة عموما له صفة الشمولية ويتحقق هذا الحق بعدة وسائل منها القضاء على البطالة والتضخم وزيادة الأجور واتساع الضمان الاجتماعي، لأن إصلاح شروط الحياة يعتمد أساسا على السياسة الاقتصادية لكل دولة بحسب إمكاناتها، ولقد نصت المادة (1/25) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾ بأنه:

"1- لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية، وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة، وكذا الحق في تأمين معيشة في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة، وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة ظروف خارجة عن إرادته.

2- للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين وينعم كل طفل بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم نتيجة رباط شرعي أو بطريقة غير شرعية".

(1) مذكرة مناقشة خبراء صندوق النقد الدولي "المرأة والعمل والإقتصاد" أنظر:

/media/websites/IMF/.../sdn1310a.ashx

<https://www.imf.org/>

(2) الأمم المتحدة مجموعة الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، نيويورك 1988، رقم المبيع N°88-XIV.

ونصت المادة (11) من الإتفاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966⁽¹⁾ على أنه: "الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية تقر بحق كل فرد في مستوى معيشي مناسب لنفسه ولعائلته بما في ذلك الغذاء المناسب والسكن والملبس وكذلك في تحسين أحوال المعيشة بصفة مستمرة، وتقوم الدول الأطراف باتخاذ الخطوات المناسبة لضمان تحقيق هذا الحق، مع الإقرار بالأهمية الخاصة بالتعاون الدولي القائم على الرضى الحر في هذا الشأن".

بعدما أوردته المادة 1/25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، من حقوق، يجب الاعتراف بها للجميع كالتغذية الكافية والملبس الواقي من شدة الحر والبرد والسكن وكذا العناية الطبية لكل مريض والتأمين على الظروف الطارئة التي قد تصيب أي شخص، ليطمئن الناس على مستقبلهم ومستقبل أسرهم، وكذا حق المرأة لكونها الأم الحاملة والمرضعة والراعية لما تحتاجه هي من رعاية خاصة بها في هذه المرحلة وكذا وليدها، فقد خصتها هذه المادة بعناية مميزة.

ولما كان هذا النص عبارة اعتراف، فقط، لجميع الأشخاص أيا كانوا بالحق في مستوى معيشي مناسب، جاءت المادة (11) من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لتوجب على الدول الأطراف فيها، الإقرار والاعتراف بحقوق الأفراد الواردة في نصها من جهة، وبأن تسعى، إضافة إلى ذلك، وبدون هوادة وباستمرار إلى تحسين أحوال الأفراد المعيشية، ليتحرر الجميع من شبح الجوع، كما على كل الدول الموقعة عليها اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة والمناسبة لـ:

- تحسين طرق الإنتاج الزراعي، وكذا حفظ وتوزيع الغذاء، عن طريق نشر المعرفة بمبادئ التغذية السليمة، وكذا بواسطة تطوير وإصلاح أساليب الزراعة بالطرق التي تسمح بتحقيق تنمية الموارد الطبيعية واستغلالها بأفضل الأساليب الممكنة للوصول إلى أفضل مردود ممكن.

- لضمان توزيع عادل للمواد الغذائية بين شعور العالم، تبعا للاحتياجات، يجب أخذ مشاكل كل من الدول المستوردة والمصدرة للطعام، على السواء، بعين الاعتبار.

وفي كل ما تقدم تعتبر المرأة محور الإصلاحات والحماية، لأنه رغم أن حقوق الإنسان قد فسرت في البداية على أنها حقوق الرجل، ليس إلا، غير أن تطور نظرة المجتمع الدولي للمرأة كونها جزءا لا يقبل التجزئة ولا الانفصال عن حقوق الإنسان عموما، أدى إلى عدم فصلها على أساس الجنس، وأصبح ينظر إلى جنس الإنسان في المجتمع على أساس تكوينه ونوعه ولا أثر لاختلاف الجنس بين ذكر وأنثى على هذه الحقوق. وعندما تعامل المرأة على أساس كونها جزءا من حقوق الإنسان، يستتبع ذلك عالية وشمولية مختلف حقوقها⁽²⁾.

(1) الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، مطبوعات الأمم المتحدة الترجمة العربية، بيروت، 1967، ص11.

(2) منال فنجان علك، مرجع سبق ذكره، ص12.

ولقد وردت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979⁽¹⁾ أكثر تفصيلا ودقة وأكثر إلزاما للدول الموقعة عليها وبوسائل وأدوات متابعة أكثر فاعلية، فنصت المادة 1/13 على أن: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق لاسيما:

(ب) الحق في الحصول على القروض المصرفية، والرهون العقارية وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي.

وبالنسبة للمشاكل التي تواجهها المرأة الريفية تنص المادة 14 الفقرة 2/هـ "تنظيم جماعات المساعدة الذاتية والتعاونيات، من أجل الحصول على فرص اقتصادية مكافئة لفرص الرجل عن طريق العمل لدى الغير والعمل لحسابهن الخاص".

2/ز "فرصة الحصول على الائتمان والقروض الزراعية وتسهيلات التسويق والتكنولوجيا المناسبة، والمساواة في المعاملة في مشاريع إصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي وكذلك في مشاريع التوطين الريفي".

2/ح "التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولاسيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء، والنقل والمواصلات".

وكل ذلك مما يحسن الظروف المعيشية للمرأة ولأسرتها سواء كانت حضرية أم ريفية.

ثانيا : حماية حق المرأة في التمتع بالرعاية الصحية

تعتبر الصحة أعلى ما يملك الإنسان بعد الحياة فهي أعلى من المال وأعز من الحياة، ولقد عرف دستور منظمة الصحة العالمية الصادر سنة 1946 الصحة بأنها: "حالة السلامة الكاملة البدنية والعقلية والاجتماعية، وليست مجرد الخلو من الأمراض أو الضعف"⁽²⁾.

كما ورد في نفس الدستور بأن "التمتع بأعلى مستوى من الصحة الذي يمكن التوصل إليه هو أحد الحقوق الأساسية لكل فرد من البشر بدون تمييز بسبب الجنس أو الدين أو العقيد السياسية أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي" ولا بد من الإشارة إلى أن التمتع بهذا الحق مرتبط ارتباطا وثيقا بتمتع الفرد بشروط عمل متساوية وحق الضمان الاجتماعي وبمستوى معيشي مقبول. وفي نفس هذا الإطار أنشئ برنامج الأمم المتحدة للبيئة لما لهذه الأخيرة من أهمية كبرى على صحة السكان فتلوث الماء والهواء

(1) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/24 في 18 ديسمبر 1978 ودخلت حيز النفاذ في 3 سبتمبر 1981.

(2) منظمة الصحة العالمية، صحتنا من سلامة كوكبنا، تقرير اللجنة التابعة لمنظمة الصحة العالمية حول الصحة والبيئة، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، الإسكندرية، سنة 1999، ص5 و6.

والبحار والمحيطات له أثر مباشر على صحة الإنسان حيثما كان، ولذلك كان هذا الموضوع محل اهتمام المنظمة الدولية للصحة وأنشئ برنامج الأمم المتحدة للبيئة.

رغم أن المرأة تتمتع في إطار القانون الدولي بنفس الرعاية الصحية غير أن خصائصها الجسمية وطبيعتها الأنثوية كونها تحمل وتلد وترضع وتعتني بوليدها فتكون في هذه المرحلة من حياتها في أمس الحاجة إلى اهتمام وعناية خاصتين، أكثر من حياتها خلال مراحل حياتها العادية الأخرى سواء من حيث المأكل أو الرعاية الصحية وحتى النفسية وتعتبر الرعاية الصحية أحد الحقوق الإنسانية الأساسية التي أكدت عليها كافة المواثيق الدولية المعنية بهذا الجانب، ولاشك أن المرأة يجب أن تحظى بعناية خاصة في ذلك، لما سبقت الإشارة إليه، وعليه نجد أن العديد من المعاهدات الدولية خصصت حيزا معتبرا من أحكامها ونصوص موادها للعناية بصحة المرأة، وخاصة في مراحل العمل والإرضاع وتنظيم الأسرة.

1) حماية الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 لحق المرأة في الرعاية الصحية:

تناول القسم الثالث من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 في مادتها (1/12) حق الفرد في الرعاية الصحية حيث نصت على: "تقرر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بحق كل فرد في التمتع بأعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية" كما تنص الفقرة 2 من نفس المادة على أنه: "تشمل الخطوات التي تتخذها الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية للوصول إلى تحقيق كلي لهذا الحق ما هو ضروري من أجل:

أ) العمل على خفض نسبة الوفيات في المواليد، وفي وفيات الأطفال ومن أجل التنمية الصحية للطفل.

ب) تحسين جميع الجوانب البيئية والصناعية.

ج) الوقاية من الأمراض المعدية والمتفشية والمهنية ومعالجتها وحصرها.

د) خلق ظروف من شأنها أن تؤمن الخدمات الطبية، والعناية الطبية في حالة المرض"⁽¹⁾.

وبذا تكون هذه الاتفاقية أكدت على المبدأ العام الذي هو (التمتع بالرعاية الصحية لكل فرد) ثم تناولت بعد ذلك الخطوات الواجب على الدول إتباعها لبلوغ الهدف المنشود، فطالبت الدول الأطراف فيها بالعمل على الوقاية من الأمراض المعدية والمتفشية قبل الإصابة بها لأن الوقاية خير من العلاج وكذا البادرة بمعالجتها في حالة وقوعها، ولتحقيق ذلك كله لابد من تحسين الجوانب البيئية لأنه كما سبقت الإشارة، تلوث الهواء والماء والتربة تعتبر من العوامل الأساسية المسببة لانتشار الأوبئة والأمراض المختلفة بين بني البشر. وطالبت الاتفاقية الدول الأطراف فيها بالعمل، بما أتيح لها من وسائل، على خفض نسبة الوفيات بين المواليد والأطفال، ومن المعلوم بالضرورة أنه لا يمكن بلوغ هذا

(1) www.conventions.collected.internationalconventionsofhumanraights.com.

الهدف إلا بتوفير الرعاية الصحية الكافية للأم ولوليدها معا. ولأن المريض هو أشد الناس حاجة للرعاية الصحية ألزمت الدول الأطراف بتوفير الرعاية الصحية للمرضى وعلاجهم من الأمراض يعانون منها

(2) حماية الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لحقها في الرعاية الصحية

تناولت اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة حق المرأة في عناية صحية كافية فنصت في مادتها (12) على: 1- "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، الحصول على خدمات صحية بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

2- بالرغم من أحكام الفقرة (1) من هذه المادة تكفل الدول الأطراف للمرأة خدمات مناسبة فيما يتعلق بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة موفرة لها خدمات مجانية عند الاقتضاء، وكذلك تغذية كافية أثناء الحمل والرضاعة".

وبذلك تكون الدول الأطراف في الاتفاقية ملزمة باتخاذ جميع التدابير اللازمة والمناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في مجال الرعاية الصحية، بحيث تضمن لها وعلى قدم المساواة مع الرجل، الحصول على كافة خدمات الرعاية الصحية بما في ذلك الخدمات المتعلقة بضمان حق المرأة في تنظيم أسرتها، وكذا الخدمات المناسبة والخاصة بطبيعتها كأثني، المتعلقة بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة والإرضاع، كذلك التغذية النوعية والكافية خلال هذه المرحلة كلها.

وهكذا تكون اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وهي اتفاقية لحماية المرأة بامتياز قد حققت، من بين حققته للمرأة، الحق في الرعاية الصحية الكاملة وخلال جميع مراحل حياتها، وبالأخص مرحلة الحمل والولادة والإرضاع، وكذا الحق في أن تقرر تنظيم أسرتها، لأن الولادة المتتالية ولمرات عديدة لها آثارها السلبية على صحة المرأة، وفي الدول المختلفة تعتبر الولادة من أهم أسباب الوفاة عند النساء، وإن كانت تقف العادات والتقاليد، خاصة في المجتمعات الريفية وراء غياب حق المرأة في تنظيم النسل، وحاجة الأسرة الريفية لليد العاملة، التي يوفرها العدد الكبير من الأولاد، خاصة الذكور منهم، للعمل في المجال الزراعي إلى جانب آبائهم.

إن ضمان الرعاية الصحية الضرورية للمرأة بصفة عامة وضمانها لها في أحوج وأدق مراحل حياتها عندما تكون أحوج إليها، خلال فترة حملها ولادتها وإرضاعها، حيث تكون على أضعف حال، مع بذل أكبر جهد مما قد يجعلها عرضة للمرض أو الانتكاسة الصحية، وأحوج ما تكون إلى الغذاء المتكامل والعلاج الناجع في حالة إصابتها بأي مرض قد يتمكن منها في هذه الفترة، وتجدر الملاحظة بأن الرعاية الصحية التي يجب على الدول الأعضاء أن تقدمها للمرأة ولوليدها ليست رعاية خاصة بهما فقط، بل رعاية لحاضر الأمة ومستقبلها في نفس الوقت لأنها تمثل التنمية البشرية في أشمل صورها، لأن المرأة

الحامل أو الواضع أو المرضع، إن تمثل الحاضر، فإن الجنين أو الوليد أو الرضيع يمثلون المستقبل كله وتبقى الأم هي الحامل والوالد والمرضع والمربي والأمين على هذا المستقبل.

لهذه الأسباب، وحيث رعاية المرأة الصحية رعاية كاملة خاصة في فترة الحمل والولادة والإرضاع، ويجب في هذا الإطار على الدول أن تشجع جمعيات المجتمع المدني التي تهتم بمساعدة المرأة وإرشادها والأخذ بيدها إلى كل ما هو مفيد لها، في هذه المراحل بصفة خاصة وإرشادها إلى كيفية الاستفادة من الوسائل الطبية المتاحة بأحسن ما يمكن دون نسيان طرق الطب التقليدي التي ثبتت نجاعتها من خلال تجارب أجيال الأمهات المتعاقبة، والتي لا يخلوا منها مجتمع، وكذا تشجيع رعاية المرأة في المجتمعات الريفية⁽¹⁾. ثم انتقلت المعاهدة إلى ضمان منصب المرأة الذي تشغله من أن تفقده خلال حملها وولادتها، كما أوجبت ألا يسند إلى المرأة أي عمل قد يتسبب في أضرار للمرأة ولجنينها أو تؤثر على صحتها وسلامتها البدنية أو العقلية أو النفسية.

البند الثالث: حماية حق المرأة في الزواج وفي تكوين أسرة

يعتبر الزواج أقدم الروابط التي عرفها البشر، وقد ظلت الأعراف والقوانين المختلفة تنظمه منذ أقدم العصور، لاسيما أنه يرتب حقوقا والتزامات على عاتق طرفيه الزوج والزوجة تجاه بعضهما البعض، وقد اختلفت طبيعة هذه العلاقة عبر العصور المتعاقبة، ففي جزيرة العرب مثلا، ونظرا لطول الفترة التي فصلت بعثة السيد المسيح عليه السلام عن بعثة خاتم النبيين ﷺ، والتي دامت أكثر من ستمئة عام، شاع خلالها عند العرب عدة أنواع من الأنكحة الفاسدة التي أبطلها الإسلام كما سبقت الإشارة إليه.

ويعتبر الزواج حق طبيعي لجميع البشر ذكرانهم وإناثهم، كونه حق أساسه غريزة أودعها الله فيهم، وهذا الحق يرتبط ارتباطا وثيقا ببقاء الجنس البشري، وحق الفرد في تكوين أسرة يستفيد فيها، والزواج يستلزم بداهة نشوء عقد يربط بين رجل وامرأة، وهو من متطلبات تكوين الأسرة، يضاف إليه، الإقامة المشتركة وإنجاب الأولاد⁽²⁾، ويجب أن يتم الزواج بإرادة كلا طرفيه، دون أن يشوب هذه الإرادة أي إكراه أو غش أو تدليس من أحدهما على الآخر، وقد ورد النص على هذا الحق في العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية، بوصفه حق اجتماعي ثابت، معترف به لجميع الرجال والنساء على السواء، والبالغ أهميته ورد النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والاتفاقية الدولية الخاصة بالرضى بالزواج وتحديد سنه وتسجيل عقود. وفي إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وفي

(1) عبد الغني محمود، مرجع سابق، ص 95.

(2) حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للنشر، الإسكندرية، سنة 1966، ص 222.

الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وكذا في الميثاق الإفريقي لحقوق الشعوب، والتصريحات التفسيرية على البروتوكول بشأن حقوق المرأة في إفريقيا المعتمدة بموزنبيق في 11 يوليو 2003⁽¹⁾.

أولاً: حق المرأة في الزواج في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948

تضمنت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 على حق الإنسان رجلاً كان أو امرأة في الزواج حين بلوغ السن القانونية لذلك دون قيد أو شروط فأورد أنه: "للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ، حق الزواج وتأسيس أسر دون قيد بسبب العرق أو الجنس أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق عند إبرام عقد الزواج وخلال قيام الرابطة الزوجية وعند انحلالها". ونصت المادة 2/16 من نفس الإعلان على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضى الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً دون إكراه" ومن النص السالف الذكر يتضح أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قد ضمن حق الزواج لكل من الرجل والمرأة، وقد ساوى بينهما تماماً في ذلك عند إبرام عقد الزواج، أو أثناء قيام الرابطة الزوجية بين الزوجين، أو عند رغبة الطرفين معا وأحدهما في حلها، ساوى بينهما في جميع تلك الحالات دون أي قيد كان بسبب الأعراف السائدة أو الدين أو الجنس، والواقع أن هذا يخالف أحكام الدين الإسلامي فيما يتعلق بتحريم زواج المسلمة من غير المسلم، ومثل هذا الحكم موجود أيضاً عند الكنيسة المصرية⁽²⁾.

أما مسألة الرضى فذاك أمر معقول، لأنه إذا كانت العقود المدنية المؤقتة تفسدها وتبطلها عيوب الإرادة التي فيها الإكراه، فما بالك بعقد أبدي سماه الله ميثاقاً غليظاً.

ثانياً: حماية حق المرأة في الزواج في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966⁽³⁾

توكيدا لما نصت عليه المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان السالفة الذكر نصت المادة 23 من المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية على أن: "العائلة هي الوحدة الاجتماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها الحق في التمتع بحماية المجتمع والدولة". ولأن الأسرة هي ثمرة الزواج نصت الفقرة الثانية من نفس المادة 23 على أنه: "يعترف بحق الرجال والنساء الذين في سن الزواج بتكوين أسرة".

(1) المرسوم الرئاسي رقم 254/16 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1437 الموافق لـ 27 سبتمبر 2016م، يتضمن التصديق على التصريحات التفسيرية على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 58 بتاريخ 3 محرم لعام 1438 هـ الموافق لـ 5 أكتوبر سنة 2016.

(2) منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 221.

(3) www.hrw.org/arabic/un-files/texticcpr.htm

حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة نيويورك 193م، A.94XIV.Vol.1, part1، ص 28.

المادة 3/23: "لا يتم الزواج بدون الرضى الكامل والحر للأطراف المقبلية عليه".

المادة 4/23: "على الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية اتخاذ الخطوات المناسبة لتأمين المساواة في الحقوق والمسؤوليات عند الزواج وأثناء قيامه وعند فسخه ويجب النص في حالة الفسخ على الحماية اللازمة للأطفال".

وبذلك تكون الدول الأطراف في الاتفاقية، قد تحملت مسؤولية ضمان حماية حقوق المرأة في الزواج، وفي مساواتها بالرجل أثناء جميع مراحلها، وضمان حماية الأطفال في حال انحلال الرابطة الزوجية لأي سبب من الأسباب كان.

ثالثا: حماية حق المرأة في الزواج في الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966⁽¹⁾

رغم أن الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، صدرتا في نفس السنة 1966 وأطلق عليها العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، يعتبر حق الزواج من الحقوق النادرة التي أكدت عليها صراحة كلتا الاتفاقيتين، لأهمية هذا الحق وقدسيته لدى بني الإنسان، ومن الملاحظ أنه إذا كانت الحقوق المدنية والسياسية تتجه نحو الفرد، فإن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تشير لذات الدولة، والإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق هذه الحقوق⁽²⁾، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه: "تقر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية:

وجوب منح الأسرة أوسع حماية ومساعدة ممكنة، إذ أنها الوحدة الاجتماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، خاصة بحكم تأسيسها وأثناء قيامها بمسؤولية رعاية وتنشئة الأطفال القاصرين، ويجب أن يتم الزواج بالرضى الحر للأطراف المقبلية عليه".

وبذلك يكون الزواج ثابت للمرأة كما هو للرجل ويجب أن يتم زواج المرأة برضاها الكامل وبإرادتها الحرة، دون إكراه من أي طرف وجهة ودون غش أو تدليس، باعتبار أن الزواج حق لها متى بلغت سنه.

(1) اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بقرارها رقم 2200 (د-31) الصادر في ديسمبر سنة 1966 ودخلت حيز النفاذ سنة 1976م.

حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة نيويورك، ص 11-12.

(2) عصام محمد أحمد زناني، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية 1998، ص 11.

رابعاً: حماية حق المرأة في الزواج في الاتفاقية الدولية الخاصة بالرضى بالزواج وتحديد سنه وتسجيل عقود⁽¹⁾

سبقت الإشارة إلى أهمية وقدسية حق الزواج عند جميع بني البشر، ولذلك وإضافة لما تقدم خص هذا الحق باتفاقية دولية خاصة، كلها حقوق تصب في صالح المرأة وحمايتها عند إبرام عقد الزواج، لأن الغبن يقع دائماً عليها، سواء عند تزويجها دون رضاها، أو عند التبكير بتزويجها صغيرة قبل بلوغها السن القانوني للزواج، أو عند زواجها أو تزويجها زواجا لا يثبت بعقد رسمي، لن تجد فيه سبيلا لإثباته، إذا أنكر الزوج وقوعه تهرباً من مسؤولياته المترتبة عن زواج لم يثبت بعقد رسمي.

فلقد نصت المادة (1/أ) من هذه الاتفاقية على أنه: "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضى الطرفين، رضى كاملاً لا إكراه فيه وبإعراهما عنه شخصياً بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج والشهود وفقاً لإحكام القانون" وتنص المادة (1/ب) من نفس الاتفاقية على أنه: "استثناء من أحكام الفقرة "أ" لا يكون حضور أحد الطرفين ضرورياً إذا اقتنعت السلطة المختصة باستثنائية الظروف، وبأن هذا الطرف قد أ.عرب عن رضاه أمام سلطة مختصة وبالصيغة التي يفرضها القانون ولم يسحب ذلك الرضى"⁽²⁾. وتنص المادة 2 أيضاً على أنه: "تقوم الدول الأطراف باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، وألا ينعقد قانوناً زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شروط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما"⁽³⁾، كما اشتملت التوصية على تنقيح خاص بالوكالة، وطالبت كل دول العالم أعضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة -التي لم تتخذ بعد التدابير التشريعية- أن تتخذها وفقاً لنظامها الدستوري وأحكام دينها وتقاليدها لإعمال المبادئ الواردة في هذه التوصية.

وتنص المادة 3 من نفس الاتفاقية على ضرورة قيام السلطة المختصة بتسجيل كل عقود الزواج في سجل رسمي معد لذلك".

من خلال ما تقدم يتبين أن هذه المعاهدة قد ألزمت الدول الأطراف فيها بحماية المرأة عند إبرام عقد زواجها، وفقاً لما مختصره الشروط التالية:

(1) أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 1763 -د17 في 1962/11/07 ودخلت حيز التنفيذ في 1965/12/09.

(2) الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، مرجع سابق، ص34.

(3) أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة توصية حول تحديد سن الزواج كحد أدنى بموجب قرارها رقم 2018-د20 في 1965/11/1 وتطبق هذه التوصية على جميع دول العالم كونها صادرة عن الجمعية العامة التي هم أعضاء فيها بخلاف المعاهدة التي تلزم الأطراف الموقعة عليها فقط، وقد حددت هذه التوصية السن الأولى للزواج بـ15 سنة لأي من الزوجين.

التقرير السنوي للأمين العام للأمم المتحدة عن أعمال المنظمة في الفترة من 1965/02/16 إلى 1966/06/15 الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة 21-(ج ع/6301) ص17.

1- رضى الطرفين المتعاقدين، والتعبير صراحة وشخصيا ودون إكراه من أية جهة كانت عن رغبتها في الزواج، غير أنه استثناء، ولضرورة ما، يجوز عدم حضور أحد الطرفين، شريطة أن يكون قد عبر عن رضائه صراحة أمام سلطة مختصة قبل انعقاد مجلس إبرام عقد الزواج، وأنه لم يعبر عن سحب ذلك الرضى.

2- ألا يبرم عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين السن المحددة قانونا لذلك، إلا أن تكون السلطة المختصة قد أصدرت إعفاء من شرط السن لمصلحة الطرفين ولأسباب تراها جديّة لإصدار ذلك الإعفاء.

3- أن تقوم السلطة الوصية بإعداد سجلات رسمية، تسجل فيها جميع عقود الزواج التي تبرم على أراضيها سواء أكان طرفيها مواطنان أم أجنبيان.

وتتميز هذه التوصية، ولكونها صادرة عن الجمعية العامة لهيأة الأمم المتحدة التي تشمل جميع دول العالم تقريبا، بكونها تلزم جميع الدول الأعضاء في الجمعية العامة، وليس الدول الموقعة عليها فقط، وقد حددت هذه التوصية الحد الأدنى لسن الزواج بخمسة عشرة سنة لكلا الزوجين⁽¹⁾، وهو سن أدنى معقول وإن كان الأمر يختلف من منطقة من مناطق العالم إلى أخرى، ففي المناطق الحارة من العالم يكون سن البلوغ مبكرا لكلا الجنسين عنه في المناطق الباردة كأوروبا عموما وشمالها بصفة خاصة، حيث يتأخر البلوغ بسنوات عدة مما يجعل توحيد سن الزواج في العالم أمرا لا يتوافق مع هذه الاختلافات الراجعة لاختلاف المناخ، ولقد تداركت المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، هذا الخلل، حيث حددت السن الأدنى للزواج ببلوغ (سن الحلم والمراهقة) تماشيا مع اختلاف ذلك من منطقة من العالم إلى أخرى.

خامسا: حماية إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة⁽²⁾ لحق المرأة في الزواج

من الملاحظ أن الانتهاكات التي أساسها التفرقة والتمييز ضد الأشخاص والجماعات بسبب الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو أي معيار تعسفي آخر، من المحتمل أن ترتكب بطريقة منظمة وعلى نطاق واسع، وأن المرأة تعتبر إحدى الضحايا بامتياز لهذا التمييز الجائر بسبب ضعفها⁽³⁾، ولذلك صدر هذا الإعلان وغيره لجعل حد لهذا التمييز وعدم المساواة المطلقة على المرأة باعتبارها في نظر جميع المواثيق الدولية إجحافا لها.

(1) التقرير السنوي للأمم العام للأمم المتحدة، عن أعمال المنظمة في الفترة ما بين 1965/06/16 و 1966/06/15، الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة 21 (ج ع 6301)، ص 17.

(2) الإعلان الصادر في نوفمبر 1967 بشأن القضاء على التمييز ضد المرأة. -حمدي بدران، الآليات الدولية لحقوق المرأة، الوراق للنشر والتوزيع، عمان 2014، ص 90.

(3) محمد مصطفى يونس، المسؤولية الفردية عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 93.

وقد نصت المادة 2/6 "أ" على أنه: "يكون للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها وبرضاها الحر التام" وبذلك تكون هذه الفقرة من المادة 6 قد ساوت بين الرجال والنساء في الحق في الزواج، وحمت حق المرأة في حرية اختيارها لزوجها حسب رغبتها وإرادتها الحرة، دون أي إكراه من أية جهة كانت أي دون أي عيب من العيوب التي قد تصيب إرادتها.

ونصت الفقرة 3 من نفس المادة على أنه: "يراعى وجوب حضر زواج الصغار وخطبة الصغيرات غير البالغات واتخاذ التدابير الفعالة المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية اللازمة لتحديد حد أدنى لسن الزواج والإنجاب وتسجيل عقود الزواج في السجلات الرسمية" ولقد كان في زمن ليس بالبعيد شائعا في المجتمع الجزائري خطبة الصغيرات للصغار، مما كان يعرف بالتسمية ويقال أن: "فلانة مسمية لفلان" أي مخطوبة له رغم صغر البنت والطفل على السواء، لحين يكبران. ومما سلف يتبين أن هذا الإعلان قد أخذ بما ورد في التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1965/11/1 والخاصة بضرورة تحديد سن أدنى للزواج، وتسجيل عقود الزواج في السجلات الرسمية المعدة خصيصا لذلك، وطالب جميع الدول باتخاذ جميع التدابير التشريعية والتنظيمية اللازمة لتطبيق ذلك.

غير أن هذا الإعلان لا يتعدى كونه ذو قيمة أدبية، خال من أية صفة إلزامية، الذي جعل الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تتدارك هذا النقص.

سادسا: حماية حق المرأة في الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة(1)

من الملاحظ أن جميع النصوص دولية كانت أم إقليمية قد أوردت نفس التعريف للأسرة على أنها: "الخلية الطبيعية والأساسية للمجتمع" وإن كانت هناك بعض الاختلافات الطفيفة فيما يتعلق بالتعبير عن كيفية حمايتها، وغير خاف أن حماية حقوق المرأة لا تنفصل بأي حال عن حماية أسرتها، فإن كانت الأسرة هي المكون الأساسي للمجتمع فالمرأة هي المكون الأساسي للأسرة، ومن الملاحظ أن تحميل كل من الدولة والمجتمع معا مسؤولية حماية الأسرة أمر مجمع عليه(2).

وقد ورد في ديباجة الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، أن دور المرأة عظيم في رفاه الأسرة وفي تنمية المجتمع، الذي لم يعترف به حتى الآن على نحو كامل، والأهمية الاجتماعية للأمم وللدور الوالدين كليهما في الأسرة في تنشئة الأطفال، وأن دور المرأة في الإنجاب لا

(1) الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/24 بتاريخ 1979/12/18 ودخلت حيز التنفيذ في 1981/09/03.

(2) أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر تيزي وزو الجزائر، سنة 2010، ص20.

يجوز أن يكون أساسا للتمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلب بدلا من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل⁽¹⁾، ويعرف علماء الاجتماع الزواج أنه: "العلاقة الجنسية التي تقع بين شخصين مختلفين في الجنس يشرعها ويبرر وجودها المجتمع"⁽²⁾.

وعليه فالعلاقات التي يقيمها المثليون فيما بينهم، ولو بعد التغيير الجنسي الاصطناعي لا تعتبر زواجا، وبذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمقتضى قرارها المؤرخ في 17 أكتوبر 1986 في قضية ريس (Rees) ضد المملكة المتحدة بأن المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، عندما تضمن الحق في الزواج إنما تستهدف الزواج التقليدي بين أشخاص ذوي جنس بيولوجي مختلف⁽³⁾، وما زالت النساء في بعض المجتمعات الإنسانية تعاني مما يعرف بزواج التسوية، وأشارت إلى هذا النوع من الزواج المفروض على المرأة، المادة 1/ج من الاتفاقية الإضافية المتعلقة بإلغاء الرق وتجارة الرقيق والأنظمة والممارسات المماثلة للرق سنة 1956.

ومن مظاهر هذا الزواج؛ تزويج المرأة رغما عنها مقابل مبلغ مالي لأبيها أو وليها أو عائلتها أو أي شخص آخر أو جماعة.

تحويل المرأة إلى شخص آخر من قبل زوجها أو عائلتها مقابل قيمة أو شيء آخر.

انتقال المرأة على سبيل الإرث إلى شخص آخر بعد وفاة زوجها⁽⁴⁾، وهو ما يشبه بعض أنواع الزواج في المجتمع العربي الجاهلي قبل الإسلام. لذلك أكدت لجنة القضاء على التمييز تجاه النساء في توصيتها العامة رقم 21 في جلستها الثالثة عشر عام 1994 على أن "حق المرأة في اختيار... من ستتزوج معه يجب أن يكون محل حماية ودعم من قبل القانون"⁽⁵⁾.

وهذا ما يستلزم المساواة التامة بين الرجل والمرأة عند إبرام عقد الزواج بالرضى الحر الكامل⁽⁶⁾، ولأجل ذلك يجب أن يحدد القانون السن الأدنى للزواج⁽⁷⁾، ويعتبر الرضى الحر الكامل، وفرض حد أدنى لسن الزواج، حقان متلازمان معترف بهما للرجال والنساء على السواء ومفروضان في

(1) وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2009، ص102.
(2) دينك منشيل، ترجمه ومرجعة، إحسان محمد الحسن، معجم علم الاجتماع، دار الطليعة، بيروت، ط2، 1986، ص138.

(3) Vincent Berget, juris prudence de la cour européenne des droit de l'homme 4^e ed, SIREY, Paris 1994, pp295-297.

عن أمير يحيوي، مجرّع سابق، ص21.

(4) Centre pour les droit de l'homme, discrimination à l'égard des femmes : la convention et le comité, fiche d'information n°22 Genève, Février 1995, pp31-32.

-Office of the United Nations High commissioner for Human Rights and the departement for economic and social Affairs, the comily in internationl and regional human rights instrument united nations publication New York and Geneve 1999, p9.

(5) Office of the high commissioner for human rights and others, manual an human rights reparting united nations publication Geneve, 1997, p348.

(6) United Nations High commissioner for human rights, Op.cit, p10.

(7) Centre pour les droits de l'home, discrimination à l'égard des femmes, Op.cit, p32.

عدة نصوص دولية⁽¹⁾، وأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى قرارها رقم 2018 (xx) بتاريخ 1 نوفمبر 1965 توصية الرضى في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، حيث ورد في مبدئها الثاني أنه على الدول الأطراف أن تتخذ "الإجراءات التشريعية لتحديد السن الأدنى للزواج، الذي يجب في جميع الأحوال ألا يقل عن خمسة عشرة (15) سنة"⁽²⁾، غير أن صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة (UNICEF) يرى أنه يجب ألا تحمل البنت قبل سن الثامنة عشرة (18) سنة، لما للحمل قبل هذه السن من تأثيرات سلبية على الأم والرضيع على السواء. كما نصت المادة 2/16 من اتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه: "لا تترتب أي آثار قانونية على خطبة وزواج الأطفال وتتخذ كل التدابير الضرورية، بما في ذلك الأحكام التشريعية من أجل تحديد سن أدنى للزواج وفرض تسجيل الزواج في سجل رسمي" واستنادا لهذه المادة أقرت لجنة إلغاء التمييز ضد النساء في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة دورتها الثالثة عشرة (13) عام 1994 أن السن الأولى للزواج يجب أن تكون ثماني عشرة (18) سنة لكل من الرجال والنساء على السواء، وأن الدول التي تسمح بالزواج في سن أقل من تلك تخالف الاتفاقية. وأضافت اللجنة أن "الدول الأطراف يجب أن تفرض تسجيل كل عقود الزواج سواء أبرمت على الشكل المدني أو وفقا للعرف أو الدين"⁽³⁾.

ولقد أوردت المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في فقرتيها 1 و2 جملة من الحقوق الواجب ضمانها للمرأة. فإضافة ضمان نفس الحقوق عند إبرام عقد الزواج، وفي حرية اختيار الزوج وألا يبرم عقد الزواج إلا برضى المرأة الحر الكامل، وضمان نفس الحقوق والمسؤوليات مع الزوج أثناء قيام الرابطة الزوجية وعند فسخها، وجاء في الفقرة 1/هـ من المادة 16 أنه للمرأة نفس الحقوق مع الرجل "في أن تقرر بحرية وبإدراك عدد أطفالها والفواصل بين الطفل والذي يليه وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق" وكيف لا وهي وحدها المعنية بالحمل والإرضاع والعناية بصغارها؟

ونصت الفقرة 1/د من المادة 16 من الاتفاقية على أنه للمرأة: "نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال أو ما شابه ذلك من الأعراف حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول".

(1) Office of the united nations high commissioner for human rights and the departement for economic and social affaires, Op.cit, p9.

عن أعمر يحيوي، مرجع سابق، ص22.

(2) Centre of the Human rights, harmful traditional practices affecting the health of women and children, Fact sheet n°23 Geneve, August 1995, p19.

عن أعمر يحيوي، مرجع سابق، ص23.

(3) أعمر يحيوي، نفس المرجع السابق، ص24.

ومن الملاحظ أن الولاية عن الأطفال في قانون الأسرة الجزائري تكون للأب على أطفاله أثناء قيام الرابطة الزوجية وتنتقل للأم الحاضنة في حالة فك الرابطة الزوجية بحكم قضائي.

ونصت الفقرة 1/ز من المادة 16 من الاتفاقية على أنه: "نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل" والتساؤل الذي يجدد طرحه هنا ما المقصود، باختيار اسم الأسرة، هل يعني ذلك الاتفاق بين الزوجين على تسمي الأسرة باسم أسرة الزوجة مثلا أو بأي اسم آخر يتفقان على إطلاقه على الأسرة.

وبهذا يكون قد تم التطرق إلى ما ورد في أهم المعاهدات الدولية من نصوص حامية لحق المرأة في الزواج وفي تكوين أسرة وباقي الحقوق المترتبة عنه.

خلاصة القول: إن اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لا يعني بأي حال من الأحوال، أن مبدأ المساواة الكاملة بين الرجال والنساء قد تحقق في جميع أنحاء العالم، فذلك أمر مازال بعيد المنال ويتطلب بذل الجهد الكثير، غير أنه يمكن القول، أنه أصبح مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام وصار من الممكن مساءلة جميع الدول الموقعة على الاتفاقية على عدم امتثالها لهذا المبدأ الذي بات بمثابة حجر الزاوية لكافة حقوق الإنسان.

إن مجرد سن قوانين ملزمة ترمي إلى منع التحيز لأحد الجنسين على حساب الجنس الآخر، لا يكفي لتطبيق القاعدة القانونية الأساسية التي هي حظر جميع أشكال التمييز ضد المرأة ميدانيا، ووفاء جميع الدول الأطراف بها، ولذا لم تتوقف الاتفاقية عند حد المطالبة بمساواة النساء بالرجال، وإنما ذهبت إلى حد وصف التدابير الواجب اتخاذها لضمان تمكن المرأة في كل مكان من العالم من الحصول على جميع ما هو لها من حقوق.

ولذا تم إنشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بموجب نص المادة 17 من الاتفاقية، وهي مكلفة بمهمة مراقبة تنفيذ الدول الأطراف للاتفاقية الموقع عليها.

وقد أجريت دراسة تحليلية اعتمدت على مقابلات مع الفاعلين في مجال الدفاع عن المرأة، وبعض الإحصائيات تدرج في إطار برنامج تعزيز المساواة بين المرأة والرجل بالمنطقة الأوروبية، الممول من قبل الاتحاد الأوروبي، وأنجزت هذه الدراسة وفقا لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" والمؤتمر الوزاري بأسطنبول سنة 2006 وركزت على الإصلاحات القانونية في الجزائر، ومنها قانون الأسرة والجنسية، والتعديل الأخير للدستور، ومع تأكيدها على أهميتها في إقرار المساواة بين الجنسين، غير أنها اعتبرت أن صدور التشريعات الخاصة بتدعيم حقوق المرأة في الجزائر بمراسيم رئاسية، يدفع إلى التساؤل عن مدى التزام مؤسسات الدولة المنتخبة وعلى رأسها البرلمان بتطبيق هذه القوانين، وذهب التقرير إلى حد التشكيك في دور هذا الأخير، في

إقرار المساواة بسبب هيمنة المحافظين عليه، وخلص في هذا المحور إلى وجود تفاوت كبير بين ما هو منصوص عليه في التشريعات الوطنية وبين ما هو سائد من ممارسات.

وفي نفس السياق تطرق التقرير إلى مشاركة المرأة في مراكز صنع القرار، التي ضلت ضعيفة رغم الإرادة السياسية المعلن عنها، بسبب تغييب العنصر النسوي في الهياكل والبرامج السياسية، بالإضافة إلى النظرة الموصوفة بالسلبية في مراكز القرار ومواقع السلطة، وأشار التقرير إلى نقص التكوين السياسي من أجل اندماج المرأة في الحياة والبرامج. وكذا انعدام "المصلحة السياسية" لإدماج المرأة في الهياكل والبرامج بسبب استمرار "نظام تمييزي" من القيم. ودعى تقرير الجزائر إلى رفع تحفظاتها على اتفاقية "سيداو" وتعزيز البحوث حول دور المؤسسات الاجتماعية، مثل المساجد والمدارس ووسائل الإعلام والأسرة، لإبراز تأثيرها، وتحديد أنسب التدابير لتحسين وضعيتها، كما طالب بإعادة النظر في المعايير التقليدية، ونظم القيم السائدة بالإضافة إلى تبادل الخبرات ذات الصلة مع بلدان أخرى بالمنطقة.

وفيما يتعلق بالعنف ضد النساء أشار التقرير إلى وجود فراغ قانوني يستدعي ملأه، ويتعلق بتسامح المجتمع مع العنف ضد النساء، وتهوين الأسرة لهذا الموضوع، وأكد معدوا التقرير على ضرورة تجريم العنف المنزلي وحماية الشهود في هذه القضايا كطريقة للردع، وإنشاء مراكز للمعالجة والتكفل بفئة النساء ضحايا العنف، وتقديم العون القانوني والنفسي لهن⁽¹⁾.

من جهة أخرى خلاص التقرير، حول وضعية المرأة والمساواة بين الجنسين في الجزائر، إلى غياب ثقافة قانونية حول حقوق المرأة، وكذلك غياب آليات لمتابعة وتقييم جهود القضاء على التمييز، كما دعى إلى وضع آليات لمراقبة النظام التربوي وزرع المساواة، بالإضافة حتى إلى تحويل الوزارة المنتدبة المكلفة بشؤون الأسرة وقضايا المرأة إلى وزارة قائمة بذاتها⁽²⁾.

إن ما يمكن قوله في هذا التقرير بالذات، وأمثاله، أنه لا يعدو كونه وسيلة من وسائل الضغط، المسلطة على الدول الموقعة على اتفاقية "سيداو" مع إدراج بعض التحفظات على المواد التي لا تتوافق مع مبادئها، ومنها الدول الإسلامية عامة والجزائر بصفة خاصة، فمعدوا التقرير يعلمون جيدا أن الهيئة التشريعية الجزائرية، لم ترق، لا شكلا ولا مضمونا، إلى درجة النضج التي تمكنها من رفض أي مشروع قانون تطرحه أمامها السلطة التنفيذية، ولا تستطيع، في نفس الوقت، الاعتراض على ما تسنه هذه الأخيرة من تشريعات بمراسيم، ولو كانت الهيئة التشريعية عاكسة لإرادة الأمة الجزائرية، لكان أول ما ترفضه هذه الهيئة هو التوقيع على اتفاقية "سيداو" مبدئيا، وما يستتبعها من تقارير ضاغطة على

(1) لقد كان لمعدوا التقرير ما طلبوا فامثالاً لذلك تم تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية، العدد 71 المؤرخ في 2015/12/30 ليتماشى مع ما تم طلبه.

(2) يومية الفجر ليوم الأربعاء 11 رجب 1432 الموافق لـ 15 جوان 2011.

سيادة الأمة، ومتدخلة في أدق خصوصياتها وثوابتها، ولكانت الجملة التي لا يخلو منها أي قانون أو تقرير أو خطاب صادر عن الهيئة التشريعية هي: "مالم يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية" لذا فما ورد في هذا التقرير مجرد ذرٍّ للرماد في العيون بهدف تمرير المطالب الضاغطة التي تضمنها هذا الأخير برفع التحفيزات. وما يمكن قوله عموماً حول تقارير كهذه، وبغض النظر عن أغراضها الظاهرة والخفية، وعن الدوافع التي تحرك معديها ومع استبعاد جميع الاعتبارات الاحتياطية، نجدها لا تخلو على الأقل من أسباب المآخذ، كونها لا تعير أي اعتبار لخصوصيات الدول والشعوب التي تكتب حولها، منتهجة في ذلك سياسة "لا أريكم إلا ما أرى"، بل يمكن القول أن القارئ لهذه التقارير يشعر من خلالها، برغبة محرريها الجامحة، في الدفع، بكل ما أوتوا من قوة نحو اجتثاث هذه الدول من أصولها، واختزال كل ما تراكم لديها عبر أحقاب الأزمان المتعاقبة، من موروثات تكون شخصيتها، في معاهدة وقعت عليها بصفة إرادية وتحفظت على ما تشاء منها، وتبقى لها كامل الحرية لتنسلخ منها متى رأت ذلك من الضرورة بمكان. غير أن تقارير ضاغطة كهذه تريد فرض نمط معين على دول العالم، يعتقد أصحابه أنه الأمثل وأن على جميع الدول والشعوب الامتثال له والأخذ به طوعاً أو كرهاً.

ومع كل ما تقدم يمكن الجزم أن المرأة عبر أنحاء المعمورة لن تحررها معاهدة كمعاهدة "سيداو" فقط، وهي التي خاضت عبر تاريخها الطويل المرير، معركة مطالبتها بحقوقها على أنهار من الدماء والدموع، وهاهي رغم مرور ما يقارب الأربعة عقود على اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدها، ورغم ما حققته، يبدو جلياً، على أرض الواقع، أن محتوى هذه الاتفاقية، شأنها شأن مثيلاتها، الخاصة بتمكين المرأة عبر أصقاع المعمورة من مكانتها اللائقة بها، تبقى حبرا على ورق، لتستعمل كخطابات مدوية، في الفضاءات الواسعة كلما برزت الحاجة للحديث عن حقوق المرأة. فالمرأة عبر أرجاء العالم مازالت تعاني الضغوط اللاإنسانية والتحقير والمعاملة القاسية والمهينة، التي تحط من كرامتها وترسخ دونيتها، ويُشعل أزيز هذه المآسي، التقاليد والأعراف والمعتقدات الذكورية⁽¹⁾، في كثير من المجتمعات المتخلفة بصفة خاصة، ومن خلال ملاحظة ما يدور في مختلف أنحاء العالم، يبدو للمتأمل أن الغرب الذي ما فتئ يحمل راية حقوق الإنسان عامة، وحرية وحقوق المرأة بصفة خاصة، ويستعمل هذه الشعارات كقميص عثمان للتدخل والاعتداء في مناطق مختلفة من العالم، قد سقط كحضارة، ولم يبق سوى كقوة غاشمة ولم يبق في ساحة القيم والأخلاق إلا الإسلام، ورغم أن حرباً عالمية ثالثة تدار في جميع القارات ضد الإسلام، فلقد وضع الغرب في الامتحان وسقط، فلم يعد حضارة بل بقي قوة غاشمة فقط، وهذا لا يعني أن العالم الإسلامي سيستطيع اللحاق بالغرب في الأجل المنظور،

(1) وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 1009، بيروت، لبنان، ص 6 و7.

بسبب اتساع الهوة بينهما، لكن العالم سيركع أمام المسلمين لإنقاذه شريطة أن يفهم المسلمون دينهم فهما صحيحا ويلتزمون بمبادئه التزاما كاملا سليما من شوائب الجهل والتطرف⁽¹⁾.

المبحث الثاني: حماية المرأة في الدساتير الجزائرية

تعد الدساتير في جميع دول العالم الأساس الراسخ الذي يعتمد عليه نظام الحكم، ويستلهم منه المبادئ في صياغة كل التشريعات، وضامنا مهما لحماية حقوق جميع المواطنين، ومسرحا واسعا للمساواة والعدل بين كل أفراد الشعب وبين الدولة وباقي دول العالم أجمع.

ولقد شملت دساتير الجمهورية الجزائرية كل هذه المقاييس المذكورة، فقد سارت بين جميع المواطنين ذكرانا وإنثا حكما ومحكومين ولم نفرق بين المواطنين على أي أساس كان سواء أكان دينيا أو مذهبيا أو عرقيا أو جنسيا، وبذلك يكون قد عكست القيم الإسلامية الرفيعة المتأصلة في الشعب الجزائري، إضافة للعمل بالقانون الدولي والالتزام باحترام حقوق الإنسان والمواثيق والاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجمهورية، وهي تشكل قاعدة صلبة لتجريم أي تمييز ضد المرأة، فدستور الجمهورية يشكل الضامن الرئيسي لحماية حقوق الإنسان والمواطن عموما، والذي من خلال مبادئه تتفرع القوانين الأخرى⁽²⁾، فما هي الضمانات الدستورية لحماية المرأة في مختلف دساتير الجمهورية الجزائرية، المتعاقبة منذ أول دستور لها سنة 1963 وإلى آخر تعديل سنة 2008.

ولقد خصص المؤسس الدستوري الجزائري حماية دستورية للمرأة مما جعلها تنبؤا المكانة اللائقة بها في المجتمع من حيث كونها، أما زوجة وبنات وقريبة وعاملة وموظفة، ومراكز عديدة أخرى، مما يجعل حمايتها من حماية المجتمع ككل، لهذا كان لتواجدها في المنظومة التشريعية، سواء في جانبها الجزائري أو المدني، وزنه، ومن ثم كان لزاما استقراء هذا التواجد التشريعي، ورصد مقتضياته القانونية ومحاولة الوقوف عما إذا كانت تستجيب لواقع الحياة العامة والخاصة لهذه المرأة، في جميع صورها.

لقد دأبت الدولة الدستورية على إلحاق مجال الحقوق والحريات بالاختصاص التأسيسي أكثر منه بالتشريعي ضامنا منها لهذه الحقوق والحريات، فرغم أن القانون بحكم حيويته وانتشاره وحضوره الدائم في البيئة الاجتماعية والاقتصادية، يتولى السيطرة على كثير من الأمور، الشيء الذي يفقده الدستور، لكن يعتبر الدستور دائما ذا قيمة أعلى من القانون، وبالتالي فإنه كلما وضعت "القواعد" ضمن الدستور

(1) إبراهيم عوض، إسلام الأستاذ الجامعي الأمريكي - د. جيفري لانج - ملتنقى أخل التفسير. www.vb.tafsir.net

(2) صالح علي المرفدي، حماية المرأة من العنف من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريع الجنائي اليمني، مجلة جامعة عدن للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلة علمية محكمة، نصف سنوية، المجلد 9، العدد 17 ديسمبر 2005، ص 152.

إلا وكانت تحضى بأعلى المراتب في النظام التسلسلي، مما يجعل القواعد الأخرى أقل منها شأنًا وإن توفرت لديها حماية ونفاذية أكثر.

فالقواعد الدستورية إنما هي ضمانات (Garanties) ولعل الضمانات هي المبادئ مثل: مبدأ المشروعية وعدم رجعية القانون والقانون الأصلح للمتهم... وإلى ذلك من المبادئ، بينما تهدف القواعد القانونية إلى حماية حق الفرد وحريته من كل اعتداء، وترتب جزاءات على كل انتهاك، فالحماية (Protection) أكثر فعالية من الضمان لكونها مشمولة بالردع، ولكن طبيعة النص الدستوري تختلف عن طبيعة النص الجزائي⁽¹⁾.

وللإجابة على إشكالية مدى درجة حماية المرأة الجزائرية في دساتير الجمهورية ستتم دراسة مواد الدساتير المتعاقبة، المتعلقة بهذا الموضوع تباعاً:

المطلب الأول: حماية المرأة في دستوري 1963-1976

المطلب الثاني: حماية المرأة في دستوري 1989-1996

المطلب الثالث: حماية المرأة في دستوري 2015-2016

المطلب الأول: حماية المرأة في دستوري 1963-1976

كان دستور 8 سبتمبر سنة 1963 أول دستور عرفته الجمهورية الجزائرية الفتية غداة الاستقلال خلال مرحلة انتقالية مرت بها الدولة الجزائرية. فلقد نصت اتفاقية إيفيان على انتخاب الجزائريين لمجلس وطني تأسيسي يتولى وضع دستور للبلاد عقب استفتاء تقرير المصير، إضافة إلى اختصاصات أخرى⁽²⁾، وقد وافق المجلس التأسيسي على حكومة أحمد بن بلة في 28 سبتمبر سنة 1962 لكنه عندما بدأ المجلس التأسيسي في إعداد أول دستور للجزائر استحوذ المكتب السياسي للحزب على هذه المهمة، بحجة أن المجلس غير قادر، استيعاب الموضوع الحقيقي للثورة والاستجابة لطموحات الشعب في العدالة الاجتماعية، وكلف لجنة بدل المجلس لإعداد مشروع الدستور ثم عرضه على ندوة وطنية لإطارات الحزب فصادقت عليه يوم 31 جويلية 1963 في اجتماع في سينما (ماجيسيتيك) وقد أدى هذا التصرف إلى خلاف مع رئيس المجلس التأسيسي فرحات عباس الذي قدم استقالته ورغم ذلك قدم المشروع للمجلس التأسيسي في سبتمبر 1963 وعرض على الاستفتاء الشعبي ونشر في الجريدة الرسمية في 10

(1) يوسف حاشي، النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 420 و 421.

(2) نصت المادة 24 من الاتفاقية الثانية من اتفاقيات إيفيان على أنه: "تنظم الهيئة التنفيذية المؤقتة في خلال ثلاثة أسابيع انتخابات لتشكيل الجمعية الوطنية الجزائرية التي تتسلم منه السلطات، أنظر الأمر المؤرخ في 16 جويلية 1962 والمتضمن اختصاصات المجلس الوطني التأسيسي.

CF. Anisse Flary, Bey, L'assemblée nationale constituante algérienne Maurice Flary, Jean Louis niege (sous la responsabilité de l'annuaire de l'Afrique du nord, centre national de la recherche scientifique, Paris, Edition du CNRS 1964, p119.

وقد حددت مهام المجلس بموجب القانون الصادر يوم 20 سبتمبر 1962 بـ: "وضع دستور للبلاد، تعيين حكومة مؤقتة، التشريع باسم الشعب الجزائري".

سبتمبر 1963، ولم يعمر هذا الدستور سوى أياما قليلة حيث جمده رئيس الجمهورية أحمد بن بلة في 09 أكتوبر 1963 استنادا لنص المادة 59 منه التي جاء فيها: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ التدابير الاستثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية ويجتمع المجلس الوطني وجوبا"، وقد تم إلغاء دستور 1963 نهائيا بموجب الأمر 65/182 الصادر في 10 جويلية 1965 إثر انقلاب 19 جوان 1965.

ما يمكن ملاحظته مما تقدم، هو أن انتخاب مجلس تأسيسي لوضع دستور للبلاد سنة 1963 لم يكن تفعيلًا للسيادة الشعبية ولا لإحلال الديمقراطية وإنما كان تطبيقًا لما ورد في اتفاقيات إيفيان، وسرعان ما تم الانقلاب عليه. وأن الدستور الذي تم وضعه والاستفتاء عليه كان دستور أزمة، الشيء الذي أنجز على باقي الدساتير التي تلتها تباعا فيما بعد ليعتبر بمثابة رأس الحرية في رسم الخط السياسي العام.

ولقد كان القصد من وراء هذا الدستور في حقيقة الأمر هو إرساء النظام الاشتراكي الذي تبناه نظام الحكم آن ذاك وسطره القادة السياسيون بعد انتصار الثورة التحريرية المباركة في برنامج طرابلس سنة 1962⁽¹⁾، ولقد تضمن هذا الدستور أكثر من 15 مادة تكرر اعتراف الدولة الجزائرية بحقوق الإنسان والحريات الأساسية للمواطن، وتبين موافقة الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والانضمام إلى جميع المنظمات الدولية التي تستجيب وتتوافق أهدافها مع تطلعات الشعب الجزائري، التوافق للحرية والتقدم في شتى الميادين⁽²⁾ بالطريقة التي كان يراها واضعوا الدستور بالطبع، ولقد كرس دستور 1963 مبدأ المساواة بين جميع المواطنين الجزائريين دون أي تمييز لأي سبب من الأسباب قد يتم اختلاقه من طرف أي جهة كانت، وفي أي مجال من المجالات، بما في ذلك التمييز بسبب الجنس، ليتساوى جميع الجزائريين والجزائريات في الحقوق والواجبات⁽³⁾ كما أقر دستور 1963 لجميع المواطنين والمواطنات البالغين سن الرشد على السواء دون أي تمييز بحق الانتخاب، والترشح، وبذا تكون المرأة الجزائرية الخارجة لتوها من ملحمة الجهاد المقدس لتحرير البلاد والعباد من رقة الاستعباد الهجمي، تكون من بين أولى أخواتها العربيات المتمتعات بهذا الحق، في ذلك العهد رغم فتوة الدولة الجزائرية.

(1) أوردت ديباجة دستور 1963: "...تشديد البلاد وفاء منها للميثاق الوطني الذي أقره المجلس القومي للثورة الجزائرية في طرابلس وطبقا للمبادئ الاشتراكية.."

(2) المادة 11: "توافق الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنظم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمصالح الشعب الجزائري، وذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي".

(3) المادة 12: "لكل المواطنين من الجنسين نفس الحقوق ونفس الواجبات".

كما ورد في الديباجة وجوب سعي الدولة الجزائرية على الخصوص: "التعجيل بترقية المرأة قصد إشراكها في تدبير الشؤون العامة وتطوير البلاد ومحو الأمية وتنمية الثقافة وتحسين السكن والحالة الصحية العامة..." (1).

ولقد استوعبت المرأة الجزائرية جيدا الدور المناط بها فبادرت بكل جراءة باقتحام جميع مجالات الحياة الوطنية العامة بالقدر الذي يمكن في ذلك الوقت لكل دون أي تردد أو تحفظ أو أي تمييز من أي نوع كان، فأخذت للحياة سلاحها العلمي وخاضت خطوب دفع عجلة التطور ولم تهب.

ولقد أورد دستور 1963 عزم الدولة الجزائرية على تحمل جميع تبعات حماية الأسرة الجزائرية، بواسطة تسخير جميع الإمكانيات القانونية والسياسية والمادية المتاحة وعيا بأن سلامة المجتمع وقوته من سلامة وقوة خليته الأساسية وهي الأسرة (2)، كما تضمن الدستور إجبارية التعليم على جميع الجزائريين والجزائريات دون تمييز، إلا ما تعلق بقدرات واستعدادات كل شخص للنهل مما توفره مدارس الجمهورية، العمومية، أو ما تعلق باحتياجات الوطن من اختصاصات ومهارات ضرورية وإستراتيجية، يجب تكتسبها العقول والأيدي الجزائرية (3).

كما تضمن هذا الدستور ضمان الدولة لمجموعة الحقوق ذات الطابع السياسي كحرية التعبير وحرية الصحافة وضمان حق الدفاع، وضمان حق العمل واحترام كرامة الإنسان واستنكار التعذيب، وحرية تأسيس الجمعيات غير السياسية لأن هذا الدستور لا يعترف إلا بحزب واحد هو حزب جبهة التحرير الطلائعي، ومن جهة ثانية فإن مفهوم الحرية أن ذاك كان يقصد به، حرية في إطار مبادئ الإيديولوجية الاشتراكية وتمارس في إطار هياكل الحزب الواحد والوحيد.

حق الانضمام إلى النقابة الوحيدة مضمون، وحق الإضراب مضمون، وكل دون أي تمييز بين الجنسين مما يجعل المرأة الجزائرية تقف على قدم المساواة مع الرجل ويتمتعان بنفس الحقوق ويتحملان نفس الواجبات والأعباء أمام القانون، كأداء الضرائب والمساهمة في الحياة العامة والحفاظ على الوحدة الوطنية والدفاع عن الوطن وصيانة أسرار الدولة إذا كان المواطن من الجنسين، موضعاً لها وغيرها (4)،

(1) المادة 13: "لكل مواطن استكمل 19 عاما من عمره حق التصويت".

(2) المادة 17: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع".

- المادة 18: "التعليم إجباري والثقافة في متناول الجميع بدون تمييز إلا ماكان ناشئا عن استعدادات كل فرد وحاجيات الجماعة".

(3) المادة 19: "تضمن الجمهورية حرية الصحافة وحرية وسائل الإعلام الأخرى وحرية تأسيس الجمعيات وحرية التعبير ومخاطبة الجمهور وحرية الاجتماع".

جاء في الديباجة: "إن ضرورة قيام حزب الطليعة الواحدة ودوره المرجع في إعداد مراقبة سياسة الأمة..

- المادة 10: "تتمثل الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في تشييد ديمقراطية اشتراكية.

(4) المادة 12: "لكل المواطنين من الجنسين نفس الحقوق ونفس الواجبات.

- المادة 29 كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

- المادة 62: "على كل مواطن أن يؤدي بإخلاص واجباته تجاه المجموعة الوطنية".

غير أنه لم تتح لهذا الدستور فرصة تطبيق مواده على أرض الواقع، حيث جمده رئيس الجمهورية آنذاك استنادا لنص المادة 59 منه التي تنص على : "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ التدابير الاستثنائية لحماية استقلال الأمة" فلم يعمر إلا ثلاثة عشر يوما وبقي مجمدا إلى أن تم إلغاؤه نهائيا سنة 1965.

ثم جاء دستور 19 نوفمبر 1976 مرسخا وموطدا للتوجه الاشتراكي ورغم أنه لم يشر للأحكام الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلا أنه يمكن اعتباره بحد ذاته إعلانا لحقوق الإنسان، ولا غزو لأن الجزائر تبنت دون تحفظ المبادئ التي تضمنها ميثاق الأمم المتحدة، فنص الدستور على ضمان حماية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، وواجباته بالتساوي بينهم جميعا دون أي تمييز على أي أساس كان، عرقي، أو جنسي، أو على أساس حرفي، وهي اللبنة الاشتراكية البارزة⁽¹⁾ كما جعل دستور 76 الناس أمام القانون سواسية كأسنان المشط⁽²⁾، ونص على تكفل الدولة بحماية مساواة المواطنين في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإزالة جميع العقبات التي قد تحد من هذه المساواة أو تعيق ازدهار وتطور الإنسان نحو الأفضل، أو تمنع أي مواطن كان من الجنسين من ممارسة حقه في المشاركة فعليا وبكل ما أوتي من كفاءة، في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي للبلاد⁽³⁾، ورغم كل هذه الضمانات الصريحة للمساواة بين الجنسين خص واضعو دستور 76 المرأة الجزائرية بنص خاص وكأنهم يريدون بذلك التأكيد على تمتيعها، بجميع حقوقها السياسية والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية كاملة دون نقصان والتوكيد على أن الدستور يحمي حقها في ممارسة هذه الحقوق تجاه أي كان قد يفكر في مصادرتها منها⁽⁴⁾.

ولقد فتح دستور 76 الباب واسعا أمام المرأة الجزائرية في تقلد أي منصب على سلم الوظيفة العمومي في مؤسسات الدولة المختلفة مهما كانت درجته دون قيد أو شرط، ما عدا قيد الكفاءة والأهلية لاستحقاق المنصب المراد شغله⁽⁵⁾، وقد جعل المواطنين الجزائريين من الجنسين متساوين في الأجر ماداموا متساوين في العمل، ويحدد الأجر طبقا لنوعية العمل وحجمه الفعلي لا غير⁽⁶⁾، ولقد أكد دستور 76 حق المرأة الجزائرية في الانتخاب والترشح لأي منصب سياسي تريد الترشح إليه مهما كان دون تمييز بينها وبين الرجل⁽⁷⁾، كما ضمن الدستور حرية الرأي والمعتقد والتعبير والاجتماع وحرية إنشاء الجمعيات والحق النقابي والحقوق الشخصية للفرد، كحقه في حرمة حياته وشرفه ومسكنه، وحرية

(1) المادة 39: "تضمن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن...".

(2) المادة 40: "القانون واحد بالنسبة للجميع...".

(3) المادة 41: "تكفل الدولة المساواة لكل المواطنين...".

(4) المادة 42: "يحمي الدستور كل الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة الجزائرية".

(5) المادة 44: "وظائف الدولة والمؤسسات التابعة لها متاحة...".

(6) المادة 4/59: "تخضع الأجور للمبدأ القائل 'التساوي في العمل يستلزم التساوي في الأجر'".

(7) المادة 58: "يعد كل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية ناخبا وقابلا للانتخاب عليه".

الابتكار الفكري والفني والعلمي وسرية المراسلات والاتصالات، وحق الدفاع، وذلك كله دون أي تمييز بين الجنسين، وقد نصت المادة 71 منه على معاقبة كل من يرتكب المخالفات ضد الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، وهذا جانب جزئي مهم، وتجدر الإشارة إلى أن مجال الحقوق السياسية في دستور 1976 ضيق نظرا لطبيعة النظام السياسي والاقتصادي المنتهج، إذ نص مثلا على منع الإضراب في القطاع العام مع فسخ المجال لممارسته في القطاع الخاص.

المطلب الثاني: حماية المرأة في دستوري 1989-2008

رسم دستور 23 فبراير 1989 معالم طريق تغيير نظام الحكم في الجزائر من اتجاه اشتراكي، عمر منذ الاستقلال إلى نمط نظام سياسي واقتصادي رأسمالي، فتنبى التعددية الحزبية من خلال فتح المجال وضمان الحق في إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي، واشتمل على بنود خاصة بالحقوق الحريات، إضافة إلى ما أورده دستور 1976 فأضاف حقوقا جديدة ذات طابع سياسي، كضمان الدفاع الفردي والجماعي عن الحقوق الأساسية للإنسان، الحق في الأمن وحرمة الإنسان، وحضر العنف البدني والمعنوي، حرية التعبير والاجتماع وإنشاء الجمعيات، حماية الصحة، الحق في العمل والحق النقابي، والحق في الإضراب في القطاعين الخاص والعام، وحدد شروط الحبس الاحتياطي في مجال التحقيق الجزائي، كما أشار في المادة 149 إلى إنشاء المجالس المنتخبة، وهي نوع من الرقابة الشعبية التي تسمح بتسيير شؤون الدولة، كما نصت المادة 153 على إنشاء المجلس الدستوري ليتولى مراقبة مدى مطابقة التشريعات الداخلية للدستور. وكمعظم الدساتير، ورغم تأكيد دستور 1989 على حقوق الإنسان إلا أنه لم يشر إلى الوسائل والإجراءات التي يجب على الدولة أن تتخذها لتجسيد مبدأ المساواة وتمكين المواطنين من الاستفادة من الحقوق والحريات العامة المضمنة دستوريا، والحقيقة أنه بقدر ما أسهبت الإعلانات والنصوص في سرد الحقوق والحريات تجاهلت ترتيب أي آليات من أجل تجسيد الممارسة الفعلية لها، إن مجرد اعتبار الدستور إطارا قانونيا ضامنا لنفاذية هذه الحقوق لم يكن ليؤدي هذه المهمة وظلت بالتالي ساحة الدولة خالية من كل التزام تجاه ضمان نفاذية هذه الحقوق والحريات ولا يوجد في كثير من المنظومات الدستورية ما يجبر الدولة بشكل مباشر وصريح على احترام الحقوق والحريات والتدخل إيجابي لإعمال نفاذها. إلا في ألمانيا إذ جاء في الدستور أن الحقوق والحريات المنصوص في المتن تجبر "السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، والسلطة القضائية على الالتزام بها كحقوق قابلة للتطبيق مباشرة"(1).

(1) Ils « lient le pouvoir, législatif, le pour exécutif, le pouvoir judiciaire a titre de droit directement applicable ». P-Pactet ; institutions politique et droit constitutionnel 18^{ème} édit (1999) Armond Colin, p183.

- عن يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، مرجع سابق، ص427.

مما جعل الهيئة الأممية تلاحظ بأن الحقوق التي تنص عليها الأحكام الدستورية تسمى في بلدان كثيرة بالحقوق الأساسية، إلا أنه ليس من السهل تحديد الطبعة المميزة لهذه الأحكام، المتعلقة بالحقوق الأساسية إذ يتوقف ذلك، من ناحية على كيفية أداء الدستور، وعلى الأخص أحكامه المتعلقة بالحقوق الأساسية، لمهمته في إقامة العدالة في دولة بعينها وعلى ماهية الدور الذي يلعبه، وبصفة خاصة على كيفية إظهار أولويته في سلم النظام القانوني⁽¹⁾، ومن الملاحظ أن الحقوق والحريات التي تضمنها كل من دستور 1976 ودستور 1989 قد تناولتها الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾.

ورد على لسان رئيس الجمهورية في الكلمة التي ألقاها بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2008-2009 أنه يهدف إلى ترقية الحقوق السياسية للمرأة وتوسيع خطوط تمثيلها في المجالس المنتخبة على جميع المستويات، وقد أورد التعديل الدستوري سنة 2008 في مادته 31 مكرر نفس الصياغة "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة. يحدد قانون عضوي كيفية تطبيق هذه المادة".

ويهدف هذا التعديل، كما هو معلن، إلى تحقيق تمثيل نيابي، بشكل يعكس مكانة المرأة الحقيقية في المجتمع وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين المواطنين، واعترافاً بتضحيات المرأة الجزائرية إبان المقاومة الوطنية ثم الثورة المسلحة وبمساهمتها في مسيرة التشييد الوطني...⁽³⁾.

وقد أكد المجلس الدستوري أن ذلك مستمد من "المطلب الديمقراطي المذكور في الفقرة 8 من ديباجة الدستور الذي يقضي بأن تبنى المؤسسات حتماً على مشاركة جميع المواطنين والمواطنات في تسيير الشؤون العمومية وتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وحرية الفرد والجماعة"⁽⁴⁾.

والحقيقة أن ذلك تم استجابة والتزاماً بما ورد في الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 (CEDAW) التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ⁽⁵⁾. وتنص مادتها الرابعة على أنه: "لا يعتبر من قبيل التمييز اتخاذ الدول تدابير مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية ولكن يجب ألا يستنتج على أي نحو الإبقاء على معايير متكافئة ويجب وقف هذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ الفرص والمعاملة".

(1) حقوق الإنسان: سلسلة دراسات، منشورات الأمم المتحدة بنيويورك 1990 "الحرية المكفولة للفرد بمقتضى القانون" عن حاشي يوسف، المرجع السابق، ص 428.

(2) تم تبني هذه الاتفاقية في إطار هيئة الأمم المتحدة بعد المصادقة عليها من طرف 35 دولة ودخلت حيز التنفيذ اعتباراً من 1973/03/23 ووردت مقننة في 53 مادة.

(3) من بيان المجلس الوزراء عقب مصادقته على مشروع التعديل الدستوري.

(4) من رأي المجلس الدستوري رقم 08-01.

(5) انضمت الجزائر لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996.

وقد صدر القانون العضوي رقم 12-03 المؤرخ في 12 يناير 2012 الذي أحالت عليه المادة 31 مكرر من الدستور، والذي بدأ العمل الفعلي به بمناسبة الانتخابات التشريعية والمحلية لسنة 2012 الأمر الذي سمح بارتفاع عدد العنصر النسوي داخل الغرفة السفلى، حيث بلغ عددهن 146 من مجموع 462 نائبا الذين يشملهم المجلس الشعبي الوطني، وهو ما يقارب ثلث أعضائه، الأمر الذي جعل المرأة الجزائرية تحقق قفزة عددية تقدمت بها على عدد نساء جميع برلمانات الدول العربية، وحتى عدد نساء برلمانات بعض الدول الغربية كفرنسا وسويسرا والولايات المتحدة، وإن كانت المقارنة من حيث النوعية غير واردة البتة، لا من حيث نوعية النساء البرلمانيات ولا من حيث طريقة انتقائهن ولا من حيث شفافية الانتخابات ونزاهتها. ورغم كل ذلك فاستعمال طرق كهذه ليست في صالح المرأة البرلمانية لكونها ليست مؤهلة لتولي أسمى المهام في الدولة، لأنه يستحيل عليها أن تكتسب خلال عهدة برلمانية مافاتها طوال عمرها كله، وبذلك لا يكون حشرها بأعداد كبيرة في البرلمان في صالح المجتمع.

المطلب الثالث: حماية المرأة في دستوري 2015-2016

نصت المادة 31 مكرر 2 من دستور 2015 على أن: "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".

وتنص المادة 51 من نفس الدستور على أنه: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط غير الشروط التي يحددها القانون".

وبذلك وبعد إتمام المرأة عدديا في المؤسسات السياسية، أورد دستور 2015 تدارك مسألة تشجيع المرأة الجزائرية على اقتحام مناصب المسؤولية، في الهيئات والإدارات العمومية في الدولة وكذا على مستوى مختلف المؤسسات بجميع أنواعها.

ويؤكد على تساوي جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة، على جميع المستويات ودون أي شروط تمييزية، ماعدا تلك الشروط التي يحددها القانون، والتي يلتزم بها الجميع. والحقيقة أن هذا التوكيد يعتبر تحصيل حاصل من الناحية التشريعية، لأنه لم يكن هناك أية تفرقة بين الرجل والمرأة في تولي المناصب في الدولة، لا في الدساتير السابقة ولا في القوانين، وإنما ورد النص على ذلك في الدستور لإتمام عقد المنظومة التشريعية المتعلقة بترقية المرأة من جهة ومن جهة ثانية لإعطاء دفعة معنوية للجانب التطبيقي لمسألة إقحام العنصر النسوي في مناصب المسؤولية، والأمر هنا يختلف عن سابقه المتعلق بالمؤسسات السياسية التمثيلية لما تضمنه قوانين التوظيف من أدنى الشروط الواجب توافرها في أي شخص من أي جنس كان يطمح إلى تولي أية وظيفة في الهيئات الإدارية العمومية أو في

المؤسسات، شروط لا يمكن القفز عليها، تضمن على الأقل أدنى حدود الكفاءة العلمية، عند التوظيف، وإن كان يمكن أن تتم الترقية على حساب الأولويات.

تكملة لما جاء به دستور 2015 أورد دستور 2016 المادة 34 التي تنص على: "تشهد المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية".

وردت صياغة هذه المادة مخاطبة مؤسسات الدولة بجميع أنواعها ومستوياتها محملة إياها ضمان المساواة بين الرجال والنساء على الخصوص في الحقوق والواجبات، وعند المشاركة الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ويبرز ذلك عبارة "كل المواطنين والمواطنات" لأن عبارة المواطنين تشمل الجميع، لغة، رجالا ونساءً، وكأنما أراد المشرع الدستوري، من خلال هذه المادة التأكيد على كل النصوص السابقة التي تصب في هذا المضمار.

الفصل الثاني

حماية المرأة في قانون العقوبات الجزائري

(القسم الخاص)

المبحث الأول: الحماية الجزائية الخاصة بالعرض

المطلب الأول: حماية المرأة في جريمة الاغتصاب

المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الفعل المخل بالحياء

المطلب الثالث: حماية المرأة في جريمة التحرش الجنسي

المبحث الثاني: الحماية الجزائية الخاصة بالأسرة

المطلب الأول: حماية المرأة في جريمة الإجهاض

المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الزنى (الخيانة الزوجية)

المطلب الثالث: حماية المرأة من العنف والإهمال

حماية المرأة في قانون العقوبات (1):

تعتبر الحماية الجزائية للمرأة واحدة من أنواع الحماية القانونية العديدة، بل تعتبر أهمها وأخطرها، ووسيلة تحقيقها ميدانيا، القانون الجزائري أو قانون العقوبات. الذي قد تنفرد نصوصه وقواعده بهذا النوع من الحماية، وقد يشترك معه فرع آخر من فروع القانون(2).

تتعدد الجرائم التي تقع على المرأة وتتنوع، وأهمها الجرائم التي تهدد وتعرقل قيام المرأة بوظيفتها الأساسية في تنشئة أجيال صالحة للنهوض بالأمة مستقبلا، كونها القائمة أساسا ومباشرة على تنشئة هذه الأجيال، وما يتصل بكيانها المادي والمعنوي، ولإيجاد الحلول والضمانات الناجعة والكافية التي تكفل لها الاستقرار والطمأنينة والأمان، كان لزاما أن يقوم القانون الجزائري بحماية المرأة، وتعرف الحماية الجزائية بأنها: مجموعة القواعد أو الأحكام الجنائية الموضوعية أو الإجرائية التي يصل بها المشرع لحماية شخص أو مال، أو مصلحة معينة ضد المساس الفعلي أو المحتمل، أو لفرض جزاء جنائي على من يخالف ذلك أو جزاء إجرائي على العمل الذي انطوى على هذا المساس أو اتصل بهذا المساس بشكل أو بآخر(3).

بما أن الجريمة أيا كانت تمثل اعتداء مزدوجا على العدالة كقيمة اجتماعية لما تنطوي عليه من حرمان لأفراد المجتمع من الأمن والأمان من جهة، وعلى المجني عليه بحرمانه من حق شخصي أو مالي .

فإن العقوبة هي الأخرى تهدف إلى محو آثار هذا العدوان في شقيه الاجتماعي والشخصي، في أن واحد، فهي من ناحية تتسبب في قدر من الألم يسلط على الجاني المحكوم عليه فيصيبه في شخصه أو ماله أو حريته، بالضرر الذي يعيد التوازن بين المراكز القانونية التي أخل بها وقوع الجريمة فتعيد بذلك للقانون هيئته واحترامه، ومن جهة أخرى تسعى إلى إرضاء الشعور العام لأفراد المجتمع فتبقى بذلك العدالة احترامها كقيمة اجتماعية، لها دور فعال في امن واستقرار المجتمع(4).

وبالتالي يمكن القول بأن وظيفة القانون الجزائري أساسا هي حماية المصالح والحقوق التي لم تقم بحمايتها فروع القانون الأخرى، فكان لابد من أن تخصص لها فرع لحمايتها لذلك فقانون العقوبات باعتباره الشق الموضوعي للقانون -الجزائي- والمتعلق بالتجريم والعقاب يختلف عن هذه الفروع

(1) هناك من يسميها الحماية الجنائية، وهو مصطلح ضيق، حيث يستعمل مصطلح جنائية عند تصنيف الجرائم حسب درجة خطورتها مما زاد من ضيق مجال معناه وجعله لا يفي بالغرض والمعنى المراد في البحث، فكان مصطلح الجزاء أوسع، إذ يشمل جميع أنواع الجزاء عن أي فعل خير كان أم شرا ومهما اختلفت تصنيفات الجزاءات ودرجاتها، لذا استعمل مصطلح "الجزائية" السعة وشمولية معناه.

(2) عبد الفتاح مصطفى الصفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية القاهرة 1967، ص3 وما بعدها.

(3) نفس المرجع السابق، ص136 وما بعدها.

(4) أحمد شوقي أبو خطوة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003، ص123.

الأخرى لجسامة الجزاءات التي ينص عليها كالإعدام... والسجن المؤبد والسجن والحبس وهي جزاءات تتصف بالقسوة والشدة بخلاف جزاءات القوانين الأخرى، فالعقوبة الجزائية تمس الشخص في أعلى ماله، فإما أن تسلبه حياته فيعدم وإما أن تسلبه حريته أو تقيدها وإما أن تمسه في شرفه فتُصمه بوصمة الإجرام لتتلازمه هذه الوصمة طوال حياته وتنتقل إلى خلفه من بعده، بينما تجد أثر الجزاء المدني ينحصر في المساس بالذمة المالية للفرد، فمن حيث طبيعة المصلحة المحمية تتميز وظيفة قانون العقوبات، بأنه لا ينشغل إلا بالقيم الجوهرية للجماعة، والمصالح الأساسية للفرد فيحميها من كل عدوان يضر بها أو يهددها بخطر الإضرار⁽¹⁾، فيوازن القانون الجزائري بفرعيه قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن سيره وفعاليته، ويتوقف تقدير ما يهم كل مجتمع من المصالح - وخاصة الفردية منها - على نوعية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي لكل دولة على حدة.

وقد أثبتت الإحصاءات الجنائية أن نسبة إجرام المرأة يقل كثيرا عن نسبة إجرام الرجل. أما أبحاث المجني عليه فقد أثبتت أن المرأة أكثر عرضة من الرجال لوقوعها ضحية للجريمة خاصة في جرائم العنف (الضرب والجرح) وجرائم العرض والخطف الذي قد يعقبه اغتصاب. وقد يدفع بها رغم إرادتها إلى طريق الرذيلة واحتراف الدعارة، وقد تكون ضحية للعنف في نطاق الحياة الزوجية⁽²⁾.

إن حاجة المجتمعات البشرية للحماية الجزائية، بصفة عامة، تعتبر ماسة وحماية المرأة، بصفقتها الحلقة الأضعف في المجتمع تعتبر أمس، فهي تعتبر اللبنة الأساسية لبناء المجتمع السليم وتوفير حماية فعالة لها يمكنها من القيام بواجباتها الرئيسية، المتمثلة في بناء مجتمع قوي متماسك قائم على العدل والمساواة والتضامن الاجتماعي والأخلاقي والمثل العليا، فالمرأة إن كانت تمثل نصف المجتمع من حيث التعداد فهي المشرفة والمؤثرة تأثيرا مباشرا على تربية وتنشئة النصف الآخر، وبذلك يكون لها الأثر البالغ والمكانة الخطيرة، في هذه الحياة فهي الأم التي لها حق الاحترام، وهي الزوجة التي لها حق المودة والرحمة، وهي الأخت التي لها حق الرعاية، وهي البنت التي لها في القلب أعماق الحب⁽³⁾.

ولا تكون الحماية القانونية للمرأة فعالة إلا إذا دعمها قانون العقوبات الذي يحمي المرأة في جميع مراحل حياتها المختلفة، إضافة إلى مبدأ المساواة وعدم التفرقة بين الرجل والمرأة في التجريم والعقاب،

(1) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 19.

- د. خير أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2001، ص 8.

(2) محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دراسة في علم المجني عليه، دار الفكر العربي، ط 2، 1991، ص 47.

(3) عبد العزيز محمد محسن، المعاملة العقابية للمرأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 2005، ص 2.

وذلك ما يبدو جليا في جميع قوانين الجمهورية، وفي قانون العقوبات باعتباره أداة متميزة لا يمكن تجاهلها في خدمة التحول الاجتماعي نحو الاعتراف للمرأة بحقوقها الطبيعية والإنسانية

إن التحول الاجتماعي المتسارع وما يصاحبه من اكتشافات مذهلة للوسائل التقنية في مختلف المجالات، رافقه تدهور خطير للقيم والتماسك الاجتماعي وانتشار سريع للجريمة عموما والجرائم المرتكبة في حق المرأة بصفة خاصة مما يوجب حمايتها حماية جزائية تجعلها بمنأى عن اعتداءات المعتدين وأطماع المنحرفين. والسؤال المطروح هل أولى المشرع الجزائري، من خلال قانون العقوبات العناية والاهتمام اللازمين لتوفير حماية كافية للمرأة ممن تسول لهم أنفسهم الاعتداء عليها وعلى أمنها وعرضها؟

ذلك ما سنتمكن من الوقوف عن الإجابة عنه من خلال دراسة هذا الفصل المخصص للبحث في حماية المرأة في قانون العقوبات. الذي ستم فيه معالجة:

المبحث الأول: الحماية الجزائية الخاصة بالعرض

المبحث الثاني: الحماية الجزائية الخاصة بالأسرة

المبحث الأول: الحماية الجزائية الخاصة بالعرض

لعل أول استغلال لمفهوم العرض مارسه الرجل العربي في شبه الجزيرة، تمثل في وأد البنات بدعوى الشرف والخوف من العار والحفاظ على العرض، وإن كان السوماريون قد سبقوا العرب في ممارسة هذه العادة البغيضة، ولكن بدوافع أخرى غير دافع الحفاظ على العرض، فما هو العرض⁽¹⁾.

تعريف العرض:

العرض لغة: يقال عَرَضَ بفلان وله: قال فيه قولاً يعيبه، عَرَضَ فلان: وقع فيه وتنقَّضَ والعرض: هو البدن والنفس وما يمدح ويذم من الإنسان، سواء كان في نفس أم سلفه أم من يلزمه أمره، وهو جانب الرجل الذي يصونه من نفسه وحسبه ويحامي عنه من أن ينتقص منه أو يثلب⁽²⁾، وعرض الرجل حسبه، ويقال: فلان كريم العرض، أي كريم الحسب، وفلان ذو عرض إذا كان حسيباً⁽³⁾. ويقال لا تعرض عرض فلان أي لا تذكره بسوء⁽⁴⁾.

العرض اصطلاحاً: ويفيد الطهارة الجنسية، أي التزام الشخص سلوكاً جنسياً لا يعرضه إلى لوم اجتماعي.

(1) آلاء الجبوري، حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، مجلة الحوار المتمدن، العدد 2329 بتاريخ 2008/7/1.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج 7، دار صادر، بيروت 2003، ص 170.

(3) نفس المرجع السابق.

(4) المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، باب العين، ج 2، ص 524.

العرض شرعا: هو صيانة الجسد من أية ممارسة جنسية غير مشروعة⁽¹⁾ وقال عليه الصلاة والسلام: "إن دماءكم وأعراضكم حرام عليكم..."⁽²⁾.

العرض في القانون: ويقصد به عموما السمعة والشرف، فقد نص قانون العقوبات الجزائري في 296 من: "يعد قذفا كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص..."⁽³⁾. والشرف والاعتبار يعني نفس مصطلح العرض، والطعن فيه هو رمي المجني عليه بما يفيد أنه يفرط في عرضه⁽⁴⁾.

المفهوم الأخلاقي للعرض:

فالمفهوم الأخلاقي للعرض هو مفهوم فردي يسعى إلى تأمين العرض في ذاته باعتباره صيانة للجسم من كل ممارسة جنسية غير مشروعة، سواء من كل اعتداء يقع عليه من الغير أو من تفريط يقع عليه من صاحبه، لذلك فهو مفهوم ديني وأخلاقي يخاطب الفرد ويحثه على التحلي بالأخلاق الفاضلة، وأن ينأى بنفسه عن كل فعل أو تصرف يتعارض مع مقتضيات الحفاظ عليها⁽⁴⁾.

المفهوم الاجتماعي للعرض:

أما المفهوم الاجتماعي للعرض فهو، تأمين الحرية الجنسية لكل فرد ولهذا يقف معناه عند حد حمايته من كل ممارسة جنسية قسرية تقع على الفرد، قد كان طبيعيا أن ينحاز القانون الجنائي الوضعي إلى المفهوم الاجتماعي للعرض، وإن يقل تدخله في مجال الأخلاق عموما. ولهذا فقد انحصر مجال جرائم الاعتداء على العرض في نطاق ضيق ساسه الاعتراف للأفراد بالحرية الجنسية، مما يعني اعتبار ممارسة هذه الحرية نشاطا مشروعا، دون تقييد ذلك باشتراط صلة قانونية من نوع ما، بين أطراف الصلة الجنسية، ولهذا ينحصر مجال التجريم في أفعال الاعتداء على الحرية الجنسية، وهي الأفعال التي ترتكب دون رضا صحيح ممن يمثله ويشمل ذلك حالات يرتكب فيها الفعل دون رضا على الإطلاق⁽⁵⁾ أو حالات يرتكب فيها الفعل برضا صادر عن شخص لم يبلغ سنا معيناً، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن كل من المشرع الجزائري والمشرع المصري والمشرع الفرنسي قد انحازوا جميعهم، في تقريرهم للحماية الجنائية للعرض إلى المفهوم الاجتماعي، ذلك لأن المشرع الجزائري لم يضع أحكامه على أساس توفير حماية للجسم من كل ممارسة جنسية غير مشروعة، سواء وقعت دون رضا

(1) علي أبو حيلة، الحماية الجزائرية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص30.

(2) صحيح البخاري، ج 1، كتاب العلم، باب ليبلغ الشاهد منكم الغائب، ص 33، الحديث رقم 105.

- صحيح مسلم، ج 4، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره، ص 1986، الحديث رقم 2564.

(3) عبد الحكيم فودة، جرائم العرض في قانون العقوبات، بحث علمي في ضوء وفضاء النفذ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1، 2001، ص45.

(4) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الإسكندرية، 1985، ص11.

(5) أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، الوراق للنشر و التوزيع، عمان، ط 1، 2014، ص256.

صاحبه، باعتبار أن ذلك اعتداء على العرض، أم برضاء صاحبه، باعتبار أن ذلك تفريطا في العرض، وإنما وفر حماية للجسم ليصونه فقط من كل ممارسة جنسية غير مشروعة تقع عليه من الغير بالإرادة أو بدونها، لما في ذلك من اعتداء على حرية الإنسان الجنسية أو على حريته في التصرف في عرضه، ومن هنا فالقانون الوضعي ينظر إل صيانة العرض على أساس أنه حق له وواجب عليه⁽¹⁾.

مفهوم الفعل الجنسي في القانون الجنائي: إن الفعل الذي بارتكابه تقوم جرائم الاعتداء على العرض هو الفعل المتصل على نحو ما بالحياة الجنسية وذلك لأن جرائم العرض في الأصل هي جرائم جنسية، أي بمعنى أن أحكامها تدور في نطاق العلاقات الجنسية.

لكي تتحقق جريمة من نوع هذه الجرائم يجب، يفترض وقوع اعتداء التنظيم القانوني لها أو خرق له، أي لا بد من وقوع فعل جنسي مخالف لهذا التنظيم.

ومفهوم الفعل الجنسي، مفهوم واسع النطاق يتضمن العلاقات الجنسية غير الطبيعية، إلى جانب العلاقات الجنسية الطبيعية، كما يتسع ليشمل أيضا العلاقات التي لم يصل أي من طرفها إلى إشباع جنسي كامل، وقد يكون الهدف مجرد إثارة الشهوة الجنسية، فالغيرة بطبيعة الفعل واتجاهه الموضوعي، وليست العبرة بغاية مرتكب الفعل المجرم دوما، إذا كان ينوي الوقوف عنده أو يريد أن يعقبه بأفعال أخرى أكثر فحشا، كما يتسع هذا المفهوم ليشمل كل ما يחדش الحياء الجنسي لدى من يطلع عليه وإن كان لم يقع على جسمه⁽²⁾.

أما كل فعل لا صلة له بالحياة الجنسية فإن نظرية الفعل الجنسي تستبعده من نطاق هذا النوع من الجرائم، وحتى تتوفر الصفة الجنسية للفعل هناك شرطان يجب توفرهما:

الشرط الأول: أن يكون من يقع عليه الفعل حيا: إذ أن الحياة الجنسية وهي فرع من الحياة ككل لا تكون إلا للأحياء فقط، وبناء على ذلك فإن اتصال الجاني بإمرأة توفيت منذ وقت يسير لا يعد جريمة اعتداء على العرض وإنما جريمة اعتداء على حرمة الميت⁽³⁾.

الشرط الثاني: عدم مشروعية الفعل: إذا كان الفعل الجنسي مشروعا فلا تقوم به الجريمة وأهم مجال لهذه المشروعية أن يكون الفعل في نطاق نظام اجتماعي يعترف به القانون، ويعرف هذا النظام بالزواج، والأصل أن جميع الأفعال التي يأتيتها أحد الزوجين على زوجه مشروعة ويكتسب الفعل الجنسي شرعية في المدلول الجنائي، حين يقع برضاء صحيح، فالصلة الجنسية بإمرأة بالغة برضاها أو

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1988، ص4.

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، ص508.

(2) إسحق إبراهيم منصور، قانون العقوبات الجزائري، جنائي خاص، في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص108.

(3) Michel Laure Rassat, Droit pénal spécial 5^{ème} édit Dalloz, Paris, 2006, p559.

- Thierry Garé, Droit pénal spécial, personnes et biens, 4^{ème} édit, paradigme 2011, p244.

- Claudia Ghica Permachand, Frédéric Jérôme Pancier, édit Unibert, Paris, 2007, p93.

المساس بعورات جسمها برضاها لا تقوم به جريمة الاغتصاب أو هتك العرض، ولا تقوم بجريمة الاعتداء على العرض إطلاقاً إذا لم يرتكب في علانية ولم يكن في ظروف ارتكاب ما يجعله خاضعاً لقانون مكافحة جريمة الدعارة.

وتطبق أسباب الإباحة العامة على جرائم الاعتداء على العرض فتتفي عن الفعل صلاحيته لأن يكون جريمة، ففعل الطبيب مثلاً، حين يمس من أجل فحص طبي وعمل جراحي، عضواً في جسم المرأة، لا تقوم به جريمة هتك العرض لأن ذلك يدخل في دائرة إباحة العمل الطبي.

المدلول القانوني للعرض: إن استظهار الحق الذي يتم الاعتداء عليه وتحديد عناصره هو السبيل إلى استخلاص مجموعة من القواعد، تشترك جرائم الاعتداء على العرض في الخضوع لها ولذلك يمكن القول أن جرائم العرض تتخذ من حيث الحق الذي تناله بالعدوان. "العرض" أو بتعبير آخر "الحق في نقاء العرض".

والطهارة الجنسية تعني "العرض" عرفاً ومقصود بها التزام الشخص سلوكاً جنسياً يبعده عن أن يوجه إليه لوم اجتماعي ولذلك فإن كل فعل مغل بهذه الطهارة يعتبر مساساً بالعرض، حيث أن القيم الاجتماعية، ذات المصدر الديني والأخلاقي في الغالب هي تحدد نطاق العرض، وهذه القيم تحصر السلوك الجنسي المشروع اجتماعياً في نطاق العلاقة أو الصلة بين الزوجين، ولهذا فكل فعل جنسي خارج هذا الإطار ماساً بالعرض ولو صدر عن مرتكبه باختياره.

أما مدلول العرض في القانون الوضعي الجزائري، فيختلف عما سبق، فهو لا يرادف الفضيلة الاجتماعية وإنما يعني فقط الحرية الجنسية، وبناء على ذلك يجد الفعل اعتداء على العرض متى تضمن مساساً بهذه الحرية أو خروجاً عن الحدود الموضوعية لها.

وقد توسع الشارع الوضعي في مدلول هذه الحرية فجرم أفعالاً قد لا يكون، معنى الاعتداء على الحرية الجنسية واضح فيها، ولكن فهم طبيعتها يدلنا على وجود مثل هذا الاعتداء وأي خروج عن هذه الحدود التي وضعها الشارع لهذه الحرية الجنسية يمثل أيضاً اعتداء على هذه الحرية، لأن مرتكب الفعل في هذه يتخطى النطاق الذي يكون له أن يباشر نشاطاً جنسياً مشروعاً فيه، فالإغتصاب وهتك العرض بالقوة أو التهديد⁽¹⁾ فكل هذه الصور تمثل أعداء واضحة على الحرية الجنسية، لأن الجاني يكون قد أكره المجني عليه على سلوك جنسي لم تتجه إليه إرادته وإذا كان هتك العرض دون قوة أو تهديد، قد وقع على قاصر، فإن الاعتداء على هذه الحرية يتحقق أيضاً لأن المجني عليه لم يبلغ السن التي يعتد فيها برضاها فهو في حكم عدم الرضا.

(1) أحمد جمعة، مرجع سابق، ص 257.

ويتحقق معنى الاعتداء على الحرية الجنسية أيضا، في الفعل الفاضح والتحريض على الفسق وفساد لأخلاق، فالأفعال التي تقوم بها هذه الجرائم تؤدي شعور المجني عليه وهو جانب من جوانب حياته الجنسية، التي لا يجوز المساس بها، والفعل قد ينطوي أيضا على تشويه الصورة التي استقرت في ذهنه على النحو الذي ينبغي أن يتخذه سلوكه الجنسي، مما يعني تحبيذا لسلوك يراه معيبا، ومعنى ذلك أنه لم يترك وشأنه في رسم فكرته عن المسلك الذي يستعمل فيه حريته الجنسية مما ينطوي على تدخل فيها وذلك يمثل صورة من صور الاعتداء عليه.

وقد يكون من شأن الفعل إثارة شهوة الغير وهو من هذه الوجهة يعد اعتداء على الحريات الجنسية، أما إذا كان الفعل المجرم زنى، فإنه يتضمن تخطيا للحدود التي وضعها القانون على الحرية الجنسية للزواج، ووضع هذه الحدود هو تنظيم سلبي للحرية الجنسية، وهو ما يعني الاعتراف بها ثم تنظيمها في صورة معينة، ومن ثم كان الاعتداء على هذا التنظيم اعتداء على الموضوع الذي ينظمه في نفس الوقت.

أما جريمة الدعارة ولكونها اتجار في العلاقات الجنسية، بالنظر إلى أن الدافع إليها هو الكسب المادي فهي في حقيقتها أقرب إلى جرائم الأموال، لأن صلتها بجرائم الاعتداء على العرض يقتصر على أن موضوعها أفعال جنسية، ولكنها بالإضافة إلى ذلك تعد اعتداء على التنظيم القانوني للحرية الجنسية، هذا التنظيم الذي وضع حدودا، تفترض أن لها وظيفة تنأى بها عن أن تكون موضوعا للاتجار⁽¹⁾. فإذا كانت هذه الجرائم تمس حياة المرأة و عرضها مما يعرقل دورها في المجتمع ، كان لزاما من تنظيم قانوني لحمايتها.

و ذلك ما سنتم دراسته من خلال المطالب التالية:

المطلب الاول: حماية المرأة في جريمة الاغتصاب.

المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الفعل المخل بالحياء.

المطلب الثالث: حماية المرأة في جريمة التحرش الجنسي.

(1) محمود أحمد أمان، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1994، ص44 وما بعدها.

المطلب الاول: حماية المرأة في جريمة الاغتصاب:

تعد جريمة الاغتصاب⁽¹⁾ من أشد جرائم العنف الواقع على الأنثى⁽²⁾ لأنها تقع على عرضها وشرفها ولأن الجاني يأتي سلوكا قسريا على إرادة المجني عليها.

و ضد رغبة الضحية في إشباع شهوتها الجنسية⁽³⁾.

الاغتصاب لغة: مأخوذ من "الغصب" وهو مصدره، يقال غصبه يغصبه أي أخذه ظلما، كإغتصبه. وغصبته فلان على الشيء أي قهره.

و غَصِبْتُ الجلد غصبا إذا كدّدت عنه شعره أو وبره قسرا، نتقا بلا عطن في الدباغ ولا إعمال في ندى⁽⁴⁾. ويبنى للمفعول، كإغتصبت المرأة نفسها أي غُلِبَت على الزنا وربما قيل على نفسها⁽⁵⁾.

الاغتصاب اصطلاحا: أغلب ما يرد الاغتصاب في اصطلاح الفقهاء هو أخذ المال قهرا وظلما⁽⁶⁾، ولم يتعرض الفقهاء بالتعريف لمصطلح الاغتصاب كغيره من المصطلحات إلى أن بدأ الباحثون في تحديده في العصر الحديث، وقد قصره بعضهم في ارتكاب جريمة الزنى باعتبار الرجل هو المعتصب فعرفه على أنه: "حمل الرجل المرأة على الاتصال به جنسيا دون رضى أو اختيار منها"⁽⁷⁾.

ويمكن تعريف جريمة الاغتصاب أنها "الاستجابة للرغبة الجنسية وتحقيقها بطريقة غير مشروعة من خلال المضاجعة الجنسية للمرأة بالإكراه ودون رغبتها في الحصول على الهدف

(1) محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دراسة النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص339.

- محمود نجيب حسين، مرجع سابق، ص447-461.

- طارق عزيز رضا، تجريم التعذيب والممارسات الشبيهة به، دراسة مقارنة في القانون العام والقانون الوطني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص280.

- شهبال دزي، العنف ضد المرأة، دراسة مقارنة في القانون الدولي العام والقانون الداخلي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص73.

(2) حمدي بدران، الآليات الدولية لحماية حقوق المرأة، الوراق للنشر والتوزيع، ط 1، 2014، ص585.

- رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة وكيفية مواجهة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء، القانونية، ط1 الإسكندرية، 2011، ص164.

- العسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص84.

- منال فنجان علك، مرجع سبق ذكره، ص182.

- هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط 1، 2011، ص231.

(3) شهبال دزي، مرجع سابق، ص57 و58.

(4) مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 6، 1986، ص120.

- ابن منظور، ج1، مرجع سابق، ص648.

(5) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ط 1، 1987، ص170.

(6) صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار المعرفة، لبنان، دون سنة الطبع، ص105.

(7) محمد الشحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1410/1990، ص36.

الجنسي⁽¹⁾، كما يعتبر الاغتصاب شكلا من أشكال التصرف الجرمي المتضمن عدوانا على العرض ينطوي بطبيعته على سائر الخصائص التي يتسم بها التصرف المتضمن عدوانا على العرض سواء من حيث عدم مشروعيته، أو من حيث عدم رضائيته، ثم إنه فوق ذلك تصرف ينطوي على مساس بالعرض، ويعني واقعة الأنثى بغير رضاها واقعة غير شرعية، مع توفر القصد الجنائي لدى الجاني⁽²⁾.

والتعريف الفقهي الحديث للاغتصاب هو: "كل فعل للإيلاج الجنسي مهما كانت طبيعته يرتكب على الغير باستخدام العنف والإكراه والتهديد والمباغلة"⁽³⁾. ويعرف أيضا أنه: "اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا تاما غير مشروع"⁽⁴⁾. كما يعرف على أنه: "اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا تاما دون رضى صحيح منها بذلك"⁽⁵⁾، ويلاحظ على التعريفين التاليين إغفال الأول لعنصر انعدام الرضا، وهو شرط أساسي لقيام الجريمة، أما الثاني فقد أغفل عنصر المشروعية وهو أحد الأركان الأساسية التي تقوم عليها جريمة الاغتصاب.

جريمة الاغتصاب في الحضارات القديمة: من أوائل القوانين البابلية التي فرضت على من يغتصب فتاة، عقوبة الموت، قانون أشنونا الذي شرع في عهد الملك ببلالاما في عام 1935 قبل الميلاد⁽⁶⁾ وقد سارت على نهج قانون أشنونا شريعة حمورابي وفرضت الموت أيضا على مغتصب المرأة كما فرضت عقوبة النفي من المدينة على الأب الذي يمارس السفاح مع ابنته، كما عاقبت الأب الذي يواقع زوجة ابنه بالرمي في النهر⁽⁷⁾، وعند عرب ما قبل الإسلام كانت عادة سبي النساء من العادات المتفشية التي درج عليها العرب على غزواتهم وكانت السبية تستباح، ومن يستردها ينال منها، وكان الجزاء على المعاملة بالمثل وجزاء المغتصب في الحالة الفردية الموت⁽⁸⁾.

جريمة الاغتصاب في الاتفاقيات الدولية: لقد نصت العديد من الاتفاقيات والمنظمات الدولية في موادها على أن جريمة الاغتصاب رغم خطورتها على المجتمع الدولي أنها لم تحض باتفاقية خاصة بها. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بروما على: "... يشكل أي فعل من الأفعال التالية جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي يوجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم...

(1) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر الإسكندرية، 1985، ص139.

(2) صالح علي المرفدي، مرجع سبق ذكره، ص149.

(3) سيد حسن البغال، الجرائم المخلة بالأداب فقها وقضاء، مكتبة عالم الكتب، القاهرة، ط2، 1973، ص345.

(4) حسين إبراهيم صالح عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص162.

(5) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص29.

(6) علي رشيد أبو حجيبة، الحماية للعرض، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2011، ص58.

(7) نفس المرجع السابق، ص58.

(8) نفس المرجع السابق

(ز)- الاغتصاب والاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة⁽¹⁾ جريمة الاغتصاب كما ورد في نص المادة السالفة الذكر، مصنفة ضمن الجرائم ضد الإنسانية.

كما أوردت الفقرة 01 من المادة 04 من البروتوكول الإضافي الثاني، من اتفاقية جينيف المتعلقة بالمنازعات المسلحة التي تنص على: "تعد الأعمال التالية الموجهة ضد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى محضورة حالا واستقبالا، وفي كل زمان ومكان...

(ه) انتهاك الكرامة الشخصية، وبوجه خاص، المعاملة المهينة والمحنة من قدر الإنسان والاغتصاب والإكراه على الدعارة، وكل ما من شأنه خدش الحياء⁽²⁾، كما تم تصنيف جريمة الاغتصاب كجريمة ضد الإنسانية بموجب نص المادة 05 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية ليوغسلافيا.

ومن الأحكام ذات الصلة بالموضوع، اتفاقية جينيف التي أشارت في الفقرة 02 من المادة 27 من الباب الرابع: "يجب حماية النساء بصفة خاصة ضد أي اعتداء على شرفهن، ولاسيما ضد الاغتصاب والإكراه على الدعارة وأي هتك لحرمتهن"⁽³⁾ وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 76 من البروتوكول الإضافي الأول على أنه: "يجب أن تكون النساء موضع احترام خاص، ويتمتعن بالحماية ولاسيما ضد الاغتصاب والإكراه والدعارة، وضد أي صورة أخرى من صور خدش الحياء"⁽⁴⁾. ورغم أنه ليس هناك تعريف متفق عليه، للاغتصاب في القانون الدولي غير أننا نجد أن المحكمة الجنائية الدولية لرؤندا حددت مفهومه في إطار الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، فخلصت الدائرة الابتدائية أن الاغتصاب "شكل من أشكال العدوان وهو اعتداء بدني ذو طبيعة جنسية يرتكب الشخص في ظل ظروف الإكراه" وقد عرفت المقررة الخاصة للأمم المتحدة بشأن حالة الاغتصاب المنهجي والاسترقاق الجنسي والممارسة الشبيهة بالرق خلال فترات النزاع المسلح على أنه: "إيلاج أي شيء بما في ذلك قضييب الشخص في ظروف القسر والإكراه أو الإجبـار في فرج أو شرج الضحية، أو إيلاج قضييب الشخص في فم الضحية وأن الرجال والنساء يكونون ضحايا على حد سواء لجريمة الاغتصاب"⁽⁵⁾.

(1) الفقرة 1 من المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة المعتمدة في روما الصادر، في 1998/07/17، على الموقع:

www.icrc.org/ara/ressources/documents/misc/6e7ec5.htm.

(2) المادة الرابعة من البروتوكول الإضافي الثاني من اتفاقية جينيف المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة عبر دولية، المنعقدة في 12 أوت 1979 على الموقع:

www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntce2htm/.

(3) اتفاقية جنيف المؤرخة في 1949/08/12 والمتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، دخلت حيز التنفيذ في 1950/10/21 على الموقع الإلكتروني السابق.

(4) المادة 1/76 من البروتوكول الإضافي الأول من الوثيقة السالفة الذكر.

(5) البقيريات عبد القادر، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 2011، ص110.

وعليه يمكن تعريف الاغتصاب الذي يمثل جريمة ضد الإنسانية على أنه: "اعتداء بدني ذو طبيعة جنسية يرتكبه شخص بالقوة أو التهديد بطرق منهجية منظمة ضد السكان المدنيين⁽¹⁾.
فالإطار المناسب لقضية الاغتصاب هو العنف وليس إطار الجنس وذلك لأن⁽²⁾ الاغتصاب هو فعل عنف وإهانة بالأساس⁽³⁾، ويستخدم الجنس فيه كوسيلة للتعبير عن العنف وتفريغ طاقات عدوانية ضد الأنثى.

ويعتبر الاغتصاب أقبح وأفحش أنواع السلوك الإجرامي المتضمن اعتداء على العرض، فالجاني يكره المجني عليها على سلوك جنسي لم تتجه إرادتها إلى مباشرته⁽⁴⁾، الأمر الذي يشكل اعتداء على حريتها الجنسية، والتي هي محل الحماية الجنائية⁽⁵⁾ بل إنه يتعدى ذلك إلى المساس بحقوق أخرى، فالاعتداء هو في نفس الوقت اعتداء على الحرية العامة للمجني عليها، واعتداء على حصانة جسمها، مما يترتب عليه إصابتها بأضرار بليغة في صحتها النفسية⁽⁶⁾ والعقلية، كما أنه اعتداء قد يكون من شأنه الإضرار بمستقبلها، فغالبا ما يقلل ذلك من فرص زواج المجني عليها خاصة إذا كانت عذراء وقد يحرمها من حياة زوجية شريفة هادئة ومستقرة إذا كانت متزوجة، كما قد يفرض عليها أمومة غير شرعية لم ترغب فيها⁽⁷⁾.

وقد نص قانون العقوبات الجزائري على جريمة الاغتصاب، معبرا عنها، بهتك العرض، في مادته 336 معتبرا الفعل جنائية مهما كانت صورته.

ستتم دراسة موضوع الاغتصاب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الاغتصاب في التشريع.

الفرع الثاني: صور تجريم الاغتصاب.

الفرع الأول: مفهوم الاغتصاب في التشريع

نصت المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري قبل تعديلها على أنه: "كل من ارتكب جنائية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس(05) سنوات إلى عشر(10) سنوات، وإذا وقع هتك العرض على قاصرة لم تكمل السادسة عشر(16) سنة تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر(10)

(1) نفس المرجع السابق، ص111.

(2) شهبال دزي، مرجع سابق، ص57 و58.

(3) لعسري عباسية، مرجع سابق، ص206.

(4) إيرين خان، مصائرنا بأيدينا فلنضع حدا للعنف ضد المرأة، ط1، 2004، منظمة العفو الدولية، لندن، ص22.

(5) بن عودة حسكر مراد، أجهاض المرأة المغتصبة بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، مجلة الحقيقة، مجلة اكااديمية محكمة، تصدر دوريا عن جامعة ادرا، الجزائر، العدد 30، سبتمبر 1435/2014، ص3

(6) منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2011، ص131.

(7) أعرم يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص227.

سنوات إلى عشرين(20) سنة" أما بعد التعديل فقد أصبح النص كالتالي: "كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس(05) سنوات إلى(10) سنوات، وإذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشر(18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عش(10) سنوات إلى(20) عشرين سنة"(1).

ستتم معالجة جريمة الاغتصاب، في هذا المبحث وفقا لنص المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري قبل تعديلها والقانون المقارن، من خلال بندين يتناول البند الأول، تعريف جريمة الاغتصاب في التشريع وعلّة تجريمه، ويتضمن البند الثاني الشروع في جريمة الاغتصاب.

البند الأول: تعريف الاغتصاب في التشريع وعلّة تجريمه

يقسم هذا الموضوع إلى اولاً؛ يتناول الأول تعريف الاغتصاب في التشريع و ثانياً، علّة تجريم الاغتصاب.

أولاً: تعريف جريمة الاغتصاب في التشريع

لم يعرف المشرع الجزائري جريمة الاغتصاب ولم يحدد أركانها مما يدفع للرجوع إلى الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة من أجل تحديد مفهومها القانوني، وهناك بعض المحاولات لسد هذا الفراغ كمحاولة المستشار عبد العزيز سعد الذي عرفها بأنها: "كل فعل جنسي يمارسه رجل مع امرأة محرمة عليه شرعا وقانونا بالإكراه ودون رضاها"(2) وفقا للمفهوم السائد في التشريعات العربية، يقتصر الاغتصاب على حالة إيلاج الرجل عضوه التذكيري في فرج المرأة دون رضاها(3)، أو هو اتصال الرجل بالمرأة جنسيا كرها(4)، أما القضاء فيستخلص من أحكامه أن الاغتصاب هو: "مواقعة الرجل لامرأة بغير رضاها"(5).

إن المشرع الفرنسي في المادة 332 من قانون العقوبات قبل تعديله، شأنه شأن المشرع الجزائري، لم يكن يعرف جريمة الاغتصاب وإنما اكتفى بتحديد العقوبة لما يقع على المرأة من أفعال مجرمة دون رضاها أو كرها عنها(6).

(1) القانون رقم 01-14 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 4 فبراير 2014م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات.

(2) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 65.

(3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 1، ط التاسعة، 2008، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ص 92.

- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص 189.

- محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 301.

- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 224.

- حسين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 162.

(4) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 652.

(5) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 91.

(6) Garraud : traité théorique et pratique du droit pénal Français, t.05-3^{ème} éd 1924, N)2073, p473.

ووفقا لهذا المفهوم يكون الاغتصاب قد حصر في مجال ضيق، وإزاء هذا القصور فقد تبنى المشرع الفرنسي مفهوما جديدا لمعنى الاغتصاب، حيث عرفه في نص المادة 23/222 عقوبات بأنه: "كل إيلاج جنسي أيا كانت طبيعته يرتكب على شخص الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغطة"⁽¹⁾، وقد صدرت هذه التعديلات في قانون 23 ديسمبر 1970 مرتبطة بالعقوبات المتعلقة بالحماية الجنائية للمرأة ضد الاعتداءات الجنسية"⁽²⁾، وبذا يكون المشرع الفرنسي قد تبنى مفهوما جديدا للاغتصاب، يشمل كل إيلاج جنسي، حتى ولو كان الاتصال بالإصبع أو بأية وسيلة أخرى⁽³⁾، وبالتالي بات للاغتصاب في القانون الفرنسي، مفهوما جديدا أصبح يعني "كل إيلاج جنسي، أيا كانت طبيعته، يقع على شخص الغير بالقوة أو التهديد أو المباغطة"⁽⁴⁾، وعليه فالجاني يمكن أن يكون رجلا أو امرأة كما أن المجني عليه قد يكون رجلا أو امرأة كذلك، فقد تولد عن هذا التعريف مفهوم جديد للاغتصاب في الفقه الفرنسي وهو المرأة المغتصبة⁽⁵⁾، توسع نطاقه إلى أبعد الحدود التي قد يتصور وقوعه فيها لما له من آثار مدمرة على حياة المرأة بل وحتى على محيطها.

ثانيا: علة تجريم الاغتصاب:

إن جريمة الاغتصاب تعد اعتداء صارخا على المرأة وعلى حريتها الجنسية، وعلى شرفها وسمعتها، كما أنها اعتداء ماديا على سلامة جسمها وعلى صحتها، وقد تكون هذه الجريمة دافعا لها لارتكاب جرائم أخرى للتخلص من المسؤولية أو من الآثار الناجمة عنها⁽⁶⁾.

إن جريمة الاغتصاب تخلف أضرارا جسدية ونفسية تستمر لفترة زمنية طويلة في أغلب الحالات، لاسيما أن الضحية تشعر بالخوف الشديد والصدمة والهلع، كما تشعر بالخل والإذلال والتشوش في التفكير والغضب، وتكون دائمة التفكير بالصدمة التي تعرضت لها، والخوف من السير الانفرادي أو البقاء لوحدها وقد تعاني من الكوابيس الليلية، والاضطرابات في النوم، والصداع والغثيان، والتوتر العام الناتج عن الصدمة العصبية فضلا عن القلق والاكتئاب، كما تتأثر علاقاتها الاجتماعية حيث تشعر بالخل والميل إلى الانطواء والوحدة كما أنها لا تستطيع استعادة علاقتها الجنسية بالرجل بسهولة، ويأخذ التحسن وقتا طويلا، خاصة إذا اقترن الاغتصاب بالعنف فإن ذلك يعقد المشكلة ويصعب

(1) M.L Rassat : code pénal, attentas aus moeurs art 330, 333 N°51.

(2) Claudia Ghica, le marchand Frederic, droit pénal special. Op.cit, p94.

- Thierry Garé, droit penal special. t1 . personnes et biens .2ème edit collection paradigme, 2011, p224.

(3) Valerie malbat, droit pénal spécial, Dalloz 5^{ème} édit 2011 Paris, p160 et sui.

(4) Toute acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte, ou surprise.

- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص126.

(5) Daniel Mayer, le viol thème du XX congrès Français de criminologie Lille 14-17 octobre 1981, Revue Criminelle et de droit comparé, janvier, mars 1982, p2-7.

(6) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1994، ص209 وما بعدها.

علاجها⁽¹⁾، وضرر جريمة الاغتصاب لا تتوقف آثاره عند المجني عليها فحسب با تمتد إلى عائلتها سواء أكانت متزوجة أو غير متزوجة والجريمة تؤثر سلبا على المجني عليها وعلى محيطها وحتى على الأخلاق السوية السائدة في المجتمع. وقد ينتج عن ارتكاب هذه الجريمة شعور الضحية بالخوف الدائم والاضطراب وقد تلجأ حتى إلى الانتحار أو تصاب بالعصاب النفسي وتفشل بالحياة الزوجية عند الكبر⁽²⁾.

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة 40 من القانون المدني على أن سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة 42 على أنه: يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة"، ومن خلال تقريب نصي المادتين يتبين أن الشخص في نظر القانون إما أن يكون راشدا قد بلغ سن التسعة عشر سنة فما فوق أي كامل الأهلية وإما أن يكون قد بلغ سن التمييز أي ما فوق الثلاثة عشرة سنة ودون التسعة عشر، وإما أن يكون طفلا لم يبلغ سن التمييز بعد أي دون الثلاثة عشرة سنة ولكل مرحلة من مراحل العمر الثلاث هذه خصائصها البدنية والعقلية والنفسية، فبنت الخمس سنوات ليست كبنت الخمس عشر وهذه ليست كبنت الخمسة وعشرين، لكل سن خصائصه وقدراته الجسمية والعقلية والنفسية التي من المفترض مراعاتها وأخذها بعين الاعتبار عند سن أي قانون متعلق بها. غير أن المشرع الجزائري عند سنه لنص المادة 336 من قانون العقوبات لم يراع هذا التمايز الطبيعي، و ساوى في العقوبة بين من ارتكب جريمة اغتصاب ضد فتاة مميزة، و من ارتكبها ضد طفلة غير مميزة، رغم اختلاف البنية الجسمية والنضوج العقلي والنفسي وما قد يترتب من آثار جسمية و نفسية معقدة قد يصعب أو يستحيل علاجها.

في حين نجد أن القانون التونسي يعتبر سن المجني عليها عاملا أساسيا ومؤثرا في تحديد العقوبة بالنسبة لجرائم الاغتصاب، ذلك أن المشرع جعل منه معيارا للعقوبة التي تتجه إتجاهها عكسيا مع سن المجني عليها فتزداد شدتها كلما صغر سن المجني عليها.

فالفصل 227 من المجلة الجنائية حدد درجتين من العقاب مؤسسة على سن المتضررة، فجعل العقوبة المقررة للاغتصاب الإعدام إذا ما كان سن المجني عليها أقل من 10 سنوات ولو وقع الاغتصاب دون استعمال العنف.

(1) صالح علي المرفدي، مرجع سابق، ص153.

(2) عبد الرحمن عيسوي، الصحة النفسية والجريمة الجنائية، المكتب العربي الحديث، مصر، دون تاريخ، ص132.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري من جهة ثانية أنه لم يأخذ الآثار المترتبة على هذه الجريمة بعين الاعتبار، مثل فض بكاره البكر و أو الحمل الناتج عنها⁽¹⁾، في حين نجد أن المشرع المغربي جعل من هذه الآثار ظرفا مشددا، حال وقوعها تغلظ بسببه العقوبة⁽²⁾.

ومن جهة أخرى فقد أورد قانون العقوبات الجزائري في المادة 337 ظروفًا تستوجب تشديد العقوبة وتتعلق هذه الظروف بالعلاقة التي قد تربط المجني عليها، علاقة قد يستغلها الجاني في عكس ما أنشئت لأجله، فيسهل عليه القيام بجرمه، كأن يكون الجاني من أصول المجني عليها أو من فئة من لهم سلطة عليها أو من معلمها أو من يقومون على خدمتها أو خدمة المشرفين عليها، أو من الموظفين أو رجال الدين ممن كان يتوجب عليهم حماية المجني عليها والسهر على سلامتها كونهم المؤتمنين على ذلك.

وتبقى العقوبة الموقعة على من يرتكب جريمة اغتصاب القاصرة إذا كانت دون الإعدام في حد ذاتها قاصرة، لكون هذه الجريمة من أبشع الجرائم التي هي بمثابة المساس ليس بحقوق المرأة وحرمتها الجنسية وسلامتها الجسدية فحسب، وإنما هي مساس بمبادئ الدين الإسلامي والأخلاق السامية للمجتمع، ومن أسباب زعزعة استقراره، مما يستوجب توقيع أشد العقاب على المنحرفين، وردعهم حفاظا على سلامة المجتمع واستقراره.

البند الثاني: الشروع في جريمة الاغتصاب

إن جريمة الاغتصاب لا تتم طفرة واحدة وإنما تمر بمراحل، ابتداء بالتحضير ثم البدء في التنفيذ إلى أن تكتمل أركانها⁽³⁾ والشروع في جريمة الاغتصاب يخضع للقواعد العامة التي تنظم أحكام المحاولة في الجرائم بشكل عام، وستتم معالجة موضوع الشروع في جريمة الاغتصاب من خلال : أولا التعريف بالشروع في جريمة الاغتصاب، و ثانيا أركان الشروع في جريمة الاغتصاب.

أولا: تعريف الشروع في جريمة الاغتصاب

لقد استقر الفقه في فرنسا كما في مصر على اعتبار جريمة الاغتصاب من جرائم القصد العام⁽⁴⁾ فيجب أن يتوافر لدى الفاعل إرادة القيام بالفعل والتي غالبا ما يسهل إثبات توافرها خاصة إذا اقترن الفعل بالإكراه، أو التهديد أو الخداع، فيكون ذلك كافيا لافتراض القصد الجنائي لدى الفاعل⁽⁵⁾، ولقد نصت المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري على عدم العقاب على مرحلة التحضير للجريمة حيث

(1) أحسن بوسقيّة، مرجع سابق، ص99.

(2) نفس المرجع السابق.

(3) أحسن بوسقيّة، مرجع سابق، ص98.

- علي رشيد أبو حجيّة، مرجع سابق، ص74.

(4) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص239.

- رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999، ص289.

- عمر السعيد رمضان، مرجع سابق، ص246-247.

(5) Louis Lambert, traité de droit pénal spécial, étude théorique et pratiques, édition police, revue, p568.

أوردت: "كل المحاولات لارتكاب جناية تبتدأ بالشروع في التنفيذ وبأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها، إن لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها، حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها". من خلال نص هذه المادة، يتبين جليا أن المشرع الجزائري قد اشترط أن يكون الفعل الذي قام به الجاني، يؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة، هذا من جهة ومن جهة ثانية يشترط تحقق الشروع في جريمة الاغتصاب عدم اكتمال عنصر النتيجة المتمثلة في فعل الإيلاج كليا أو جزئيا، لأسباب خارجة عن إرادة الجاني كمقاومة المجني عليها أو استنجاها بآخرين، وذلك بعد قيام الجاني بجميع الأفعال اللازمة لبلوغ مبتغاه الذي هو اغتصاب المجني عليها، الأمر الذي لم يتحقق، فإن الفعل عندئذ يكون قد توقف عند مرحلة الشروع⁽¹⁾.

ثانيا: أركان الشروع في جريمة الاغتصاب

من خلال نص المادة 30 من قانون العقوبات يتضح أيضا أن الشروع المعاقب عليه يستوجب توافر ثلاثة أركان وهي:

الركن المادي ويتمثل في البدء بارتكاب الفعل المجرم

الركن المعنوي ويتمثل في توافر قصد ارتكاب الجريمة لدى الجاني

ركن عدم إتمام الجريمة لأسباب خارجة عن إرادة الفاعل.

1-الركن المادي: تنص المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري على أن: "كل المحاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ..." فالقانون لا يعاقب حتى يتحقق الركن المادي للجناية بالشروع في تنفيذ الجريمة، فهو لا يعاقب على مايسبق لحظة الشروع في التنفيذ، كالتفكير في ارتكاب الجريمة، والتحضر لها، هذا بالنسبة للجنايات، ولا يعاقب على المحاولة في الجنح إلا بناء على نص صريح، والمحاولة في المخالفات لا يعاقب عليها مطلقا وفقا لنص المادة 31 من قانون العقوبات الجزائري.

وللتمييز بين مرحلة التحضير ومرحلة التنفيذ ينبغي تحديد معيار منضبط، وعليه فقد استقر المذهب الموضوعي على القول، بأن المقصود بالبدء في التنفيذ الذي يعد شروعا، هو أن يبدأ الجاني بارتكاب فعل داخل في تكوين الركن المادي للجريمة، أو هو البدء في تنفيذ الفعل المادي المكون للجريمة كما نص عليه القانون، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ مولينيه: "إن الأعمال التي تعتبر بدأ في تنفيذ الجريمة هي التي تنشئها، وتدخل في تعريفها قانونا، في حين أن الأعمال التحضيرية تسبق الجريمة وتسهل تنفيذها، ولا تدخل في تحديد الجريمة كما نص عليها القانون⁽²⁾."

(1) علي رشيد أبو حجيبة، مرجع سابق، ص153.

(2) مبارك عبد العزيز النوبيت، نظرية الشروع في الجريمة، دراسة مقارنة، إصدار مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني، ط 2، 1994، ص23.

أما أفضل ما قيل في المذهب الشخصي لتحديد البدء في التنفيذ الذي يعد شروعا، هو المعيار الذي وضعه الأستاذ جارو والذي يقول فيه: "أنه يكفي لكي يعتبر الشخص شارعا في الجريمة أن يكون الفعل الذي حدث مؤديا مباشرة وفي الحال إلى ارتكاب الجريمة بحيث اعتبار فاعله في حالة جرمية، ولو كان هذا الفعل سابقا على الأفعال المكونة لهذه الجريمة بالذات، وبعبارة أخرى فإن التنفيذ يبدأ بأفعال تتصل حالا ومباشرة بالغرض الإجرامي الذي ينوي الشخص تنفيذه وتحقيقه، وعليه فإنه لكي يبحث القاضي وجود الشروع من عدمه، يجب أن يقف على نية الفاعل من الأعمال التي قام بها، والظروف الخارجية المقترنة بها ليتوصل من خلال ذلك إلى تحديد إن كان الفعل الذي حدث قد توفرت فيه صفة البدء في تنفيذ الجريمة المقصودة أم لم تتوفر.

وطبقا لهذا الرأي ينبغي لتوفر صفة البدء في التنفيذ أن تتوفر في الفعل الشروط السالف ذكرها وأن يبقى الجاني مندفعا في سلوكه وماض إلى تحقيق فعله، وأن يكون ما صدر منه سيؤدي حتما إلى تحقيق الجريمة وإتمام جزء منها، لولا تدخل ظروف خارجة عن إرادته وهو ما يؤكد أن المجرم قد سلك سبيل الجريمة وأنه لا أمل في تحوله عنها بعد ذلك⁽¹⁾.

فدخول الجاني إلى بيت لا يعد شروعا في جريمة الاغتصاب، وإن تبين أن ذلك قصد الشخص من الدخول مع أخذ ظروف المجرم في الاعتبار⁽²⁾ وعلى العكس من ذلك رفع المتهم ملابس المجني عليها أثناء نومها وإمساكه برجليها، يصح للقانون عده شروعا في الاغتصاب متى اقتنعت المحكمة بأن المتهم كان يقصد ذلك، لأن هذه الأفعال من شأنها أن تؤدي فورا ومباشرة إلى تحقيق ذلك القصد. وعليه فقد استقر القضاء في مصر على عدم اشتراط البدء في تنفيذ جزء من الأعمال المكونة للركن المادي للجريمة، بل الاكتفاء بأن يكون الفعل الذي باشره الجاني هو الخطوة الأولى على سبيل ارتكاب الجريمة، وأن يكون بذاته مؤديا حالا ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة مادام قصد الجاني من مباشرة هذا الفعل ملوما وثابتا⁽³⁾، ولقد استقر القضاء الجزائري على أنه لثبوت المحاولة لا بد من توافر شروط ثلاث وهي:

- أن يكون الجاني قد بدأ فعلا في تنفيذ الجريمة.
- أن يكون هذا التنفيذ قد أوقف أو خاب أثره لأسباب خارجة عن إرادة الجاني ولا يد له فيها.
- أن يكون القصد هو ارتكاب جناية أو جنحة بحسب الحالة⁽⁴⁾.

(1) ألبير صالح، الشروع في الجريمة في التشريع المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1949، ص 81.

(2) نفس المرجع السابق، ص 75.

(3) نقض رقم 994 السنة 32 جلسة 1996/10/4 مجموعة أحكام النقض المصرية لسنة 17، ص 911.

- ألبير صالح، نفس مرجع سابق، ص 81.

- سمير الشناوي، الشروع في الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1971، ص 20.

(4) المحكمة العليا الغرفة الجنائية، القضية رقم 82315 في جلسته 1991/12/5 في القصد الجنائي

2-الركن المعنوي: لا يختلف القصد الجنائي في الشروع عنه في الجريمة التامة، فهو قصد تحقيق جريمة الاغتصاب. فليس هناك فرق بين الشروع والجريمة التامة من حيث الركن المعنوي إنما ينحصر الفرق بينهما في الركن المادي الذي تكتمل عناصره إذا كانت الجريمة تامة، في حين تختلف عنه في النتيجة الإجرامية إذ اقتصررت الجريمة على مجرد الشروع، ويبقى القصد الجنائي هو عينه الذي يجب توافره إذا كانت الجريمة تامة⁽¹⁾، وعلى ذلك فالشروع، يقتضي اتجاه قصد الجاني إلى ارتكاب الجريمة التامة، ولا يتصور في هذا الشأن أن تتجه نيته إلى مجرد الشروع فيها وإلا فإن مسؤوليته لا تقوم عن الشروع وإنما عن الفعل الذي قصد ارتكابه⁽²⁾، وكثيرا ما تحمل هذه الأفعال التي أتاها الجاني على أنها من قبيل الفعل المخل بالحياة وليس شروعا في جريمة الاغتصاب، فإذا كان قصد الجاني مثلا قد انصرف إلى العبث بجسم المجني عليها وعورتها فقط عدّ فعله مكونا لجريمة الفعل المخل بالحياة⁽³⁾. وإثبات القصد في الشروع، يستفاد في الغالب من الأفعال التي ارتكبها الجاني ومن الظروف والملابسات المحيطة بالجريمة وكذلك من حالة المتهم وسوابقه، وهي مسألة موضوعية يختص بتقديرها قاضي الموضوع⁽⁴⁾.

3- عدم إتمام الجريمة لظروف خارجة عن إرادة الجاني

يعتبر هذا الركن السلبي أساسيا في الشروع في ارتكاب جريمة الاغتصاب من وجهين:

الوجه الأول: أنه يميز بين الجريمة التامة والجريمة الناقصة.

الوجه الثاني: أنه يميز بين الشروع المعاقب عليه والشروع الغير معاقب عليه.

من حيث الوجه الأول: فالجريمة التامة هي كل جريمة استكملت جميع عناصرها المادية بينما في الشروع تتخلف النتيجة الإجرامية، ولمعرفة ما إذا كنا بصدد جريمة تامة أو شروع يجب البحث في النموذج القانوني للجريمة، والنموذج القانوني الذي تتم به جريمة الاغتصاب يكون مجرد إيلاج الجاني عضو تذكيره في فرج المرأة سواء أكان الإيلاج كلياً أو جزئياً، وكل نشاط يأتيه الجاني...لتنفيذ فعل الوقاع ولو لم يصل إلى مرحلة الإيلاج يعتبر شروعا في الجريمة وإذا ثبت أن الجاني كان يريد الوصول إلى الإيلاج لكنه خاب مسعاه لسبب خارج عن إرادته⁽⁵⁾، وعليه فإن معيار التمييز بين الشروع في الواقعة وبين الفعل المخل بالحياة هو القصد الجنائي لدى الجاني، الذي يحدث عادة هو أنه عند البدء في

(1) علي راشد، موجز القانون الجنائي، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط1951، ص455.

(2) نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص382.

- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة 1962، دار الفكر، القاهرة، ص262.

(3) نقض 11-01-1972 مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 74 ص99.

(4) سمير الشناوي، المرجع السابق، ص317.

(5) نقض 20/01/1961 مجموعة أحكام النقض س 12 رقم 15 ص 156.

تنفيذ فعل الوقاع تكون أركان جريمة الفعل المخل بالحياة قد توافرت⁽¹⁾ واستخلاص القصد الجنائي يعتبر من اختصاصات قاضي الموضوع.

أما الوجه الثاني: فإذا كان عدم إتمام الجريمة مرجعه إرادة الجاني الحرة، نكون أمام عدول اختياري من إتمام الجريمة، وبذلك لا يعاقب الجاني على ما أتاه من أفعال بهذا الوصف، والعدول لا يكون اختياريًا إلا مع استطاعة الجاني وقدرته على إتمام الجريمة، ولكن اختياريًا عن إتمامها. أما حالة من أمسك رجلي أنثى محاولاً مواءتها، فحاولت المجني عليها مقاومتها، واستغاثت، فتركها خوفًا، فإن ذلك يعد شروعًا، ولا يعد تركه لها عدولاً لأنه لم يكن قراراً وليد إرادة حرة من قبل الجاني.

أما من هدد امرأة تهديداً من شأنه أن يعدم حريتها واختيارها في عدم الرضا فتسلم نفسها بسبب ذلك التهديد فيثوب إلى رشده ويتركها، فإنه مع ارتكابه جزءاً من الركن المادي للجريمة، لا يسأل عما أتاه من أفعال لأنه عدل عن فعله مختاراً فلا يعاقب⁽²⁾ على جريمة الشروع في الاغتصاب وإنما يعاقب على الفعل المخل بالحياة.

استحالة الجريمة: الجريمة المستحيلة هي تلك الصورة من صور النشاط الإجرامي التي يبدأ فيها فعلاً ولكن لا يمكن تحقيق النتيجة الإجرامية، ليس بسبب ظرف خارجي، وإنما نظراً لقيام ظروف خاصة تجعل من غير الممكن تحقيق النتيجة، سواء بالنسبة للجاني أو بالنسبة لغيره.

فالجريمة المستحيلة لا يمكن تنفيذها، عكس الجريمة الجنائية، فإخفاق التنفيذ في الجريمة الخائبة يوجد لاحقاً، أي بعد أن يكون الفاعل قد بدأ سلوكه الإجرامي، أما الجريمة المستحيلة فعدم إمكانية تنفيذها يرجع إلى سبب موجود وسابق لبداية السلوك ويبقى معاصراً له، وهذا السبب هو استحالة وقوع الجريمة التي أقدم الفاعل على ارتكابها⁽³⁾، ولما كانت جريمة الاغتصاب لا تتم إلا بتمام الإيلاج فإن الجريمة تكون مستحيلة الحدوث إذا اتضح أن الجاني عنيماً مثلاً أو مجبواً أو اتضح عدم إمكانية واقعة المرأة لضيق في قبلها بصورة تجعل الإيلاج مستحيلاً، وكذلك لا تقع الجريمة في الصورة التي يقع فيها الفعل المادي المجرم على امرأة ميتة⁽⁴⁾، هذه من صور الاستحالة المطلقة، الأمر الذي ينتهي إلى عدم العقاب

(1) إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مكتبة غريب، القاهرة، 1988، ص197.

(2) ياسر درويش وآخرون، جريمة الإغتصاب في التشريع المصري، دراسة تحليلية نقدية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، المجلد 39، العدد 2، ص220.

(3) رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص751-752.

- السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص751-752.

(4) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص131.

على الفعل بوصفه وقاعا أو شروعا في الوقاع، إذ أن هذه الجريمة لا تقع إلا على امرأة على قيد الحياة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صور تجريم الاغتصاب

نصت المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من ارتكب جنابة هتك عرض⁽²⁾ يعاقب بالسجن المؤقت من خمس(5) إلى عشر(10) سنوات".

وإذا وقع هتك العرض ضد⁽³⁾ قاصرة تكمل السادسة عشرة(16) تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة، ونصت المادة 337 من قانون العقوبات على صور التشديد، إذا كان الجاني من أصول المجني عليها، أو المتولين تربيتها، أو من لهم سلطة عليها أو معلمها أو كان خادما بأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم... يعاقب بالسجن المؤبد، وبذا يتبين أن الاغتصاب قد يكون في صورته البسيطة⁽⁴⁾ وقد يقترب بظرف من ظروف تشديد العقوبة، ولذا ستتم معالجة ذلك من خلال:

البند الأول: الاغتصاب البسيط

البند الثاني: الاغتصاب المقترب بظرف مشدد

البند الأول: الاغتصاب البسيط

هو ذلك النوع الذي، لا يكون قد وقع على قاصرة لم تكمل السادة عشرة (16) سنة كما لم يقترب بظرف من الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة 337 من قانون العقوبات، وستتم معالجة هذا المطلب من خلال فرعين:

أولا: أركان جريمة الاغتصاب البسيط

الفرع الثاني: عقوبة جريمة الاغتصاب البسيط

أولا: أركان الاغتصاب البسيط

من المنظور القانوني يعد الاغتصاب عموما اعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليها، كرها، دون رضاها، أي موقعة الأنثى رغما عنها، ورغم أن المشرع الجزائري كان قاصرا في وضع تعريف جامع مانع لجريمة الاغتصاب، يمكن من خلاله استنباط أركانها، غير أنه يمكن حصر هذه الأركان في التالي:

(1) حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 613.

- Morgan Daury, Fauveau, Droit pénal spécial, op.cit, p93.

- Claudia Ghica, Lemarchand, Frédéric, op.cit, p93.

(2) استعمل المشرع في هذه المادة مصطلح "هتك العرض" للتعبير عن جريمة الاغتصاب، الشيء المعبر في نص المادة باللغة الأجنبية بمصطلح "viol" علما أن المواد القانونية تتم ترجمتها من اللغة الفرنسية إلى اللغة الوطنية، وليس العكس ومن ذلك فالأصل هنا هي كلمة "viol" وتعني الاغتصاب.

(3) التعبير الصحيح يكون: "إذا وقع هتك عرش على قاصرة" وليس ضد قاصرة.

(4) ابن وارت.م، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري، القسم الخاص، دار هومة، الجزائر، ط4، 2009، ص 185.

1- الركن المادي

2- الركن المعنوي

1- الركن المادي:

لقيام هذا الركن لابد من توافر عنصرين أساسيين وهما فعل الواقعة⁽¹⁾ أي "الإيلاج" والعنصر الثاني هو انعدام رضى المجني عليها أي الإكراه.

أ- عنصر الواقعة

"الإيلاج": إن فعل الوقاع الذي لا تتحقق جريمة الاغتصاب إلا به يمثل أقصى درجات الاعتداء على الحرية الجنسية للمرأة، فالفعل المادي المكون لهذه الجريمة، هو الواقعة غير المشروعية للمرأة، أي التقاء الرجل جنسيا بامرأة ليست حلاً له⁽²⁾ بعنف.

ويقصد بمصطلح "الواقعة" إيلاج العضو التناسلي الذكري في الموضع الطبيعي المعد له، ويستوي أن يكون الإيلاج كلياً أو جزئياً⁽³⁾ مرة واحدة أو عدة مرات، بلغ الجاني شهوته بقذف المني أم لم يبلغها، تمزق غشاء البكارة أم لم يتأثر، ففعل الإيلاج دون رضى وحده كاف لقيام الركن المادي للجريمة⁽⁴⁾ ويشترط أن يكون الجاني قادراً على الإيلاج، فلا تقع الجريمة إذا كان الجاني غير قادر، لصغر سنه أو لمرض يعاني منه مثلاً، وإلا اعتبر فعله كالفعل المخل بالحياء⁽⁵⁾، كما لا يعتبر من قبيل الواقعة وضع أصبع الجاني في فرج المجني عليها⁽⁶⁾ ويجب أن يكون الوقاع غير مشروع، وإذا كان الاتصال مشروعاً فلا تقوم الجريمة، أما في حالة ما إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً مانعاً من الاستمتاع وأخفى عليها أمر هذا الطلاق وثبت مع هذا بطريقة قاطعة أنها ماكانت تقبل طاعته إن لامسها، لو علمت بذلك، فإذا ثبت كل ذلك، كان وقاعه لها، حاصلًا بغير رضاها، بل يكون قد تم تحت تأثير عقد زال أثره بالطلاق وهي تجهله⁽⁷⁾ ولقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن استخدام الطرق الاحتياطية يعد من قبيل الإكراه الأدبي⁽⁸⁾. وفي نفس السياق الكتابي الذي يحرم عليه الزواج بمسلمة ويخفي عليها ذلك⁽⁹⁾.

ويجب أن يأخذ الفعل المادي للجريمة شكل الإيلاج، فإذا أخذ شكل الاحتكاك مثل على فرج المجني عليها من الخارج حتى أمني عليه الجاني فلا تقوم الجريمة⁽¹⁰⁾ ولم يشترط قانون العقوبات

(1) أسحق منصور، مرجع سابق، ص126.

(2) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى الجزائر، ط2009، ص292.

(3) عبد المهيمن بكر، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، ص180.

(4) أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1998، ص32.

(5) محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص343.

(6) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص99.

(7) نقض مصري 22 نوفمبر 1968 مجموعة أحكام النقض السنة 9 الرقم 14، ص25.

(8) نقض مصري 18 ديسمبر 1915 المجموعة الرسمية السنة 17 العدد 5، ص99.

(9) نقض مصري 14 ماي 1951 مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم 97، ص1089.

(10) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص92.

الجزائري، كغيره من القوانين (الفرنسي اللبناني الأردني والسوري) سنا محددة للمجني عليها لقيام جريمة الاغتصاب إذ لا تعتبر السن ركنا من أركان الجريمة، وإنما تعتبر ظرفا مشددا للعقوبة، ومن الملاحظ أن في التشريعات التي تميز بين الاغتصاب والفحشاء لا بد أن تكون المجني عليها امرأة لأن الفعل الذي يقع من رجل على رجل أو من امرأة على امرأة لا يعد اغتصابا وإنما فعلا مخلا بالحياء⁽¹⁾. ولا يمكن أن تقع جريمة الاغتصاب من امرأة على رجل فتجبره مثلا على مواقعتها بالقوة وباستعمال العنف، وإنما قد يتم ذلك إما بواسطة الإغراء أو الخديعة أو الغش أو التحايل، أو الإكراه المعنوي كالتهديد بالصراخ أو كشف بعض المستور، دون الإكراه المادي، وتكون الجريمة في هذه الحالات، عبارة على جريمة هتك عرض (فعل مخل بالحياء) دون رضی المجني عليه⁽²⁾ فالمرأة لا تكون جانبية في جريمة الاغتصاب في هذه التشريعات، وإنما قد تترتب عليها المسؤولية كشريك في الجريمة⁽³⁾ كما يشترط أن تكون المجني عليها حية إذ لا تقوم جريمة الاغتصاب إلى على الأحياء والعبث بجثث لا يعد اغتصابا⁽⁴⁾. ويستوى تكون المرأة بكرا أو ثيبا، متزوجة، مطلقة أو أرملة، صغيرة السن أو عجوزا، ولا عبرة أيضا بأخلاق المجني عليها سواء كانت عريقة الأصل والنسب أو كانت من البغايا اللواتي يمارسن الدعارة، فالعبرة من التجريم ليست حماية الشرف وإنما حماية الحرية الجنسية لكل امرأة أيا كانت، فالقانون يحمي لكل امرأة حريتها الجنسية كاملة، فقد يقع الاغتصاب على عاهرة إذا كانت المواقعة دون رضاها، غير أنه قد يؤخذ عليها كقرينة أن الوقاع قد تم برضاها. ولا يقبل من الجانب الدفع، بأنه سبق له معاشرتها أكثر من مرة في غير حل أو حتى أنها أنجبت منه طفلا نتيجة معاشرة غير شرعية⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اعتنق مفهوما واسعا للاغتصاب كما سبق التعرض إليه⁽⁶⁾ ليشمل كافة صور الإيلاج بمقتضى نص المادة 23/222 من قانون العقوبات، والذي يشمل كافة حالات الشذوذ الجنسي⁽⁷⁾ طالما وقع بالقوة أو الضغط أو التهديد أو المفاجأة⁽⁸⁾ كما تقوم جريمة الاغتصاب حتى

(1) علي رشيد أبو حجيبة، مرجع سابق، ص70.

- أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص201.

(2) علي رشيد أبو حجيبة، مرجع سابق، ص294.

(3) نبيل صقر، مرجع سابق، ص294.

(4) إسحق منصور، مرجع سابق، ص124.

- نبيل صقر، مرجع سابق، ص293.

- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص131.

(5) إسحق منصور، مرجع سابق، ص124.

(6) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص52.

- Art 222/23 du code pénal Français « toute act de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise ».

(7) Cass crim 17 juillet, 1985 Bul Crim N°176.

(8) Cass crim 22 mai 1996 Bul crim n°212, Art 222/23 du cod pénal Français.

إذا كانت المجني عليها عشيقا وأجبرها على الاتصال الجنسي به⁽¹⁾، ونصت المحكمة الفرنسية بواقعة الاغتصاب، إذا وقع الرجل المرأة بدخول سريرها وإيهامها أنه زوجها، وأنها انخدعت بسبب وجودها في حالة متوسطة بين اليقظة والنوم⁽²⁾ كما يعد اغتصابا أيضا إذا قام المتهم بإكراه طليقته على الاتصال به جنسيا أثناء دعوى الطلاق⁽³⁾ أما حالة إرغام الزوج زوجته على الواقعة دون رضاها، في القانون الفرنسي وهو ما بات يطلق عليه "الاغتصاب الزوجي" وهو يختلف عما يسمى بالعنف الزوجي الذي هو: "كل إيذاء مادي أو معنوي يمكن أن يرتكبه أحد الزوجين عن الآخر".

أما الاغتصاب الزوجي فهو مفهوم أضيق من مفهوم العنف الزوجي ويمكن تعريفه بأنه "كل إيلاج جنسي يرتكبه الزوج على زوجته رغما عنها ودون رضاها" وقبل هذا تجدر الإشارة إلى أن استعمال هذا المصطلح غير دقيق ولا يعبر عن الواقع الاجتماعي، لأن القانون الفرنسي لا يفرق بين الزوج والخليل والشريك المعاشر بالبيت، بل يعتبر الجميع سواسية، والعبرة بنوع الرباط الذي يربط الرجل بالمرأة سواء أكان زوجا شرعيا أو عشيقا أو عشيرا، أو حتى علاقة شذوذ بين مثليين، فالزواج كرباط يلزم الطرفين لم يعد معمولا به في أغلبية البيوت، حتى لا نقول الأسر الفرنسية، وعلاقات كهذه لا توفر لأي من الطرفين أي ضمان أو استقرار نفسي، فكل الطرفين لا يلزمه تجاه شريكه إلا ما يمليه عليه هواه، ناهيك عن آثار هذه العلاقات الفوضوية على الأطفال المولودين منها، وعن المجتمع ككل، ففي هذا الخضم، يكون من الطبيعي أن يتعرض الطرف الضعيف في مثل هذه العلاقات الفوضوية إلى الحيف بل وحتى للإذلال في بعض الأحيان، وبالتالي يكون لزاما عليه، السعي المستمر، بكل الوسائل المتاحة لديه لتقوية إمكانيات حمايته خاصة وأن التشريع الفرنسي يقر جميع أنواع العلاقات المذكورة وينظمها⁽⁴⁾ لذا لا يصح تسمية الاغتصاب الذي يقع في ظل شيوع علاقات كهذه بأنه اغتصاب زوجي كون العلاقات الزوجية باتت تشكل الاستثناء، بعد التخلي التدريجي عنها بدعوى التطور، ويمكن تسميته "باغتصاب المتعاشرين أو اغتصاب المتساكنين".

ولم تكن فكرة الاغتصاب الزوجي، واردة ولا متقبلة في المجتمع الفرنسي قبل سنة 1990 لأن مفهوم "الواجب الزوجي" الذي يقره قانون 1810 كان سائدا، ولقد رفض قاضي التحقيق، فتح تحقيق بناء على شكوى تقدمت بها زوجة ضد زوجها، كونه واقعها رغما عنها وسبب رفضه، كون الزوجين يعيشان معا وأنه لم يسبق لأحدهما رفع دعوى لفك الرابطة الزوجية بينهما، وأن فعل الواقعة، الذي تم رغما عن الزوجة، والذي يثبت أنه ترتب عنه أي عنف ماعدا فعل الإيلاج الجنسي، وبأن هذا الفعل

(1) أحمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص147.

(2) Cass crim 5 septembre 1990, p348.

(3) Crim 17 juillet bul Crim N°265.

(4) قانون العقوبات الفرنسي، 01-03-1994، أقر أعمال العنف المرتكب من طرف الزوج أو الخليل...

- قانون 26 ماي 2004، إبعاد الزوج أو الخليل أو الشريك من المنزل
- قانون 2006/04/04 إنشاء ظرف مشدد ضد الزوج أو الخليل أو الشريك

يدخل في الإطار المقبول عرفا بين الأزواج⁽¹⁾ غير أنه في سنة 1990 صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية يقر بإمكانية قيام جريمة الاغتصاب بين الزوجين مفاده "أن إرادة الزوجين المنصرفه إلى عيش حياة مشتركة، لا تسمح لأحدهما بأن يفرض على شريكه، بالإكراه علاقة جنسية لا يرغب فيها وبأنه يجب احترام الحرية الجنسية للزوجة"⁽²⁾ وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد وضعت حدا للمفهوم التاريخي للعلاقة الجنسية الممارسة في إطار الزواج، وكذا لقرنية افتراض أن الزوجة موافقة على اتصال زوجها بها جنسيا، إذ بات بالإمكان دحض هذه القرينة بإثبات العكس⁽³⁾ لكن على عكس القضاء فلقد انتظر المشرع الفرنسي أربعة عشرة سنة ليواكب قرار محكمة النقض هذا بإصدار القانون رقم 399-2006 الذي عزز حماية المرأة الفرنسية، من إمكانية إرغام شريكها لها على الوقاع رغما عنها⁽⁴⁾ وبذا لم يعد أحد الزوجين أو العشرين الفرنسيين مجبرا قانونا على ممارسة العلاقة الجنسية، مع شريكه، دون رغبة منه في ذلك، مما يثير التساؤل حول مدى إمكانية صمود ما تبقى من العلاقة الزوجية بفرنسا. يعتقد أساتذة القانون والقضاء، بأنه يجب على الزوجين الحفاظ على الرابطة الزوجية وممارسة العلاقة الجنسية في ذلك الإطار خلال الحياة الزوجية وبأن تمنع أحد الزوجين عن ممارسة العلاقة الجنسية لعدة أشهر يعتبر (إساءة) للشريك الآخر ويشكل خطأ جسيما بالنسبة للحقوق والواجبات المترتبة على عقد الزواج، مما يعطي الشريك المتضرر، الحق في طلب فك الرابطة الزوجية بظلم من الشريك الآخر⁽⁵⁾ وبذلك حكمت محكمة إيكس أنبروفكنس بتاريخ 1 أكتوبر 2008 وكذا محكمة الاستئناف في بواتييه في 14 جويلية 2006 ويتساءل بعض المدافعين عن حقوق المرأة في فرنسا إن كان من الممكن الآن عقد الأمل في أن هذا (الواجب الزوجي) قد انتهى؟ وبأن يجب على قضاة الطلاق مساهمة تطور القانون الجزائري فيما يتعلق بمحاربة العنف الأسري⁽⁶⁾.

ب- عدم رضا المجني عليها:

بعد انعدام رضى المجني عليها جوهر جريمة الاغتصاب، ويترتب على ذلك، أنه لا جريمة إذا تم هذا الفعل برضاها، فالرضى الصحيح بالوقاع يعد سببا مانعا من قيام الجريمة⁽⁷⁾ ومن ثم إذا تخلف

(1) Anne Marion de cayeux, Droit conjugal et viol entre époux font ils un bon ménage ?

www.Legiference. Gouv.fr/eli/loi 2006/4/4/2006 Texte

(2) Cass.crim.5 septembre 1990, la chambre criminelle de la cour de cassation « la volonté des époux de mettre en commun et de partager tout ce qui a trait à la pudeur n'autorise nullement l'un d'entre eux à imposer à l'autre par violence un acte sexuels s'y n'y cousent et que notamment doit être respectée la liberté sexuelle de la femme mariée ».

(3) Cass.crim 11 juin 1992. Bull.crim N°232, 1992 « la presumption de consentement des époux aux acte sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».

(4) Loi n°2006-399 du 4/4/2006 renforçant la prévention et la repretion de violence au sein du couple..

(5) Art 237 du code civil.

(6) - C.A Poitiers 14 juillet 2006, JCP G 2006 IV 2298.

www.village-justice.com.

(7) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص112.

انعدام الرضى يؤدي إلى انعدام الجريمة وتعتبر كأن لم تكن⁽¹⁾ ويتحقق عدم رضى المجني إذا لم تتجه إرادتها إلى قبول الاتصال الجنسي سواء كان الإكراه ماديا أو معنويا⁽²⁾ أو كان هذا الرضى وليد غلط أو تدليس أو احتيال أو لفقد المجني عليها لوعيها، أو لخضوعها للتنويم المغناطيسي وغير ذلك مما يعيب أو يعدم إرادتها⁽³⁾.

-الإكراه المادي:

يعني الإكراه المادي لغة، حمل الشخص على فعل شيء هو له كاره⁽⁴⁾ وإصطلاحا هو حمل الشخص على فعل أو قول مالا يريد مباشرته⁽⁵⁾ والإكراه المادي هو أي فعل من أفعال العنف التي تقع على جسم المجني عليها بغرض شل مقاومتها⁽⁶⁾ وإضعافها حتى يتمكن الجاني من تحقيق مآربه⁽⁷⁾ والعنف البدني هو الضغط البدني الممارس على الضحية من أجل الوصول لخضوع يتوصل معه الجاني إلى مبتغاه الجنسي⁽⁸⁾ ويشترط في العنف الذي به يتحقق الإكراه المادي شرطان:

الشرط الأول: أن يقع الإكراه المادي على المجني عليها نفسها، أي على جسدها مباشرة ولذا فلا يعد من أعمال العنف كسر أبواب المنزل للوصول إلى غرفة نوم المرأة إذا كانت راضية بهذه الأفعال دون مقاومة⁽⁹⁾.

الشرط الثاني: أن يكون الإكراه مؤثرا في منع مقاومة المجني عليها⁽¹⁰⁾.

فإذا كانت مقاومة المرأة من التمتع أو الدلال الذي يجعلها لا تستسلم إلا بعد إلحاح من الرجل فعندئذ لا يتوفر الإكراه المادي⁽¹¹⁾.

ويختص قاضي الموضوع بتقدير مدى توافر الإكراه من عدمه⁽¹²⁾ وقد قضت محكمة النقض المصرية في ركن القوة: "إذا أمسك المتهم المجني عليها من ذراعها وكتفها وأدخلها غرفة النوم حيث قام

(1) محمد صبحي نجم، رضى المجني عليه وأثر على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، مكتبة النهضة القاهرة، 1985، ص348-349.

(2) نقض 4-08-1966 مجموعة القواعد القانونية رقم 9285 لسنة 64ق، ص230. -نقض 19-01-1942 مجموعة القواعد القانونية في خمسة وعشرين عام، ج1 طعن 469س 12 ق 1223.

(3) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص111.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج13، مرجع سابق، ص535.

(5) أحمد عبد الغني شاهين، الجناية على العرض بالفعل وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية 1988، ص73. - محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص75.

(6) نفس المرجع السابق، ص124.

(7) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص124.

(8) Mineur et Vavin, droit pénal spécial, 3^{ème} édit, Paris Daloz 1992, p326.

(9) Michel veron, droit pénal spécial, Tome1 Daloz, Paris 1997, p44.

(10) أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص34.

(11) R.Garraud, traité théorique et pratique du droit pénal Français Tome2 librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1898, p473.

(12) Cass crim 10 juillet 1973 Bul, Crim n°322, revue des sciences criminelles et droit pénal, Paris, 1974.

بمواقعتها كرها عنها⁽¹⁾ وكذا وضع الجاني قطعة حادة من الزجاج في عنقها عند مقاومتها له فأذعنت واستسلمت لفعله⁽²⁾ فإذا توفرت الشروط، بأن كان التهديد من الجسامة والخطورة بحيث أثر على إرادة المجني عليها فأرغمها على قبول الواقعة، فهنا يكون قد تحقق انعدام الرضى، كما يتحقق انعدام الرضا، بمجرد إثبات أن المجني عليها، لم تخضع لرغبة الجاني إلا بسبب استعمال القوة ضدها ولا حاجة لأن يحتفظ بآثار العنف المسلط عليها من طرف الجاني، على جسدها، أن تصرخ طالبة النجدة، ولأنها خضعت بسبب فارق القوة الذكورية المسطرة عليها من طرف الجاني⁽³⁾. كما لا يشترط أن يكون الشخص الذي ارتكب فعل الإكراه هو ذاته من ارتكب فعل الوطئ، فقد يرتكب فعل الإكراه المادي شخص لمساعدة غيره على ارتكاب فعل الوطئ، وكلاهما يسأل في هذه الحالة عن جناية الاغتصاب ولو لم يطأ الأول المجني عليها، وذلك لوجوده في مسرح الجريمة أثناء ارتكابها وقيامه بدور رئيسي فيها، فيسأل الأول عن الاشتراك ويسأل الثاني عن ارتكاب جريمة الاغتصاب، ويعد الإكراه من أشد جرائم العنف على المرأة.

-الإكراه المعنوي:

ويعني إرغام المجني عليها على قبول الاتصال الجنسي بواسطة تهديدها بشئ أو أذى جسيم على نحو يشل إرادتها ويدفعها إلى الاستسلام، كحالة من يكره أنثى على تسليم نفسها تحت ضغط استعمال السلاح⁽⁴⁾، وأمثلة الإخضاع بواسطة الإكراه الأدبي كالتهديد بشئ أو فضيحة⁽⁵⁾ أو شهر سكين أو سلاح ناري في وجه امرأة من أجل إخافتها بهدف إخضاعها، أو تهديدها بإطلاق حيوان شرس عليها أو بفضح أمرها لدى ذويها عن علاقة غير مشروعة مارسنها سابقا أو بإفشاء سر تحرص على كتمانها، ولا يشترط في هذه الحالة أن يكون الخطر حقيقيا بل يجوز أن يكون وهميا⁽⁶⁾.

ويكفي أن يؤدي إلى تحقق الإكراه المعنوي وشل إرادة المجني عليها وإرغامها على عدم المقاومة وجعلها غير قادرة على رد الإكراه، فالعبرة بالآثر المترتب على التهديد، ويعد تهديدا يحقق عنصر انعدام رضى المجني عليها، تهديدها بقتل وليدها⁽⁷⁾ ويعتبر التهديد معدما للرضى مادامت المرأة تعتقد من خلاله أن خطرا حقيقيا، مؤكدا وصالا يتهددها أو يتهدد أحد أقاربها كما يعتقد (بولونغو) أن جريمة الاغتصاب تقوم بواسطة التهديد في حالة ما إذا:

(1) نقض 25 جوان 1981 مجموعة أحكام النقض س32 رقم 96 ص546.

(2) Cass crim 2 juin 1981, Bull, Crim N°184 p507.

(3) Bolongo.L. Le droit pénal spécial, 3^{ème} edit, Paris, Daloz 1992, p326.

(4) أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص34.

-احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص96.

(5) نبيل صقر، مرجع سابق، ص295.

(6) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص76.

(7) نفس المرجع السابق.

- استسلمت المجني عليها إلى رب عملها بسبب تهديده لها بالطرد من عملها.
 - استسلمت المجني عليها بسبب تهديد رجال الدرك لها بالتوقيف.
 - استسلمت المرأة المتزوجة، التي بوغتت في حالة زنى، إلى أحد المطلعين على حادثة زناها، بسبب تهديده لها بكشف أمرها لزوجها⁽¹⁾.
- ويشترط الإكراه المعنوي مايلي:
- أن يكون الأمر المهدد به جسيما وحالا، أي أن يكون هذا الأمر متعلق بالنفس أو بالمال أو بالسمعة أو بعزیز، كتهديد الجاني المجني عليها بالقتل أو بتركها عارية في مكان مهجور إذا لم تفرط في عرضها⁽²⁾.
 - أن يكون هذا التهديد مؤثرا على إرادة المجني عليها، بحيث أن رفضها لطلب الجاني سيتسبب في إيقاع الأمر المهدد به، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المجني عليها لم تقبل المواقعة إلا تحت التهديد بعدم تركها تغادر المسكن إلا بعد مواقعتها⁽³⁾ فالإكراه المعنوي ينتج عن تهديد للمرأة تستشعر منه الخوف الجاد والفوري من تعرض نفسها وأهلها لخطر كبير وشيك الوقوع⁽⁴⁾.
 - وسائل أخرى لإعدام رضى المجني عليها: هناك حالات أخرى، في جريمة الاغتصاب، قد يتم فيها إعدام رضى المجني عليها، دون تعريضها لإكراه مادي أو معنوي من طرف الجاني، ورغم ذلك تقوم الجريمة، فالقانون يكتفي بأن يتحقق انعدام الرضى، لقيامها ولا يشترط وقوع الإكراه⁽⁵⁾.
 - غير أنه يتحقق الإكراه باستعمال طرق احتيالية من شأنها التغرير بالمجني عليها أو حملها على المواقعة، باستعمال أي وسائل مادية أو أدبية من شأنها سلب إرادتها⁽⁶⁾.
 - ومن أمثلة الحالات التي قد يقع فيها انعدام الرضى دون وقوع إكراه: حالة المباغطة بالوقاع واستعمال الحيلة والخداع، كأن ينتهز الطبيب المعالج فرصة الكشف عن المرأة فيواقعها في غفلة منها، وكذا حالة مواقعة المرأة أثناء نومها أو في حالة إغماء أو تحت تأثير مخدر أو في حالة فقدان الشعور تحت تأثير التنويم المغناطيسي⁽⁷⁾.

(1) Bolongo.L, Op.cit, p333.

(2) Cass. Rim 3 janvier 1968 Bull Crim N°32 revue de droit pénl comparé 1968, p856.

(3) نقض 25 يونيو 1981 مجموعة أحكام النقض س 32 رقم 96 ص 546.

(4) Michele, Laure, Rassat, droit pénal spécial ; op.ct.

(5) نبيل صقر، مرجع سابق، ص295.

(6) نقض 8 نوفمبر 1994 مجموعة أحكام محكمة النقض س45 رقم 151، ص979.

(7) نبيل صقر، مرجع سابق، ص295.

ويعد في حكم انعدام الرضى، الرضى الصادر عن مجنونة أو صغيرة غير مميزة. ويعدم الرضى أيضا استعمال المواد المخدرة والمنومة إذا حصل الوقاع تحت تأثيرها، على المجني عليها أو كانت في حالة صرع أو سكر⁽¹⁾.

2- الركن المعنوي:

لا تقوم جريمة الاغتصاب بمجرد إيلاج رجل لقضييه في فرج المرأة بدون رضاها، ودون موجب شرعي وإنما لا بد من توافر القصد الجنائي⁽²⁾ لدى الجاني، والقائم على عنصري العلم والإرادة ولا يكفي لقيام الجريمة القصد العام وإنما لابد أن يتوافر بجانب القصد العام قصد خاص. وهو نية الجاني وغايته في موقعة المجني عليها، أي أن توجد النية لدى الجاني للقيام بفعل الاغتصاب وهو عالم أنه يأتي فعلا منكرا⁽³⁾ ويستوي في هذا أن يكون غرض الجاني قضاء شهوة والانتقام، أو فض بكاره فلا غيرة بالبواعث⁽⁴⁾ كما أنه لابد أن يعلم الجاني بأنه يمارس صلة جنسية غير مشروعة وبدون رضى من المجني عليها⁽⁵⁾ فإذا اعتقد الجاني مثلا مشروعية الاتصال الجنسي لأنه كان يجهل كيفية حساب عدة مطلقة، وأنها مازالت في مدة عدتها وبأنه يحق له مراجعتها إنتفى عنصر العلم لدينه وأنتفى معه اكتمال أركان الجريمة بالنسبة إليه، كما ينتفى العلم أيضا إذا كان الرابط الذي يربط الرجل بالمرأة التي واقعها جنسيا، رابطة زواج يشوبها فساد أو بطلان، وكان الفاعل يجهل ذلك كأن لا يعلم بأن من تزوجها محرمة عليه شرعا لأنها أخته من الرضاعة⁽⁶⁾.

ولقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر وفي الدول العربية وكذا في فرنسا على اعتبار ان جريمة الاغتصاب من الجرائم العمدية التي يستوجب فيها أن يتوافر القصد العام من علم والإرادة، فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الوقاع دون رضى المجني عليها ولا يحول دون توافر القصد الجنائي حسن النية أو الباعث على ارتكاب الفعل⁽⁷⁾ ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن القصد اللازم توافره لدى الجاني هو قصد خاص، يتمثل في نية الجاني أو غايته التي لابد أن تتصرف إلى موقعة امرأة دون رضاها، وقصد الموقعة هو إرادة القيام بالفعل الذي يحقق الاتصال الجنسي بالمرأة دون غيره من الأفعال التي لا تحقق هذا الاتصال، لذلك يضل القصد في هذه الجريمة عاما وذلك لأن نية

(1) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 348-349.

(2) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 656.

(3) ادوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مرجع سابق، ص 17.

(4) عوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة وجرائم العرض في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب، القاهرة، المجلة الكبرى 1994، ص 431.

(5) إبراهيم صيري، أحكام جرائم العرض، في الشريعة الإسلامية والقضاء المصري، دار مصر للطباعة، القاهرة، ط 1، 1973، ص 68.

(6) مجدي محمد حافظ، جرائم العرض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 1993، ص 22-23.

(7) نقض 1961/6/27 مجموعة القواعد القانونية، ج طعن رقم 503 لسنة 21 ق، ص 1172.

الوقائع جزء من تركيب القصد العام الذي هو إرادة الفعل الذي تقوم به الجريمة مع العلم بكافة عناصرها الأخرى بما لا حاجة لفكرة القصد الخاص⁽¹⁾.

ثانيا : عقوبة الاغتصاب البسيط

تعرف العقوبة على أنها: "جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذا لحكم قضائي على من تثبت مسؤولية في الجريمة"⁽²⁾.

كما تعرف بأنها: "جزاء تقويمي ينطوي على إيلاء مقصود، تنزل بمرتكب جريمة ذي أهلية لتحملها، بناء على حكم قضائي، يستند إلى نص قانوني يحددها، ويترتب عليها إهدار حق لمرتكب الجريمة، أو مصلحة له، أو ينقصهما، أو يعطل استعمالهما"⁽³⁾.

وتعرف أيضا بأنها "الجزاء الذي يقرره القانون ويوقعه القاضي من أجل الجريمة ويتناسب معها"⁽⁴⁾ وتتعدد التعريفات وتتفق في مجمل عناصرها غير أن التعريف الأخير يضيف أن العقوبة يجب أن تتناسب في شدتها مع الجريمة التي وقعت بسببها، ولبشاعة جريمة الاغتصاب اعتبرها كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي جنائية أيا كانت صورتها⁽⁵⁾، غير أن المشرع الجزائري يعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمسة (05) إلى عشر (10) سنوات بينما يعاقب عليها المشرع الفرنسي بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة⁽⁶⁾.

ومما تقدم نخلص إلى أن المشرع الجزائري لم يوفر للمرأة الحماية الكافية والرادعة، من خلال هذه العقوبة، التي لا تتناسب مع بشاعة الجرم، ووجوب توفير حماية كافية للمرأة، حيث أن هناك من الفقهاء من يرى أن هذه العقوبة ملطفة مقارنة بما هو مقرر لنفس الجريمة في بعض التشريعات الأخرى سواء في المحيط العربي أو الغربي⁽⁷⁾ كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار، الآثار التي قد تترتب عن جريمة الاغتصاب مثل فض غشاء البكارة والحمل... في حين نجد أن على سبيل المثال لا الحصر المشرع المغربي اعتبر مثل هذه الآثار المترتبة عن جريمة الاغتصاب من الظروف المشددة وكذلك فعل المشرع التونسي⁽⁸⁾.

(1) محمود أحمد أمان ، مرجع سابق، ص197.

(2) محمود محمود مصطفى، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط10، سنة 1983، ص555.

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، 1995، ص483.

(4) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، سنة 1982، ص667. -نهى القاطرجي، جريمة الاغتصاب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط2003، الأردن، ص265.

(5) الفقرة 1 من المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري.

(6) المادة 23/222 من قانون العقوبات الفرنسي.

(7) أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص99.

(8) نفس المرجع السابق، ص99.

ولما تقدم يكون لازما على المشرع الجزائري إعادة النظر في العقوبة المقررة لهذا النوع من الجرائم لتصبح السجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة وتعديل نص المادة 336 لتصبح كالتالي "كل إيلاج جنسي، أيا كانت طبيعته، يقع على الغير بالقوة أو التهديد أو الاحتيال أو المباغة".

البند الثاني: الظروف المشددة في جريمة الاغتصاب

نصت المادة 336 من قانون العقوبات في فقرتها الثانية على أن عقوبة جريمة الاغتصاب تشدد لتصبح من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة إذا ارتكبت جريمة الاغتصاب على قاصرة لم تبلغ سن السادسة عشرة(16) سنة، وبذا يكون قصور المجني عليها التي لم تبلغ السادسة عشرة(16) ظرفا مشددا تضاعف بسببه العقوبة لتصبح ما بين عشرة(10) وعشرين(20) سنة، كما نصت المادة 337 من قانون العقوبات على الظروف المشددة في جريمة هناك العرض "الاغتصاب" كالتالي: "إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هناك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو من يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبيينين أعلاه أو كان موظفا أو من رجال الدين أو كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليها في المادتين 335 و336" وقد تكون ظروف تشديد العقوبة راجعة إلى صفة في الجاني ذاته أو إلى ظرف من الظروف التي تمت فيها ارتكاب الجريمة، وعليه ستتم معالجة موضوع صور تشديد العقوبة في جريمة الاغتصاب كالتالي:

أولا: صور تشديد العقوبة بسبب صفة في الجاني.

ثانيا: صور تشديد العقوبة بسبب ظرف من ظروف ارتكاب الجريمة.

أولا: صور تشديد العقوبة بسبب صفة في الجاني

مثلما ما ذهب إليه المشرع الفرنسي نص المشرع الجزائري في المادة 337 من قانون العقوبات على خمسة ظروف مشددة إذا توافر أحدها أدى إلى تشديد العقوبة إلى درجة السجن المؤبد وهذه الظروف هي:

- 1-إذا كان الجاني من أصول المجني عليها
- 2-إذا كان الجاني رجل دين أو ممن يتولون تربية المجني عليها أو تعليمها
- 3-إذا كان الجاني ممن لهم سلطة على المجني عليها
- 4-إذا كان الجاني خادما بأجر عند المجني عليها أو عند من تقدم ذكرهم أو موظفا
- 5-إذا كان الجاني قد استعان بشخص أو أكثر

1- أن يكون الجاني من أصول المجني عليها

ويقصد بأصول المجني عليها كل من تناسل منهم تناسلا حقيقيا لا حكما مثل الأب والجد وإن علا، ولا يعتبر من الأصول طبقا للقانون الجزائري الأب والجد بالتبني⁽¹⁾ على عكس القانون الفرنسي الذي اعتبر الأب الشرعي ظرفا مشددا، وعليه إذا توافرت رابطة التبني تسري عليها ظرف التشديد⁽²⁾ ويستوي في ذلك أن تكون البنت شرعية أو غير شرعية، وهذا هو الرأي السائد في فرنسا⁽³⁾ لأسباب تشريعية سبق التعرض إليها عند معالجة الاغتصاب الزوجي.

2- أن يكون الجاني رجل دين أو ممن يتولون تربية المجني عليها أو تعليمها

ويقصد بهذا الصنف جميع الأشخاص الذين أوكل إليهم أمر الإشراف على المجني عليها ومراقبة سلوكاتها سواء أكانوا من أقاربها أو من الغير، وقد يكون ذلك بحكم القانون كالوصي أو القيم أو المدرس في المدرسة⁽⁴⁾ أو رجل الدين، وينجر ذلك على المدرس الخصوصي بحكم العلاقة الاتفاقية⁽⁵⁾ أو مدرس قرآن، أو كان بحكم الواقع كزوج الأم أو زوج الأخت أو الأخ الأكبر أو العم أو الخال وكل من هو في حكمهم مادام يقوم بالأشراف عليها فعلا⁽⁶⁾ ويشترط لتوافر هذا الظرف المشدد أن تكون الصفة قائمة وقت ارتكاب الجريمة، فإذا كانت الصفة قد زالت قبل ارتكابها مثلا، عوقب الجاني بعقوبة الاغتصاب في صورته البسيطة.

3- أن يكون الجاني ممن لهم سلطة على المجني عليها

تعتبر من الظروف المشددة للعقوبة المقررة لجريمة الاغتصاب إذا كان الجاني ممن لهم سلطة على المجني عليها ويراد بمصطلح السلطة في هذه الحالة النفوذ الذي يكون لشخص على آخر، ويتوافر هذا الظرف المشدد أيا كانت هذه السلطة سواء قانونية أو فعلية، دائمة أو مؤقتة مشروعة كانت أو غير مشروعة⁽⁷⁾ ومن أمثلتها سلطة المخدم على خادمه أو رب العمل على عاملة عنده أما ابن المخدم أو المخدمة أو ابن رب العمل فليس له سلطة قانونية على العاملة عند أبيه أو أمه، وإنما قد يصح أن تكون سلطة فعلية متى توافرت الظروف التي يستدل منها على ثبوت قيامها.

أما السلطة الفعلية فهي تلك السلطة التي ترجع إلى واقع الأمر، وليس التي تقوم بناء على صفة قانونية، كالعم وابن العم وزوج الأم وقد قضي في فرنسا بوجود السلطة الفعلية لزوج الأم على ابنتها

(1) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 605 وما بعدها.
(2) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص 160.
(3) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 227.
(4) نقض 4 أكتوبر 1948 مجموعة القواعد، ج 7، 644، ص 615.
(5) نقض 19 ماي 1958 مجموعة أحكام النقض س 5 رقم 137، ص 547.
(6) نقض 04 ديسمبر 1980 مجموعة أحكام النقض س 31 رقم 205، ص 1065.
(7) نقض 22 نوفمبر 1928 المجموعة الرسمية س 30 العدد 1/ رقم 2، ص 4.

البالغة لتبعيتها له منذ صغرها وإقامتها معه⁽¹⁾ في مسكن واحد، كما حكم بتوافر نفس السلطة لعشيق الأم على ابنتها، حيث أنها تعيش معه في مسكن واحد⁽²⁾ وتعتبر مسألة توافر السلطة الفعلية للجاني على المجني عليها أو عدم توافرها مسألة موضوعية من اختصاص محكمة الموضوع هي المؤهلة في الفصل فيها فصلا نهائيا⁽³⁾.

ويلاحظ أنه بعد تفاقم خطورة جريمة الاغتصاب بسبب سوء استعمال السلطة ومن خلال مقارنة المادة 332 من قانون العقوبات الفرنسي القديم بالمواد 23/222 و 24/222 من القانون الجديد نستنتج أن المشرع قد توسع في الشدид على جريمة الاغتصاب، حيث الممرض المرتكب لجريمة اعتداء جنسي على المريض كذلك، إذا مارس ذلك بعنف على المجني عليها⁽⁴⁾.

4- أن يكون الجاني خادما بأجر عند المجني عليها أو عند من تقدم ذكرهم أو موظفا :

ويقصد بالخادم بأجر كل شخص يقوم بالأعمال المادية التي تحتاجها المجني عليها في حياتها اليومية نظير أجر يتقاضاه سواء كان هذا الأجر نقديا أو عينايا⁽⁵⁾ ولا يشترط أن يكون الخادم منقطعا لخدمة مخدمته، وإنما يكفي أن يقوم بعمل منتظم ولو لبضع ساعات كالطبخ مثلا ويكفي أن يكون الجاني أو المجني عليها يعملان لدى مخدم ويخضعان لسلطة واحدة، ويتوافر الظرف المشدد أيضا بالنسبة للخادم الذي يغتصب ابنة مخدمه أو يغتصب خادمة أخرى تعمل معه في ذات المنزل كما قد يكون خادما لدى من له على المجني عليها سلطة⁽⁶⁾. وينطبق ذات الأمر على الموظف، وإذا ارتكب الحارس بالمدرسة الجريمة على تلميذة بذات المدرسة⁽⁷⁾.

5- الاستعانة بشخص أو أكثر:

هذه آخر حالات التشديد، أن يستعين الجاني عند ارتكابه للجريمة بشخص أو أكثر، فتعدد الجناة، يحقق الظرف المشددة إذا وصف كل واحد منهم، بحسب الفعل الذي أثاره بأنه فاعل مع غيره في الجريمة. ولقيام جريمة الاغتصاب لابد من توافر عنصرين أساسيين كما سبق تبياناه، وهما عنصر الوقاع وانعدام الرضا، أو إعدامه، وبناء على ذلك فكل شخص يصدر عنه أحد هذين الفعلين يعتبر فاعلا مع غيره، فمن قيد حركة امرأة مثلا، قصد تمكين آخر من القيام بعملية الوقاع غير المشروع يعتبر فاعلا أصليا وليس شريكا لأنه بفعله يكون قد أتى جزءا من الركن المادي المكون للجريمة.

(1) Cass Crim 22 décembre 1892, Dalloz 1892 p432.

(2) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 307.

(3) نقض 6 جوان 1994 مجموعة أحكام النقض س 45 رقم 109، ص 714.

(4) Cass Crim 8 juin 1994, Bull Crim n°226.

(5) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق ، ص 219.

- بعض التشريعات لم تشترط أن يكون الخادم بأجر كقانون العقوبات الليبي في مادته 407.

(6) نقض 25 مارس 1940 مجموعة القواعد رقم 16، ص 105.

(7) نقض 29 ماي 1972 أحكام النقض س 23 رقم 190، ص 829.

صحيح أن الجريمة لابد أن تقع من رجل مكتمل الذكورة، غير أن الأمر يتعلق في هذا المقام بالفاعل مع غيره، ولا يوجد في القانون ما يحول دون أداء المرأة لهذا الدور، لأن الركن المادي في الجريمة لا ينحصر فقط على فعل الوقاع وإنما يشمل أيضا الفعل المعدم للرضى.

فإذا أمسكت امرأة بجسم أخرى كي تشل مقاومتها لتمكين الرجل منها، فكلاهما فاعل في الجريمة، لأن كل منهما قد أتى بفعله جزءا من الركن المادي للجريمة فحق وصفه بأنه فاعل فيها، ففي وصفها بأنها شريكة خروج عن القاعدة العامة المستقر عليها في التفرقة بين الفاعل والشريك، هذا الخروج ليس له سند في القانون⁽¹⁾. ويعتبر فاعلا وفقا لنص المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري "كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي"⁽²⁾.

من خلال تفحص نص المادة 41 من قانون العقوبات يتبين أن المشرع قد حدد صور المساهمة الأصلية في الأفعال المباشرة التي تؤدي إلى ارتكاب الجريمة، ومن بين هذه الصور التحريض على ارتكاب الفعل المجرم سواء أكان هذا التحريض عن طريق الهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي.

أما فيما يتعلق بالشريك أو ما يسمى أيضا بالمساهم التبعي فقد نصت المادة 42 من قانون العقوبات على أنه: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك"⁽³⁾. من خلال نص المادة 42 يتبين جليا أن المشرع قد حصر فعل الشريك، الذي لا يعد مساهما أصليا في الأفعال المباشرة التي تؤدي إلى ارتكاب الجريمة، لكونه لا يشارك مشاركة مباشرة في ارتكابها، حصره في مساعدة أو معاونه الفاعل أو الفاعلين الأصليين، بجميع الطرق الممكنة على ارتكاب:

- الأفعال التحضيرية لارتكاب الجريمة
- الأفعال المسهلة لارتكاب الجريمة
- الأفعال المنفذة للجريمة.

وذلك شريطة أن يكون على علم بما يقوم به الفاعلون الأصليون، ومن صور الاشتراك بالمساعدة في ارتكاب الجريمة تقديم المكان الذي تتم فيه الجريمة أو تسليم السلاح الذي يستعمله الجاني في ارتكاب الجريمة.

(1) ياسر درويش وآخرون، مرجع سبق ذكره، ص 226.

(2) المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري.

(3) المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري.

ويمكن القول أنه قد تتحقق المساهمة الأصلية حتى في جرائم الامتناع⁽¹⁾ ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يجرم الوقاع الذي يتم برضى طرفيه إذا كانا راشدين، وليس هذا بالمقبول عقلا في دولة تدين الغالبية الساحقة من شعبها بالإسلام وينص دستورها في مادته الثانية على أن "الإسلام دين الدولة" ورغم ذلك يترك فعل محرم شرعا دون تجريم..!!

فوطأ الرجل المرأة برضاها في غير زواج، يشكل في الشريعة الإسلامية جريمة زنى، وهذا يعني أن الفقه الإسلامي لا يرتب على رضى الطرفين في هذه الحالة أي أثر، فلا يجعل منه سببا مانعا من تجريم الفعل، بل يجرم الوطء الذي يقع خارج الزواج، سواء تم برضى طرفيه أو بدون رضى أحدهما.

فبعد أن دعى الإسلام إلى الزواج ورغب فيه وجعله المنهج الأمثل لإشباع الغريزة الجنسية، ومنع أية ممارسة جنسية قد تتم خارج هذا الإطار، واعتبر الزنى جريمة وقدر لها حدا هو الجلد والتغريب بالنسبة للجاني غير المحصن والرجم رميا بالحجارة حتى الموت إذا كان محصنا، بل درءا لوقوع جريمة الزنى فقد حضر الإسلام سائر مقدمات الوقاع وعاقب على ارتكاب أي فعل من هذه الأفعال بعقوبة تعزيرية، فالفعل مالم يشكل جريمة زنى في الشريعة الإسلامية كان مقتضيا التعزير مادام قد وقع على امرأة، كمباشرتها دون إيلاج في الفرج. وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في الثوب الواحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد"⁽²⁾ فمن مقاصد الشريعة الإسلامية الحماية المطلقة للعرض، ولو ارتكب الفعل الجنسي برضى الطرفين، وغير علانية وفي ظروف لا تهدد أمن المجتمع، وذلك تجنباً لكثرة اللقطاء في المجتمع، كحال مجتمعنا اليوم، واختلاط الأنساب، مما يكون سببا في إنهيار الأمم والحضارات، الشيء الذي يسعى كل عاقل لتجنبه.

ثانيا: صور تشديد العقوبة لظرف من ظروف ارتكاب الجريمة، وحالة الإفلات من العقاب

تتم معالجة هذا الموضوع من خلال:

1- اقتران جريمة الاغتصاب بجريمة الخطف

2- السبب القانوني لإفلات الجاني من العقوبة

(1) فوزية عبد الستار على، المساهمة الأصلية في الجريمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1968، ص4.

(2) شرح النووي على مسلم، ج4، كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات، مرجع سابق، ص30.

- سنن أبي داود، ج4، كتاب الحمام، باب ما جاء في التعري، مرجع سابق، ص41
- سنن الترمذي، ج4، أبواب الادب، باب في كراهية مباشرة الرجال الرجال و المرأة المرأة، حديث رقم 2793، مرجع سابق، ص406.

1- اقتران جريمة الاغتصاب بجريمة الخطف

في عجلة سيتم التعرض إلى أركان جريمة الخطف ثم إلى اقترانها بالعنف الجنسي

أركان جريمة الخطف: لجريمة الخطف ركنان، ركن مادي وركن معنوي

-الركن المادي:

يتحقق بوجه عام بانتزاع المجني عليه من المحل الذي يقيم فيه⁽¹⁾، ولما كان الخطف يتحقق بإبعاد المجني عليه من مكان إقامته، وهو أمر يتوافر في كل لحظة تمر على المجني عليه أثناء وجوده في المكان المخطوف به، فإن هذه الجريمة تعتبر مستمرة أي تستمر طالما كان المجني عليه بعيدا عن مكانه الأصلي الذي يقيم فيه.

ويعد فاعلا أصليا في جريمة الخطف المحرض على ارتكاب الجريمة⁽²⁾ أو من أعار مكانه لحبس أو لحجز هذا الشخص، له نفس عقوبة الفاعل الأصلي⁽³⁾.

وقد حكمت محكمة النقض المصري بـ: "متى استظهرت المحكمة في حكمها أن الطاعن هو المدبر لتلك الجريمة بناء على الأدلة والاعتبارات التي أوردتها التحقيقات فلا قصور في حكمها"⁽⁴⁾.

-الركن المعنوي :

تعتبر جريمة الخطف جريمة عمدية⁽⁵⁾ ويشترط لقيامها توافر القصد الجنائي العام وهو اتجاه إرادة الجاني في انتزاع المجني عليه من المكان الذي يقيم فيه وإبعاده عنه مع علمه بذلك⁽⁶⁾.

ب-اقتران جريمة الخطف بالعنف الجنسي: شدد المشرع الجزائري العقوبة برفعها إلى السجن المؤبد، إذا تعرض الشخص المخطوف إلى عنف جنسي وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 293 مكرر من قانون العقوبات⁽⁷⁾. وإذا اقترن الخطف بوفاة الشخص المخطوف، تكون العقوبة الإعدام وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 263 من قانون العقوبات، شريطة أن تصاحب هذه الجناية جنائية أخرى أو تسبقها أو تليها، ويبدو جليا من خلال نص المادة، أن تشديد العقوبة إلى درجة الإعدام ليس بسبب قيام

(1) نقض 1958/05/19 مجموعة الأحكام س 9 ص 546 رقم 157.

(2) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 704.

(3) المادة 2/291 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) نقض 4 ماي 1951 مجموعة أحكام النقض س 25 رقم 394، ص 182.

- رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بأحد الناس، منشأة المعارف الإسكندرية بدون تاريخ، دار المعارف، الإسكندرية، ص 182.

(5) م. بن وارث، مرجع سابق، ص 162.

(6) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 633.

(7) المادة 293 مكرر من القانون 01-14 المؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 04 فبراير 2014 يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج. ر، العدد 07.

الجاني بجريمتي الخطف والاغتصاب، وإنما بسبب جريمة القتل، إضافة إلى اقترانها بجريمة أخرى، مما يبين اعتياد الجاني على ارتكاب هذه الجرائم البشعة.

كما شدد المشرع العقوبة إذا وقعت الجريمة على قاصر، من خلال استحداث المادة 293 مكرر 1 بقانون العقوبات، حيث يعاقب الجاني بالإعدام، إذا اقترنت جريمة خطف القاصر بالعنف الجنسي أو أدى ذلك إلى وفاة الضحية غير أن المشرع يعود إلى اشتراط أن تقترن الجريمة بجناية أخرى، تسبقها أو تصاحبها أو تليها، وكأن جريمة خطف القاصر والاعتداء عليهم جنسيا وقتلتهم ليس كافيا لتوقيع عقوبة الإعدام على الجاني إلا إذا اقترنت بجناية أخرى، هذا فضلا عما يمكن قوله حول عدم ردع عقوبة الإعدام في حد ذاتها للمجرمين لعلمهم المسبق بعدم تنفيذها فيهم مما جعل الجرائم الشنيعة تنفّس في المجتمع بشكل مخيف.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فنجد أنه في الفقرات 24-25-26 من المادة 222 من قانون العقوبات قد توسع في تعداد حالات تشديد العقوبة من جهة ومن جهة ثانية قد شدد العقوبة حيث جعلها تتراوح ما بين عشرين (20) سنة سجنا إلى المؤبد⁽¹⁾.

أما المشرع التونسي فقد شدد العقوبة إلى درجة الإعدام في الحالات التالية:

- كل من واقع أنثى غصبا باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به.
- كل من واقع أنثى سنها دون العشرة أعوام كاملة، ولو بدون استعمال الوسائل المذكورة.
- ويعاقب بالسجن بقية العمر كل من واقع أنثى بدون رضاها في غير الصور المتقدمة، ويعتبر الرضا مفقودا إذا كان سن المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة⁽²⁾.

وهكذا يكون المشرع التونسي قد شدد العقوبة ورفعها إلى أقصى درجة أي الإعدام إذا اقترنت جريمة الاغتصاب باستعمال العنف أو باستعمال سلاح أو حتى بالتهديد به للتعويض دون استعماله فعليا، كما تتجر عقوبة الإعدام، أيضا على كل شخص يغصب صغيرة دون سن العاشرة ولو بدون استعمال العنف أو استعمال السلاح أو التهديد به لأن القاصرة دون العاشرة لا يتطلب اغتصابها استعمال هذه الوسائل لضعفها ولصغر سنها، وبذا يكون صغر السن ظرفا مشددا يستوجب عقوبة الإعدام.

أما مواجهة الأنثى غير القاصرة بدون رضاها، ودون استعمال أي وسيلة من الوسائل المتقدمة حتى توفر انعدام الرضى فقط، فعقوبتها السجن مدى الحياة، ويعتبر الرضى مفقودا، في حالة ما إذا واقع الجاني أنثى سنها دون الثلاثة عشر ولو برضاها.

ويعاقب المشرع التونسي على الشروع.

(1) Code pénal, Livre III titre II atteintes à la personne humaine section 3 : des agressions sexuelles (art.222-24-25-26).

(2) الفصل 227 من قانون العقوبات التونسي (نقح بالقانون عدد 9 سنة 1985 المؤرخ في 7 مارس 1985 وبالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).

2- السبب القانوني لإفلات الجاني من العقاب:

أوردت الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري، أحكاماً تتيح الفرصة للجاني في جريمة الخطف أن يستفيد من الإعفاء، والإفلات من العقوبة إذا تزوج من المخطوفة القاصر، بل إن إجراءات المتابعة لا تتخذ أصلاً، إلا بناء على شكوى، يقدمها الأشخاص الذين لهم صفة طلب إبطال الزواج حيث نصت على أنه: "وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم الصفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله" أي غلق الباب نهائياً أمام أية متابعة جزائية للجاني بمجرد زواجه بالمجني عليها، ولو تزوجها ليوم واحد للإفلات من العقاب ثم طلقها. الأمر الذي يفتح الباب على مصراعيه، لكل مرتكب لجريمتي الاختطاف والاغتصاب، للإفلات نهائياً من العقاب، بمجرد زواجه من المخطوفة إلا بناء على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، وبناء عليه يجب توافر شرطان لقيام المتابعة الجزائية وهما إبطال الزواج وتقديم شكوى ممن لهم الصفة للقيام بذلك، فما هي حالات إبطال الزواج طبقاً لقانون الأسرة الجزائري؟ قبل الإجابة على هذا السؤال يجدر التعرض إلى موقف تشريعات بعض الدول العربية التي تتبنى تشريعاتها نفس المفهوم، ففيما نجد أن المشرع التونسي قد انتبه لهذه الثغرة وحاول الاحتياط لها، بأن جعل المتابعة تستأنف إذ انفصم الزواج بظلم من الزوج قبل مضي عامين ابتداء من تاريخ دخول الجاني بالمجني عليها، وذلك طبقاً لنص الفقرة الخامسة من الفصل 277 مكرر(1).

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد كانت المادة 291 من قانون العقوبات المصري قبل إلغائها، تعفي الجاني الذي يختطف أنثى ويغتصبها ثم يتزوجها، من العقاب وقد ألغيت بموجب القانون رقم 14 لسنة 1999 واستبدلت بأخرى، أصبح القانون يعاقب بموجبها الجاني بالسجن المؤبد عن جريمة الخطف، أما إذا قام بمواقعة المجني عليها المخطوفة بغير رضاها، فتكون العقوبة الإعدام ولو تزوجها. وذلك بعد نقاش حاد بين فقهاء والقانون المصري تمثل في الخلاف حول مدى شرعية زواج الخاطف بمخطوفته من جهة ونطاق تطبيق المادة 291 من قانون العقوبات المصري من جهة أخرى.

(1) أضيف بالقانون عدد 15 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 ثم نقح بالقانون عدد 21 المؤرخ 1969/3/27 والقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989. وقد جاء في الفقرة الخامسة من الفصل 227 مكرر: "وتستأنف التبعات (المتابعات) أو آثار المحاكمة إذا انفصم الزواج بطلاق محكوم به إنشاء (بظلم) من الزوج طبقاً للفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، وذلك قبل مضي عامين من تاريخ الدخول بالمجني عليها".

-الخلاف حول مدى شرعية زواج الخاطف بمخطوفته:

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن زواج الخاطف بالمخطوفة يعد زواجا صحيحا وشرعيا لأن شروط الزواج تنحصر في الإيجاب والقبول والكفاءة ووجود الولي والإشهار والإعلان ولذلك فهو زواج صحيح⁽¹⁾.

علة هذا الرأي: أن الله تعالى لم يأمر بقتل غير المحصن في جريمة الزنى بل أمر بجلده فقط، ومادام الله قد فتح باب التوبة أمام العباد، ومادام الجاني قد تاب ورجع إلى صوابه، وذلك بإصلاح ما ارتكبه من خطأ وستر المجني عليها، فيجب أن نعينه على ذلك، ويكون ذلك ظرفا مخففا.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الزواج الذي يتم بعد ارتكاب هذه الجريمة لا يعد زواجا شرعيا⁽²⁾ وذلك لأن أركان الزواج هي أولا الإيجاب والقبول.

وحيث أن المجني عليها في هذه الحالة ليس لديها اختيار بين الإيجاب والقبول وبين عدم القبول لأن المجني عليها لا تكون لها في هذه الحالة إرادة حرة واعية⁽³⁾ ومن ثم يكون الزواج قد فقد أول شرط من شروطه وهو الرضى، فضلا عن كون أن الجاني قد لجأ إلى الزواج للإفلات من العقاب⁽⁴⁾، إضافة إلى ذلك أن الكفاءة غير موجودة⁽⁵⁾ والزواج لكي يعد شرعيا يجب أن يتوافر فيه الرضى والولي والكفاءة والإعلان. لذلك فالزواج هنا غير صحيح وغير شرعي، فبتطبيق هذه الشروط على زواج الجاني الخاطف بالمجني عليها المخطوفة نجد الآتي:

أ-عدم توافر رضى الطرفين: وذلك لأن المجني عليها إرادتها معيبة لأنها ليست لديها اختيار بين أن تخضع للزواج خشية الفضيحة والعار والخوف من الأهل والمجتمع، وبين أن ترفض هذا الزواج الذي فرض عليها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية نجد أن الجاني قد لجأ إلى هذا الزواج ليس رغبة أو رضى به لأن من يريد العفة يقتحم الزواج من باب الواسع، وعليه فرضاه معيب هو الآخر، لأن إقدامه على الزواج هو الآخر، بهذه الطريقة، إنما هو هروبا من العقاب ليس إلا.

ب-انعدام التكافؤ: فقد تكون المرأة ذات دين أو مال أو حسب أو جمال ويكون الجاني صعلوكا أو مجرما، كما أنه قد يتم الزواج أمام محكمة دون حضور الولي ودون إعلان، فيكون بذلك قد فقد شروط صحته وشرعيته، ولذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن الزواج في هذه الحالة ليس شرعيا كونه فقد أهم شروطه وهي الإيجاب والقبول.

(1) محمد البيومي، إعادة المغتصبة عذراء غير جائز شرعا. جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 16/10/1998، ص29.
(2) نصر فريد واصل، إجهاض المغتصبة وإعادتها عذرا، جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 16-10-1998، ص29.
(3) عبد المنعم إسحاق، إسقاط جنين المغتصبة، جريدة الأهرام المصرية، 9-10-1998، ص28.
(4) رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ط 1، 2011، ص176.
(5) منصور نصر ممدوح، الزواج بدون رضى، جريدة الأهرام المصرية، 13-10-1998، ص29.

-الخلاف حول نطاق تطبيق المادة 291 من قانون العقوبات المصري(1):

نشأ خلاف فقهي في مصر حول نطاق تطبيق نص المادة 291 من قانون العقوبات قبل إلغائها، نتج عنه نقاش حاد برزت من خلاله مساوئ العمل بها، بعد كل ما حدث من تطور في مختلف المجالات، فقد قصد المشرع في مختلف قوانين العقوبات التي اعتمدت مفهوم هذا النص، إتاحة الفرصة للتستر عن الجريمة لما يترتب عنها من أبعاد اجتماعية ونفسية على المجني عليها وعلى أسرته على السواء، ولما قد تنتج من استقرار واستمرار لأسرة نشأت من هذا الزواج(2). وإن كان البعض يرى الإبقاء على هذه المادة لما فيها من تسر للمرأة المجني عليها، لذا يجب غض الطرف عن الانتقام من الجاني صيانة للأسرة التي نشأت وخدمة للمجتمع من الفضيحة والعار(3).

فإن البعض الآخر يرى أنه يجب إلغاء هذه المادة للأسباب التالية:

- أثبت تطبيق هذا النص أنه يضر بالمرأة ضررا بالغاً، فهو من ناحية يزين للجاني جريمة الخطف بدلا من أن ينفره منها ويتخذ ذريعة للتهرب من عقوبة جنائية خطيرة كجنائية الخطف ناهيك على جريمة الاغتصاب.
 - غالبا ما ترض به المخطوفة كحل أقل ضررا تدرأ به الانعكاسات الاجتماعية الخطيرة المترتبة على خطفها، والأهل يلاحقهم عار الجريمة التي وقعت على ابنتهم.
 - المهر بسيط في حده الأدنى.
 - إشهار الزواج يتم عن طريق حضور بعض أصدقاء الجاني
 - كون الجاني متزوج بأخرى لا يمنعه بالزواج من المخطوفة
 - فضلا عن سهولة الزواج لا يكون في الغالب متكافئا.
 - استطاعة الجاني بعد أن يفر من العقاب، أن يطلق المخطوفة بإرادته المنفردة.
- ولذلك لا يتحقق هدف المشرع من وراء هذه المادة(4).

فضلا عما تقدم فإن نص المادة يتعارض مع فكرة المنع من العقاب فقد أورد المشرع في قانون العقوبات المصري(5) أنه لا عقاب على من يكون فاقد الشعور والاختيار والإدراك، إما لجنون أو عاهة في عقله ويترتب عليه تخلف الركن المعنوي للجريمة. وهذه الموانع لا تتوفر في الجاني، لأنه يرتكب هذا الجرم وهو مدرك به، ويتوافر فيه العلم والإرادة، أي القصد الجنائي، فيكف يعفى من العقاب وليس

(1) المادة 291 من قانون العقوبات المصري تنص على "إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعيا لا يحكم عليه بعقوبة ما" ويقابلها نص المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري والفصل 227 مكرر من قانون العقوبات التونسي.

(2) رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص176.

(3) عبد المنعم إسحاق، الإعدام وليس الزواج للخطف والاغتصاب، جريدة الأهرام المصرية، 26-02-1992، ص35.

(4) رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص176.

(5) تقابلها المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري.

به مانع من موانعه؟ إضافة أنه لا مصلحة للمجتمع في ذلك كون هذا الزواج لا يستمر لأنه في الغالب بمثابة حيلة من الطرفين للهروب من العقاب ومن الفضيحة، مما يؤدي إلى فشل هذا الزواج وإنهائه في أول فرصة يتحقق فيها الإفلات من العقاب والفضيحة. إضافة إلى ما تقدم فلم يعد بالإمكان ستر الفضيحة بعد التطور الهائل الذي وصلت إليه وسائل التواصل، زد على ذلك أن وسائل الإعلام باتت تجعل من هذه الجرائم مغنمها.

هذا وأن هذا النص يثير إشكالات عملية كثيرة منها على سبيل المثال حالة تعدد الجناة وكل منهم يرغب في الزواج من المجني عليها للإفلات من العقاب، وقد تكون المجني عليها غير صالحة للزواج بها كأن تكون متزوجة أو أن يكون اختلاف في الدين⁽¹⁾ كما أن المشرع قد أغفل حالة ما إذا طلق المجني عليها دون مبرر، حيث لم يعد لها صفة في تقديم شكوى بعد الحكم ببراءة الجاني لامتناع العقاب، لذا يرى إلغاء هذه المادة أو تعديلها لحماية المجني عليها من هذه الجريمة الشنعاء⁽²⁾، ويرى بعض الفقه إن كانت الحكمة من إعفاء الجاني من العقاب المحافظة على الأسرة واستمرار الزواج فإنه يجب أن تكون هناك قيود منها :

القيد الأول: إذا تزوج الخاطف من المجني عليها يترتب على ذلك إيقاف الإجراءات الجزائية فقط. أو إيقاف تنفيذ الحكم لمدة ثلاث سنوات، لإثبات نية الجاني من هذا الزواج. وبعد انقضاء الثلاث سنوات على الزواج تنقضي الدعوى الجزائية أو تسقط العقوبة.

القيد الثاني: إذا طلق الجاني المجني عليها خلال هذه المدة أو حكم بتطليقها بسبب إيذاء زوجها لها، يزول الإيقاف وتحرك الدعوى الجزائية ضده من جديد⁽³⁾.

ولكن رغم هذه الاقتراحات إلا أنها تظل قاصرة، لأن هدف المشرع من عدم العقاب هو المحافظة على كيان الأسرة وعلى المرأة، ودورها خاصة إذا كانت قد فرضت عليها أمومة غير شرعية أو غيرها مما قد يعرقل قيامها بدورها الذي خلقت من أجله، لأن الجاني لن يتردد عن الزواج للإفلات من العقاب بعد ثلاث سنوات من عمره حراً بدلاً من قضاء بقية عمره في السجن، فإذا قام بطلاق المجني عليها بعد مرور ثلاث سنوات ويوم فماذا سيكون مصير الأسرة؟

الخلاصة: أنه بعد هذا النقاش الحاد ألغى المشرع المصري المادة 291 من قانون العقوبات المصري بالقانون 14 لسنة 1999 واستبدلها بأخرى أصبح معها الجاني يعاقب بالسجن المؤبد على جريمة الخطف وحدها، أما إذا واقع المخطوفة دون رضاها فتكون العقوبة الإعدام ولو تزوج بها، وبذلك

(1) محمد أبو العلاء عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دراسة في علم المجني عليه، دار الفكر العربي، 1991، ص 282 وما بعدها.

(2) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 76.

(3) محمد سليمان مليجي، جريمة الاغتصاب في القوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ط 1، 2002، ص 461 وما بعدها.

يكون المشرع المصري قد قام بحماية المرأة من العنف المسلط عليها من طرف ذئاب بشرية في ظل مجتمع تفشت فيه الرذيلة وقلت فيه الأخلاق، فكان لابد من رادع لهؤلاء الجناة.

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يتناول في هذه المادة إلا حالة واحدة، وهي التي تكون فيها المجني عليها المخطوفة قاصرة لم تبلغ سن الثمانية عشر سنة وأن يتم الخطف دون عنف⁽¹⁾، مهماً بذلك جميع أحكام الزواج الواردة في قانون الأسرة الجزائري حيث يبطل الزواج لسببين هما: انعدام الأهلية وتخلف ركن من أركانه:

1: بطلان الزواج لانعدام الأهلية: تكتمل أهلية الزواج في القانون الجزائري بتمام سن تسعة عشر (19) سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل تلك السن لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج⁽²⁾، وبناء عليه فالزواج الذي يتم قبل سن التسعة عشر سنة ودون ترخيص مسبق من القاضي يعتبر باطلاً بطلانا مطلقاً ولا يجوز تثبيته لانعدام الأهلية⁽³⁾.

2: بطلان الزواج لتخلف ركن من أركانه: تبين المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري شروط الزواج، رضى الطرفين، أهلية الزواج، وحضور شاهدين، والصدّق وولي الزوجة وانعدام الموانع الشرعية.

كما أوردت المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية أن القاصرة يتولى زواجها وليها وهو الأب أو أحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له.

كما أن المادة 77 من الأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19-02-1970 المتضمن الحالة المدنية جرمت عملية إبرام عقد الزواج الذي تتم دون حضور الولي حيث نصت على معاقبة ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة من الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالعقوبة المقررة في المادة 441 من قانون العقوبات الجزائري⁽⁴⁾.

وبناء على ما تقدم ما حكم زواج القاصرة الذي تم بدون حضور الولي؟

نصت المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري على "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل".

(1) لأنه إذا اقترنت جريمة الخطف بالعنف تحول وصفها من جنحة إلى جناية يطبق عليها نص المادة 293 مكرر من قانون العقوبات.

(2) المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر المؤرخ في 27-02-2005.

(3) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص192.

المادة 102 من القانون المدني أوردت: "إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة..."

(4) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص193.

والخلاصة: أنه إذا كان المشرع في مختلف قوانين عقوبات الدول التي أخذت بمفهوم هذا النص، بهدف إتاحة الفرصة للتستر على الجريمة، لما يترتب عنها من آثار سلبية اجتماعية ونفسية إن على المجني عليها وعلى محيطها على السواء، ولما قد يتيح ذلك من استقرار واستمرارية، لأسرة تنشأ من هذا الزواج، كما سبقت الإشارة إليه، وهو الأمر الذي قد يتحقق في بعض الحالات التي تصدق فيها النوايا، فإن ذلك لا يبرر بأي حال من الأحوال فتح الباب على مصراعيه، للمنحرفين والجناة للإفلات من العقوبة التي يقررها القانون لمرتكبي هذه الأفعال، خاصة وأن الجاني، حتى في الحالة التي نص عليها القانون التونسي في الفقرة الخامسة من الفصل 227 مكرر، المذكورة سالفاً، سيفضل الجاني دون شك، العيش طليقاً مع المجني عليها، مدة السنتين التي يقررها القانون، فإذا انقضت طلقها، على أن تسلط عليه العقوبة المقررة لجريمة الاختطاف، والاختطاف المقترن بالاغتصاب، نوبذلك يكون المشرع المصري بإلغائه المادة 291 من قانون العقوبات قد أنهى الجدل القائم حول هذا الموضوع وسد الذرائع، أمام كل من تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجرائم، ثم الإفلات من العقاب المقرر لها بواسطة الزواج.

جريمة الاغتصاب بعد تعديل المادة 336 من قانون العقوبات⁽¹⁾:

تنص المادة 336 قبل تعديلها على: "كل من ارتكب جنائية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا وقع هتك العرض على قاصرة لم تكمل السادة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

وبعد تعديلها باتت تنص على: "كل من ارتكب جنائية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس (05) سنوات إلى (10) سنوات.

وإذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة".

كما هو واضح من تقريب نص المادتين يتبين أن التعديل لم يشمل مدة العقوبة وإنما شمل المصطلحات المستعملة وسن الصحية، فبالنسبة للمصطلحات، حل مصطلح الاغتصاب محل مصطلح هتك العرض وهو مصطلح أدق من سابقه، وأوسع استعمالاً في مختلف التشريعات. كما تم استبدال مصطلح قاصرة، بقاصر، مما غير جذرياً مفهوم الاغتصاب، كما سيبين لاحقاً.

وتم رفع سن القاصرة من ستة عشرة (16) سنة إلى ثمانية عشرة (18).

(1) المعدلة بموجب القانون 01-14 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1435 الموافق لـ 4 فبراير 2014 الجريدة الرسمية، العدد 07 سنة 2014.

ومما تقدم يتضح أن جريمة الاغتصاب انطلقا من مصطلح "قاصر" عوض "قاصرة" بات يشمل الجنسين، فقد يكون المجني عليه في ظل نص المادة 336 بعد تعديلها أنثى كما قد يكون ذكر، وعليه فأركان جريمة الاغتصاب بمفهومها القديم قبل التعديل لم يعد له أي اعتبار. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبني مفهوما واسعا للاغتصاب، فلم يعد يشترط أن يكون الجاني ذكر والمجني عليها أنثى، كما لم يعد يشترط أن تتم الموافقة الطبيعية.

بموجب هذا التعديل، باتت جريمة الاغتصاب بمفهومها الجديد تتداخل مع مفهوم الاغتصاب في القانون الفرنسي، غير أن هذا الأخير أعطى الاغتصاب مفهوما دقيقا⁽¹⁾، فمفهوم الاغتصاب وفقا للقانون الفرنسي يشمل كل عملية إيلاج جنسي من أي نوع كانت، شريطة أن يكون ذلك بالعنف، الإكراه، التهديد أو المباغطة، ويستوي في ذلك أن يكون المجني عليه أنثى أم ذكر كما يستوي أن يكون الجاني ذكرا أو أنثى، كما قد يكون الإيلاج في الفرج أو الدبر أو في أي مكان آخر وبأية آلة كانت.

بخلاف القانون الفرنسي لم يعط المشرع الجزائري لجريمة الاغتصاب تعريفا جامعاً مانعاً رغم ما لحق المادة 336 من تعديل، غير أنه بالرجوع إلى نص هذه المادة يكون مفهوم الاغتصاب هو نفس المفهوم الذي تبناه المشرع الفرنسي، علما أنه بتغيير مفهوم الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري يتغير كذلك مفهوم الفعل المخل بالحياء، حيث أنه قبل تعديل نص المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري كان للاغتصاب مفهوم وأركان غير المفهوم والأركان التي صارت له بعد التعديل، وكان كلما تغيب ركن من أركان جريمة الاغتصاب تحول إلى فعل مخل بالحياء، لكن بعد تعديل المادة 336 من قانون العقوبات، وتبني المشرع الجزائري مفهوما جديدا للاغتصاب أوسع وأشمل من التعريف السابق له، أصبح الفعل المخل بالحياء، يعني كل اعتداء جنسي يمس بجسم المجني عليه، شريطة أن يكون سطحيا دون أن يصل إلى مرحلة الإيلاج.

المطلب الثاني : حماية المرأة في جريمة الفعل المخل بالحياء (هتك العرض)

تعد جريمة الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض⁽²⁾ كما يسميه المشرعين العرب⁽³⁾، من بين جرائم الاعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليها، لأن الغرض من ارتكابها إثارة الشهوة أو المساس بعورة المجني عليها، أو الشذوذ الجنسي، وبما أن البحث يدور حول حماية المرأة، فجريمة الفعل المخل بالحياء تعد من الجرائم الماسة بحياتها وعرضها وشرفها، وعليه سيتم التعرض لما قرره القانون لحمايتها من

(1) Art 222-23 Code pénal Français, le viol est défini comme : « toute acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise... ». Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.

(2) سمي في قانون العقوبات الجزائري، الفعل المخل بالحياء، بينما أطلق عليها قانون العقوبات المصري، هتك العرض، وفي القانون التونسي، الاعتداء بالفاحشة. أنظر أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 99.

(3) إسحق منصور، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها.

هذا النوع من الجرائم الماسة بحياتها وشرفها، من جهة ومن جهة ثانية من الجدير طرح التساؤل إذا كان ما قرره القانون من وسائل لحمايتها يعتبر كافيا أم لا. وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ماهية الفعل المخل بالحياء.

الفرع الثاني: صور تجريم الفعل المخل بالحياء وعقوبته.

الفرع الأول: ماهية الفعل المخل بالحياء

لقد ورد النص على جريمة الفعل المخل بالحياء (هتك العرض) في المادتين 334 و335 من قانون العقوبات الجزائري، فقد نصت المادة 334 على جنحة الفعل المخل بالحياء في حال وقوعها دون عنف، في فقرتها الأولى كالتالي: "يعاقب بالحبس من خمس(5) إلى عشر(10) سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشرة ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك.

ويعاقب بالسجن المؤقت من خمس(5) إلى عشر(10) سنوات أحد الأصول الذي يرتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر ولو تجاوز السادسة عشرة من عمره ولم يصبح بعد راشد بالزواج".

وقد أوردت المادة 337 ظروف تشديد العقوبة بالنسبة للحالة الواردة في نص الفقرة الأولى من المادة 334 كالتالي: "إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبيينين عالية أو كان موظفا أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334.

وأوردت المادة 335 من قانون العقوبات الجزائري جنائية هتك العرض أو الفعل المخل بالحياء أو الشروع فيه إذا اقترن بعنف حيث تنص على: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس(5) إلى عشر(10) سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف-⁽¹⁾ أو شرع في ذلك. وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشر يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة".

(1) لقد ورد خطأ مادي نص المادة 335 بطبعة منشورات بيرتي لسنة 2010-2011 باللغة الوطنية بذكر عبارة "بدون عنف" في حين أورد نص اللغة الأجنبية "avec violence" أي بعنف في نفس الطبعة.
- أنظر ع ج قرار 2008/10/22 ملف 488761 المجلة القضائية 2008/1 ص305.
- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص102.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد عالج قانون العقوبات جريمة هتك العرض في المادتين 268 و269 المادة 268: "كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالسجن المشدد وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان مرتكبها أو أحد مرتكبيها ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة 267 تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات وإذا اجتمع هذان الطرفان معا يحكم بالسجن المؤبد".

المادة 269: "كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانية عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس وإذا كان سنه لم يبلغ سبع سنين كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة 267 تكون العقوبة السجن المشدد"، وتنص الفقرة الثانية من المادة 267 على أنه: "يعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم تبلغ سنها ثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجني عليها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم، أو تعدد الفاعلون في الجريمة".

وقد عالج المشرع الفرنسي الموضوع بالفقرة الثانية من قانون العقوبات تحت عنوان الاعتداءات الجنسية الأخرى، وفي المواد من 27-222 إلى 31-222⁽¹⁾ حيث تنص المادة 27-222 على "يعاقب على كل اعتداء جنسي غير الاغتصاب بخمس سنوات حبس و75000 أورو غرامة".

المادة 28-222: "يعاقب بسبع سنوات حبس وبغرامة قدرها 100.000 أورو من يرتكب الجريمة المنصوص عليها في المادة 27-222 إذا سبب:

- 1- جرح أو بتر أحد الأعضاء.
- 2- إذا كان الجاني من الأصول أو ممن لهم سلطة قانونية أو فعلية على الضحية.
- 3- إذا استغل الجاني السلطات التي يخولها له عمله.
- 4- إذا تعدد الجناة بصفتهم فاعلين أصليين أو شركاء.

(1) Des autres agression sexual.

Article 222-27 code pénal français, « les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 7500 euros d'amande.

Article 222-28 « l'infraction définie à l'article 222-27 est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amandes.

1- Lorsqu'elle a entraîné une blessure ou une lésion.

2- Lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.

3- Lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

4- Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice.

5- Lorsqu'elle est commise avec usage ou menace d'une arme.

6- Lorsqu'elle a été commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime.

7- Lorsqu'elle est commise par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité.

8- Lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état diverse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants.

- 5- إذا ارتكبت بواسطة استعمال أو التهديد بالسلاح.
 - 6- إذا كان اتصال الجاني بالضحية قد تم بواسطة نشر إعلانات موجهة للعامة عن طريق وسائل الكترونية.
 - 7- إذا كان الجاني زوج أو خليل الضحية أو شريك يربطه بالضحية عهد تضامن مدني.
 - 8- إذا كان الجاني تحت تأثير الكحول أو المخدرات.
- المادة 222-29⁽¹⁾ "يعاقب على كل اعتداء جنسي غير الاغتصاب بسبع سنوات سجن وبـ100.000 أورو غرامة عندما يقع الاعتداء على شخص ضعيف بسبب سنه أو بسبب مرض يعانيه أو بسبب الإعاقة أو العجز الجسدي أو النفسي أو بسبب حمل ظاهر أو معلوم من طرف الجاني".
- المادة 222-29-1⁽²⁾: "يعاقب على الاعتداءات الجنسية غير الاغتصاب بعشر (10) سنوات سجن وبغرامة قدرها 150.000 أورو إذا وقعت على قاصر عمره خمسة عشر (15) سنة".
- المادة 222-30⁽³⁾: "لا يعاقب على الجريمة المنصوص عليها في المادة 222-29 بعشر (10) سنوات سجن وبغرامة قدرها 150.000 أورو إذا:"

- 1- تسببت في جرح أو بتر أحد الأعضاء
- 2- إذا كان الجاني من الأصول أو ممن لهم سلطة قانونية وفعلية على المجني عليه.
- 3- إذا استغل الجاني السلطات التي يخولها له عمله.
- 4- إذا تعدد الجناة بصفتهم فاعلين أصليين أو شركاء.
- 5- إذا ارتكبت بواسطة استعمال أو التهديد بالسلاح.
- 6- إذا ارتكبت بسبب الميل الجنسي للضحية.

(1) Art 222-29 : « les agressions sexuelles autre que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées a une personne dont la particulier vulnérabilité du a son âge, à une maladie, a une infirmité a une déficience physique ou psychique où a un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur.

(2) Art 222-29-1 : « les agressions sexuelles autre que le viol soit punis de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées à un mineur de quinze ans.

(3) Art 222-30 : « l'infraction a l'article 222-29 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amande :

- 1- Lorsqu'elle a entraîné une blessure ou une lésion.
- 2- Lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.
- 3- Lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.
- 4- Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice.
- 5- Lorsqu'elle est commise avec usage ou menace d'une arme.
- 6- Lorsqu'elle a été commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime.
- 7- Lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants.

7- إذا كان الجاني تحت تأثير الكحول أو المخدرات".

المادة 222-31⁽¹⁾: "يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في المواد من 27-222 إلى 30-222 بنفس العقوبة".

انطلاقاً من نصوص المواد السالفة الذكر، ستتم معالجة هذا الفرع من خلال البندين التاليين:

البند الأول: مفهوم الفعل المخل بالحياة "هتك العرض".

البند الثاني: الشروع في جريمة الفعل المخل بالحياة.

البند الأول: مفهوم الفعل المخل بالحياة

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الفعل المخل بالحياة، شأنه شأن باقي المشرعين، حيث ترك ذلك للفقهاء والقضاء⁽²⁾، وسبب ذلك أن الأفعال التي تكون جريمة الفعل المخل بالحياة "هتك العرض" كثيرة ومتنوعة ويصعب إن لم يستحيل تعدادها وحصرها، بالإضافة إلى أنها، وباعتبارها جرائم مخلفة بالآداب العامة تختلف زماناً ومكاناً، لذلك اكتفى المشرعون بذكر الجريمة وأركانها وعقوبتها. وقد عرفه البعض على أنه: "كل فعل مادي يطل جسم المجني عليه أو عوراته ويخدش حياته وعرضه"⁽³⁾، كما يعرف على أنه "كل فعل يمس حياة (عرض) المجني عليه، سواء باستعمال الجاني عضواً في جسمه، يعتبر عورة حتى ولو لم يكن عورة في ذاته، أو يأتي أي فعل من الأفعال ذات المعاني الجنسية"⁽⁴⁾ ويعرف أيضاً بأنه: "الإخلال العمدي بالجسم بحياة المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه وقد يمس في الغالب عورة فيه"⁽⁵⁾.

كما عرفه الدكتور إسحق منصور على أنه "فعل يطل جسم الغير فيخل بحياته العرضي إخلالاً جسيماً"⁽⁶⁾.

وعرفه الدكتور أحسن بوسقيعة على أنه: "كل فعل يمارس على جسم شخص آخر ويكون من شأنه أن يشكل إخلالاً بالآداب سواء كان ذلك علانية أو في الخفاء"⁽⁷⁾.

(1) Art 222-31 : « la tentative des délits prévus par les articles 222-27 à 222-30 est punie des mêmes peines ».

(2) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص100.

(3) محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص150-152.

- حسن حسن منصور، جرائم الاعتداء على الأخلاق، الإسكندرية، 1975، ص26.

(4) محمد الطاهر- محمد عبد العزيز، جرائم الاعتداء على العرض، المكتبة العالمية المنصورة، ط1990، ص100.

(5) عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2013، ص286.

(6) إسحق منصور، مرجع سابق، ص115.

(7) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص100.

وخلاصة القول يمكن تعريف الفعل المخل بالحياء على أنه، كل فعل مادي مخل بالحشمة والحياء يطال جسم إنسان آخر أو عورته، ذكرًا كان أو أنثى، ويمس موضع العفة منه سواء بالإكراه أو بدونه، ولا يشترط لتوفره قانونًا أن يترك الفعل أثرًا بالمجني عليه.⁽¹⁾

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في تعريف مدلول الفعل المخل بالحياء إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أنه يكفي في جرائم هتك العرض (الفعل المخل بالحياء) أن يكون الفعل الواقع على جسم المعتدى على عرضه قد بلغ من الفحش والإخلال بالحياء العرضي درجة تسوّغ اعتباره هتك عرض، سواء وقع على عورة من عوراته أم لا.

الاتجاه الثاني: أن هتك العرض (الفعل المخل بالحياء) يتحقق بوقوع أي فعل مخل بالحياء العرضي للمجني عليه ويطال جسمه ويقع على عورة من عوراته وبخدش عاطفة الحياء عنده. ولكن هذا الاتجاه منتقد لأنه يؤدي إلى تضيق دائرة ما يعد هتك عرض وصعوبة تحديد ما يعد عورة⁽²⁾.

عله تجريم الفعل المخل بالحياء: إذا كانت علة تجريم فعل الزنا هو منع اختلاط الأنساب والحفاظ على الالتزام بالأمانة الزوجية التي تعد أثرًا من آثار الزواج، وإذا كانت العلة من تجريم الاغتصاب هو حماية الحق في الحرية الجنسية التي هي حق أصيل لجسم الإنسان، وحق المرأة في أن تصون شرفها وعرضها من أن يعتدي عليه أو يغتصب بدون إرادتها، فإن ذات العلة هي التي دفعت المشرع إلى تجريم الفعل المخل بالحياء (هتك العرض) والحفاظ على حق المرأة في صون جسمها وحيائها من الاعتداء والمساس به، وهي محل الحماية من الفعل المخل بالحياء، ويستوي في ذلك أن يكون المجني عليه امرأة أو رجل، فالمرأة من حقها حماية جسمها كله، من أي فعل فاحش يطاله مثل كشف عورة منه أو مسه، ويستوي أن يقع هذا الفعل برضى المجني عليه (القاصر) أو بعدم رضاه.

البند الثاني: الشروع في جريمة الفعل المخل بالحياء

لقد ورد النص على عقوبة الشروع في جريمة الفعل المخل بالحياء -هتك العرض- في الفقرة الأولى من المادة 334 والفقرة لأولى من المادة 335 عقوبات جزائري حيث تم تصنيف عقوبة الشروع كعقوبة الفعل التام.

فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول بالرأي الغالب في الفقه أنه ليس لجريمة الفعل المخل بالحياء -هتك العرض- حالة شروع تميزه عن الفعل التام لاسند له في القانون المصري، بل يخالف قواعده العامة بشأن العقاب على الشروع في سائر الجنايات، ومنها جناية هتك العرض، فالتسوية

(1) معوض عبد التواب، قانون العقوبات، معلق عليه بأحكام محكمة النقض، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 289.

(2) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 259 ومابعدھا.

في العقوبة لا تنفي قيام حالة الشروع مستقلة عن الفعل التام، وليست متداخلة فيه⁽¹⁾، فإذا أمسك المتهم المجني عليه بالقوة، وحاول نزع ملابسه للكشف عن عورته والاعتداء على عرضه، وهدده وضربه فظل يقاوم حتى مزقت ملابسه، وقد تمكن الجاني من إلقاءه على الأرض ثم حذر لاستغاثنه شخص، فتركه المتهم وولى الأدبار، فإن هذه الأفعال تعتبر شروعا في جريمة هتك العرض -الفعل المخل بالحياء- طبقا لأحكام الشروع العامة، ووجب العقاب ولو كانت تلك الأفعال غير منافية للآداب العامة في ذاتها⁽²⁾، وهذا يعني أن الشروع في الفعل المخل بالحياء -هتك العرض- يمكن تمييزه عن الجريمة التامة وفقا للمذهب الشخصي في الشروع، فإثبات فعل غير مخل بالحياء يؤدي حالا ومباشرة إلى هتك العرض إذا اقترن بقصد ارتكاب الجريمة.

هناك رأي ضعيف يقول أن جريمة الفعل المخل بالحياء -هتك العرض- لا يتصور الشروع فيها وإن الفعل المادي المكون للجريمة إما أن يقع فيعتبر فعل مخل بالحياء -هتك عرض- أو لا يقع فلا يعتبر فعلا مخلا بالحياء -هتك عرض- ومن ثم فلم يتصور أصحاب هذا الرأي إمكان وقوع الشروع في جريمة هتك عرض⁽³⁾، فقد أحسن المشرع عندما ساوى بين الجريمة التامة والشروع فيها، وجعل حكمها واحدا.

فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن الركن المادي في جريمة الفعل المخل بالحياء -هتك العرض- لا يتحقق إلا بوقوع فعل مخل بالحياء لعرض المجني عليه يطل جسمه، فيصيب عورة من عوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده إلا أنه متى ارتكب الجاني أفعالا لا تبلغ درجة الجسامة التي تسوغ عدها من قبيل الفعل المخل بالحياء -هتك العرض- التام فإن ذلك يقتضي تقصي قصد الجاني، فإذا كانت تلك الأفعال قد ارتكبت بقصد التوغل في أعمال الفحش، فهنا يُعد شروعا لأنه لا يكفي لاعتباره شارعا في ارتكاب الجريمة أن يأتي فعلا سابقا على تنفيذ الركن المادي لها ومؤديا إليه حالا⁽⁴⁾.

وإذا كان قصده قد انصرف إلى ما وقع، يصعب التوصل إلى قصد الجاني للتفرقة بين جريمة الفعل العلني المخل بالحياء (الفعل الفاضح) والفعل المخل بالحياء (هتك العرض) ولهذا يكفي لقيام حالة الشروع أن يأتي الجاني فعلا يؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة وإن لم يدخل في ماديات الجريمة⁽⁵⁾. فالشروع في الفعل المخل بالحياء (هتك العرض) يقع بإحدى صورتين.

(1) محمود أحمد أمان، مرجع سابق، ص 237.

(2) نقض مصري 205 لسنة 40 ث. جلسة 05-04-190، مجموعة أحكام النقض، ص 518.

(3) سيد حسن البغال، مرجع سابق، ص 333.

(4) نقض مصري 05-04-1970 مجموعة أحكام نقض س 21، ص 125.

(5) نقض مصري 11-02-1935، مجموعة القواعد القانونية، ج 1، طعن 399 س 15.

الصورة الأولى: أن لا يتضمن فعل الجاني في ذاته إخلالا بالحياء ولكنه يهدف بها ونتجه نيته إلى ارتكاب الجريمة، مثال ذلك: إذا صرح الجاني المجني عليها بنيته في هتك عرضها وهددها وضربها وأمسك بها بالقوة على الرغم من مقاومتها، ولم ينل منها بسبب استغاثتها(1).

وكذلك إعطاء الجاني المجني عليها المواد المخدرة أو المنوّه عنها تمهيدا للعبث بعوراتها(2).

الصورة الثانية: أن يرتكب الجاني أفعالا منافية للآداب ولكنها لا تبلغ درجة الجسامة التي تسوع عدها من قبيل الفعل المخل بالحياء التام -هتك العرض- مثال ذلك إمساك بيد امرأة وبذراعها أو بثوبها تمهيدا لأفعال أشد فحشا.

ويتعين في هذه الحالة البحث عن القصد الحقيقي للجاني، فإذا كان قصده قد توقف عند ما صدر منه، واقتصرت مسؤوليته عن الفعل العلني المخل بالحياء، (الفعل الفاضح) وإذا كان يقصد التوغل في أفعاله كان مسؤولا عن شروع في فعل مخل بالحياء (هتك عرض) وهذا يرجع في تقديره لرأي محكمة الموضوع ولسلطاتها التقديرية(3).

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد استقر الفقه والقضاء على أنه لا يشترط في الفعل الذي يطل المجني عليه أية درجة من الجسامة، بل يكفي أن يطل عورة في جسم المجني عليه بأية صورة، ولو لم يترك أثرا، فلا بد أن يكون لجسم المجني عليه دور في وقوع الفعل على النحو المخل بحيائه(4).

ويلاحظ أن الفعل المخل بالحياء لا يستلزم الكشف عن عورة المجني عليه، فالفعل يقع ولو لم يحدث ذلك مادام ينطوي على مساس بحيائه العرضي، سواء وقعت على أجسام عارية أو مستورة بالملابس، كما لا يستلزم القانون لقيام الفعل المادي أن يكون الرجل "الجاني" قادرا على الإيلاج فيمكن وقوع الفعل من عنين(5).

مقارنة بين الفعل المخل بالحياء والفعل العلني المخل بالحياء والاغتصاب

حيث هناك أوجه شبه وهناك أوجه اختلاف

أ- من ناحية حكم التجريم: هذه الجرائم يجمعها قاسم مشترك يتمثل في القيام بفعل مادي مناف للآداب ومغاير لقواعد السلوك الاجتماعي التي تحكم العلاقات والمظاهر الجنسية(6).

(1) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 119.

- نقض مصري 11 فبراير 1935، مجموعة القواعد القانونية، الجزء 3 رقم 332، ص 422.

(2) محمود نجيب حسني، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 392 وما بعدها.

(3) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 79.

- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص 179.

- محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 316.

(4) Garcon (E), code pénal annoté 1901, art 331 a 333, p78.

(5) Robert Vouin, droit pénal spécial, Paris, 1968, n°298, p310.

(6) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 121.

فإذا بلغ الفعل من الفحش مبلغا جسيما أو ما هو دون الإيلاج فنحن أمام فعل مغل بالحياء، أما الاغتصاب فلا بد من وجود إيلاج⁽¹⁾، أما الفعل العلني المغل بالحياء (الفعل الفاضح) يُخل السلوك الإجرامي بالشعور العام بالحياء⁽²⁾.

حياء السمع والبصر⁽³⁾.

ب- من ناحية صفة المجني عليه: قبل التعديل كان يشترط لقيام جريمة الاغتصاب ان يكون المجني عليه انثى، أما بعد تعديل نص المادة 336 بالقانون 01/14 السلف الذكر، أصبح المجني عليه في جريمة الاغتصاب شأنه شأن المجني عليه في جريمة الفعل المغل بالحياء (هتك العرض) أو الفعل العلني المغل بالحياء (الفعل الفاضح) يستوي ان يكون المجني عليه ذكرا ام انثى.

ج- من ناحية السلوك المكون للجريمة: السلوك وهو الفعل المادي فهو ثابت في كل الجرائم ولكنه يختلف من جريمة إلى أخرى من حيث جسامته ومصدره.

ففي الاغتصاب لابد من فعل الإيلاج، أما الفعل المغل بالحياء –هتك العرض- لابد أن يطل الفعل جسم المجني عليه ويخدش حيائه العرضي فقد يكون بدون عنف فيكون بالتالي جنحة، أما بالعنف فنكون أمام جنائية، أما الفعل العلني المغل بالحياء (الفعل الفاضح) فيخدش حياء السمع والبصر. وفي الاصطلاح الفرنسي فالفعل العلني المغل بالحياء يسمى (outrage public a la pudeur) أي أهانة للحياء والعرض والفعل المغل بالحياء أو هتك عرض يسمى (attentat à la pudeur) أي اعتداء يطل جسم المجني عليه أو انتهاك الحياء أو العرض⁽⁴⁾. غير أنه لم تعد هتين الجريمتين تسمى كذلك حيث أصبحت تعرف بتسمية الجرائم الجنسية غير الاغتصاب (les agressions sexuelles autres que le viol).

د- من حيث الرضى بالسلوك الإجرامي: في جريمة الاغتصاب والفعل المغل بالحياء (هتك العرض) بالعنف فعدم الرضى ركن مفترض، أما الرضى في الفعل العلني المغل بالحياء (الفاضح) لا ينفي الجريمة لأن المشرع قد قصد بالتجريم المحافظة على الشعور العام بالحياء⁽⁵⁾.

هـ- من حيث توافر العلنية: في جريمة الاغتصاب والفعل المغل بالحياء يستوي أن يتم الفعل في علنية أو في غير علنية، أما في جريمة الفعل العلني المغل بالحياء (الفاضح) تعد العلنية ركنا في الجريمة⁽⁶⁾.

(1) نفس المرجع السابق، ص 126.

(2) محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 105.

(3) إسحق منصور، مرجع سابق، ص 121.

(4) إدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مرجع سابق، ص 164.

(5) محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 107 و 108.

(6) إسحق منصور، مرجع سابق، ص 121.

الفرع الثاني: صورة تجريم الفعل المخل بالحياء وعقوبته

نصت المادتين 334 و335 من قانون العقوبات الجزائري على جريمة الفعل المخل بالحياء. وباستقراء هتين المادتين يتضح أن الفعل المخل بالحياء يشكل جريمتين إحداها جنائية والأخرى جنحة، ومعياري التفرقة بين الجريمتين يرجع إلى طبيعة الفعل أو إلى الظروف التي وقع بها الفعل على المجني عليه، وعليه فالفعل إما جنائية الفعل المخل بالحياء بالعنف أو جنحة الفعل المخل بالحياء عندما يكون بدون عنف.

وسيقسم هذا الفرع إلى بندين:

البند الأول: جنائية الفعل المخل بالحياء بالعنف.

البند الثاني: جنحة الفعل المخل بالحياء بدون عنف.

البند الأول: جنائية الفعل المخل بالحياء

الفعل المخل بالحياء بالعنف له صورتان إحداها بسيطة والأخرى مشددة وفي كلتا الحالتين تعتبر الجريمة جنائية.

أولا: جنائية الفعل المخل بالحياء في صورته البسيطة.

ثانيا: جنائية الفعل المخل بالحياء في صورته المشددة.

أولا: جنائية الفعل المخل بالحياء في صورته البسيطة

نصت الفقرة الأولى من المادة 335 عقوبات جزائري على: "كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان بالعنف أو شرع في ذلك يعاقب بالسجن المؤقت من خمس (05) إلى عشرة (10) سنوات". فما هي أركان هذه الجريمة وما هي العقوبة المقررة لها

1- أركان جنائية الفعل المخل بالحياء في صورته البسيطة

تتمثل أركان هذه الجريمة في الفعل، أي المساس بجسم المجني عليه بدون رضا مع توفر القصد الجنائي والنتيجة الإجرامية وهي كالتالي:

الركن الأول: الركن المادي:

من المقرر أن الركن المادي لجريمة الفعل المخل بالحياء يتحقق بكل فعل مخل بحياء عرض المجني عليه ويطل جسمه⁽¹⁾.

أ- مساس الفعل بجسم المجني عليه

تشكل جرائم الفعل المخل بالحياء اعتداء على حصانة جسم المجني عليها في جانب العرضي، ولهذا يجب أن يقع الفعل على جسم المجني عليه، فلا تقوم الجريمة إذا أتى الجاني فعله على جسمه أمام

(1) حمد عودة الحبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار وائل للنشر والتوزيع، ط2، عمان، 2012، ص299.
- طعن رقم 20201، جلسة 1997/07/09، لسنة 65 ق، مجموعة القواعد القانونية، ص328.

نظر المجني عليها، أو أحضر معه شخص ثالث وارتكب معه الفعل على مشهد المجني عليها⁽¹⁾. وعليه فالفعل المخل بالحياء يطال جسم المجني عليها وعوراتها ويخدش حيائها العرضي، سواء بالكشف عن عورة يحرص الإنسان على صيانتها حتى ولو لم تحدث ملامسة⁽²⁾.

كما أنه يشترط في الفعل الماس بالعرض أن يقع من إنسان حي على إنسان حي، دون أن يشترط أن يكون الجاني أو المجني عليه من جنس معين، فالجريمة تقع بكل فعل شائن يطال جسم المجني عليه يكشف عورته أو ملامستها أو مسه بعورة غيره، يستوي أن يقع ذلك من رجل على رجل، أو من امرأة على امرأة، أو رجل على امرأة أو من امرأة على رجل⁽³⁾. كما لا يشترط أن تقع هذه الملامسة لأجسام عارية، مادامت الملامسة قد طالت جسم المجني عليه وعوراتها وهو من هذه الناحية لا يشترط لتوفره قانونا أن يترك الفعل أثرا بجسم المجني عليه⁽⁴⁾، ولهذا يكفي كشف الجاني جزءا من جسم المجني عليها، مما يُعد من العورات التي يحرص على صونها وحبها عن الانظار ولو لم يقترن ذلك بفعل مادي آخر من أفعال الفحش...⁽⁵⁾. ويشترط أيضا في التصرف صفة العدوان أو البغي التي تصبغ عليه الصفة الإجرامية وإلا تجردت الواقعة من صفة العدوان وأصبح الأمر يتعلق بأسباب الإباحة⁽⁶⁾.

ب- أن ينطوي الفعل على إخلال جسيم بالحياء العرضي للمجني عليه

لكي يكتمل الركن المادي لجرائم الفعل المخل بالحياء يجب أن يكون الفعل مخلا إخلالا جسيما بالحياء العرضي⁽⁷⁾، فكل مساس بعورة المجني عليه هو بلا شك إخلال جسيم بالحياء، مما يعد فعلا مخلا بالحياء، ولا يشترط في هذا المساس أن يكون بطريق الملامسة بل يكفي لتوافر الركن المادي أن يكشف المتهم عن عورة المجني عليه، ولو لم يصاحب هذا الكشف أي ملامسة مخلة بالحياء، ويرجع إلى قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية تحديد مناط التفرقة بين الفعل المخل بالحياء والفعل العلني المخل بالحياء (الفعل الفاضح).

ويسترشد القاضي في تحديد هذه الجسامة بما إذا كان الفعل يعتبر اعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليها —وهي الحق المعتدى عليه في جريمة الفعل المخل بالحياء- (هناك العرض)⁽⁸⁾.

(1) إدوارد غالي الذهبي، شرح قانون العقوبات الخاص، مكتبة غريب، القاهرة، ط2، 1976، ص240 وما بعدها.

- إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مرجع السابق، ص152.

(2) حسن صادق، مرجع سابق، ص722.

(3) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص816.

(4) طعن رقم 1426 لسنة 26، جلسة 28-01-1957، مكتب فني 08، ص86.

- طعن رقم 1347 لسنة 5ق، جلسة 03-06-1935، مجموعة عمر 2ع، ص488.

(5) طعن رقم 2024 لسنة 63 ق جلسة 16-01-1995 الموسوعة الجنائية الحديثة، ص87.

طعن رقم 1381 لسنة 67، جلسة 04-01-1999، مكتب فني 50، ج1، ص16.

(6) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص226 وما بعدها.

(7) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص234.

(8) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص121.

ومن الحرية الجنسية كذلك أن يستبيح المرء لنفسه تعرية جسده في خلوته مادام يحفظ ذلك عن نظر الناس فاقترحام خلوته عليه مع توافر العلم بالحالة التي هو عليها، وكشف عورته عن هذا السبيل يُعد فعلا مخلا بالحياء -هتك عرض- إذ لا فرق بين أن يحجب المرء سواته عن الناس أو أن يكون في مكان يغلقه على نفسه.

وعلى هذا فاستطالة الفعل المخل بالحياء إلى مجني عليه معين لا يشترط فيه حتما حصول ملامسات شائنة إنما يكفي أن تنتهك صيانتها الواجبة من كشف ما ينبغي ستره، ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يُعري عدة فتيات، ويكشف عن سوءاتهن إلى منتصف بطونهن ويتركهن على هذه الحال مدة من الزمن طويلة أو قصيرة يعد مرتكبا لجريمة الفعل المخل بالحياء (هتك العرض). فضلا على أن العبرة في الإحساس بالعرض، ومدى الاعتداء عليه، ليست بشعور المجني عليه نفسه، وإنما يؤخذ معنى العرض والإحساس بمدى ما يصيبه، بنظرة موضوعية، والقانون يحمي العرض بحسب مفهومه ومدى الإحساس به في تقاليد الناس، حتى ولو كان المجني عليه نفسه لا يصون عرضه، أو لا يجد قيمته كما هو الشأن في كشف سواة امرأة بغي (1).

وهذه الجسامة تقدرها المحكمة على ضوء الظروف والتقاليد الاجتماعية، والعرف السائد، ومستوى الأخلاق العامة في المجتمع (2).

وقد استقر قضاء محكمة النقض في مصر على أن كل مساس بما في جسم المجني عليه مما يعتبر عورة، يُعد هتكا للعرض (الفعل المخل بالحياء) بغض النظر عن بساطة أو جسامة هذا المساس (3) مع ملاحظة أنه إذا كشف الجاني عن عورة جسمه ومس بها يعد فعلا مخلا بالحياء (هتك عرض).

إن تقدير مدى جسامة الفعل المخل بالحياء ليس له معيار معين، لكن تحديده متروك لتقدير قاضي الموضوع الذي يأخذ عند تقديره هذه الجسامة معايير متعددة كالظروف المحيطة بالفعل وجنس الجاني و سنه وصفته، و جنس المجني عليه وسنه ومدى رضائه بالفعل والعلاقة القائمة بينهما، إن وجدت، والمكان والزمان اللذان وقع فيهما الفعل، وغير ذلك من الظروف التي احاطت بالفعل المجرم (4). استقر الفقه والقضاء الجزائريين على اعتبار الفعل بالغا درجة كبيرة من الفحش، إذا استطل إلى عورات الإنسان اعتبر فعلا مخلا بالحياء (هتك العرض) (5).

(1) سمير ناجي، هتك العرض بالتصوير الخفي، المجلة الجنائية القومية، المجلد 16، مارس 1973، ص100.

(2) عمر السعيد رمضان، مرجع سبق ذكره، ص126.

(3) نقض رقم 683 لسنة 33، جلسة 1963/10/21، مكتب فني 14، ص639..

(4) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص612. - حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص264.

(5) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص115-116.

- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، نفس المرجع السابق، ص152.

وفي غياب مرجع قانوني متفق عليه، يرجع تقدير العورة إلى العرف الجاري والتقاليد وأحوال البيئة الاجتماعية وأخلاقيها⁽¹⁾.

فالفارق بين جرائم الفعل المخل بالحياء والفعل الفاضح هو الفعل الذي يחדش عاطفة الحياء العرضي للمجني عليه من ناحية المساس بعوراته، تلك العورات التي لا يجوز العبث بحرمتها، والتي يجب حمايتها وصونها من أي فعل يمسها، وبناء على ذلك فالفعل المخل بالحياء (هتك العرض) هو كل فعل عمدي يستطيل إلى جسم المجني عليه وعوراته⁽²⁾ و يחדش عاطفة الحياء عنده ، اما الفعل العلني المخل بالحياء -الفعل الفاضح- فهو ذلك الفعل الذي لا يطال عورات جسم المجني عليه ، و انما يחדش حياء الادن و العين منه.

و من المعلوم شرعا، ان أغلب أجزاء جسد المرأة يعد من العورات، وباعتبارها من أماكن العفة لديها، يجب أن يستثنى اليد والكف وإن شكلت فعلا فاضحا علنا⁽³⁾.

ولكن إذا لامس الرجل عضوه التذكيري بهذين الجزئين فإنه مما لا شك فيه يعد من قبيل الفعل المخل بالحياء (هتك العرض)⁽⁴⁾ ويدخل في حكمها الأفعال التي يرتكبها الجاني على نفسه بحضرة امرأة أو يشير إليها إشارات مخجلة⁽⁵⁾ و عليه فإن الفعل المخل بالحياء يقع ولا يشترط لتوافره أن يترك الفعل أثرا بجسم المجني عليها⁽⁶⁾ فمجرد تقبيل امرأة بجواره يعد هتكا للعرض -فعلا مخلا بالحياء-⁽⁷⁾ ويعتبر ان الاحوط من الاراء هو الاصول لما فيه من حماية للمرأة من التحرشات و الجرائم التي قد تقع عليها و تؤثر سلبا على دورها في المجتمع.

وتبقى مسألة تحديد العورة بمثابة ضابط تحديد طبيعة و جسامة الأفعال التي تقع على الجسد فبالرجوع الى القضاء المقارن ، لا سيما العربي منه، القريب منا حضاريا⁽⁸⁾ نجد ان المحكمة المصرية قد ارسى ضابطين لذلك :

1- ان ضابط العورة يرجع لتقدير قاضي الموضوع عن طريق الاجتهاد.

2- ان معيار العورة يقصد به المدلول العرفي للعورة و ليس مدلولها الشرعي، وعليه فمفهوم العورة هو كل منطقة في الجد يحرص الانسان اجتماعيا على صونها و حجبها عن الانظار و صونها

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص101.

(2) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص115.

(3) عبد الحكيم فودة: الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض في ضوء الفقه والنقض، دار الكتب القانونية، 1994، ص508.

-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص101.

(4) إسحق منصور، مرجع سابق، ص116.

(5) حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص638-639.

(6) -إسحق منصور، مرجع سابق، ص116.

(7) نفس المرجع السابق.

(8) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص101.

عما قل أو جل من الأفعال⁽¹⁾ فقد يعتبر في عرف مجتمع، أن كل أجزاء جسم المرأة من العورات التي يجب صونها و حمايتها، وقد لا تعتبر كذلك في عرف مجتمع آخر. أما الشريعة الإسلامية فقد اعتبرت بدن المرأة كله عورة يجب ستره باستثناء الوجه و الكفين⁽²⁾.

الركن الثاني: عدم رضا المجني عليها

يجب أن يكون المجني عليه بصفة عامة إنسانا حيا، فإذا وقعت على إنسان ميت أو حيوان فلا تقوم الجريمة، ولا يشترط أن يكون الجاني قادرا على الإيلاج⁽³⁾. يشترط لقيام الجريمة عدم رضا المجني عليه بالأفعال التي تقع وتخدش حياته العرضي سواء كان على جسمه، أو على الغير، ولا يعتد بالرضى الصادر ممن لا يمكنه، مثل الرضى الصادر من القاصر الذي لم يبلغ سنه ستة عشرة (16) سنة، فإذا كان المجني عليه قد بلغ ستة عشرة (16) سنة كاملة وقد ارتكب الفعل برضائه، فلا تقوم الجريمة طبقا لنص المادة 334 عقوبات جزائري.

فإذا وقع الفعل على المجني عليه أيا كان عمره بدون رضائه، فإنه يعد فعلا مخلا بالحياء، كما يعتبر رضى المجني عليه غير متوافر إذا وقع الفعل فجأة أو بطريق المباغته، أو إكراه مادي، أو معنوي، أو التهديد، أو نتيجة فقدان الشعور بالسكر أو الجنون أو النوم، أو وقع الفعل بطريقة احتيالية أو التدليس⁽⁴⁾.

وهو ذات المعنى المقصود في جريمة الاغتصاب، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في كثير من أحكامها بأن الجريمة تقوم بإتيان الجاني الفعل المخل بالحياء على شخص المجني عليه ضد إرادته سواء كان مصدر انعدام الرضى إكراها مادي أو معنوي أو أي وسيلة أخرى كالمباغته، أو حدوثه فجأة، فيجب أن يبلغ غايته دون إرادة المجني عليها⁽⁵⁾.

الركن الثالث: الركن المعنوي

لا تقع جريمة الفعل المخل بالحياء (هتك العرض) إلا إذا كانت عمدية⁽⁶⁾، ويتطلب فيها توافر القصد العام، الذي يتكون من إرادة الفعل والعلم بكافة عناصر الجريمة، فيجب أن يعلم الجاني بأنه يأتي فعلا مخلا إخلالا جسيما بحياء المجني عليه العرضي، وبدعم مشروعية الفعل، وبسن المجني عليه، وعدم رضائه، ثم اتجاه إرادته إلى ارتكاب هذا الفعل⁽⁷⁾.

(1) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 714.

- نقض 15-10-1934 مجموعة القواعد القانونية، ج 3، ق 272، ص 366.

(2) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع السابق.

(3) نقض 4-4-1971 مجموعة أحكام النقض س 22، رقم 81، ص 293.

(4) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 118.

(5) Robert Vouim, droit pénal spécial Paris, 1968-1976 n°351, p314.

(6) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 432.

(7) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 613.

ولا عبره بالبواعث، ولا بالغرض الذي يتوخاه منه، فيتحقق القصد سواء كان مجرد الشهوة، أو الانتقام⁽¹⁾ كما لا يجب أن يتحدث الحكم استقلالاً عن هذا الركن⁽²⁾.

ولهذا فإن حصل الفعل عرضاً بأن لامس الفاعل عورة المجني عليها في زحام إحدى سيارات النقل العام دون أن تتجه إرادته لهذه الملامسة فإنه لا يعد فعلاً مخرلاً بالحياء (هتك عرض)⁽³⁾.

وينتهي القصد الجنائي إذا اعتقد الجاني أن فعله لا يخل بحياء المجني عليه إخلالاً جسيماً، أو إذا كان يعتقد بمشروعية الفعل مثل أن يأتي فعله مع مطلقة معتقداً أن العدة لم تنته فلا تقوم الجريمة في هذه الحالات لعدم اتجاه إرادته إلى ارتكاب الجريمة أو المساس بجسم المجني عليه⁽⁴⁾. ويفترض أن الجاني عالم بسن المجني عليها، وإلا اعتذر عن ذلك لأسباب قهرية، وأنه لم يكن في مقدوره الوقوف على السن الحقيقية للمجني عليها وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية⁽⁵⁾.

حماية المرأة داخل العلاقات الزوجية

ليس لأسباب الإباحة في جريمة الفعل المخرل بالحياء (هتك العرض) دور مختلف عن دورها في النظرية العامة للقانون الجنائي فهي من شأنها تجريد الفعل من صفته، وهذا معناه أنه لا جريمة في الفعل المرتكب في ممارسة حق بغير تجاوز، ولهذا يلزم لتجرد الفعل من الصفة الإجرامية أن يلتزم صاحب الحق في ممارسة إياه بقيددين:

1- أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته، الحدود والقيود المقررة وإلا كان متجاوزاً، ويتصف بالتالي بالعدوان، فلا وجود للحق إلا في الحدود والقيود المقررة قانوناً.

2- توافر حسن النية لصاحب الحق وصيرورة الفعل مشروعاً⁽⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك، أن الواقع من الزوج على زوجته بالإكراه أو التحايل يكون مشروعاً باعتباره ممارسة لحق يخوله عقد الزواج لكل من الزوجين هو "حل الاستمتاع" ولكن يشترط أن يلتزم الزوج في ممارسته إياه بسائر الحدود والقيود المقررة، أما إذا أتى الزوج زوجته في غير حل كما أن يأتي الزوج

(1) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 117.

(2) نقض رقم 10201، جلسة 1997/12/24 ملسنة 65 ق، مجموعة القواعد القانونية، ص 382.

(3) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 116-117.

- إدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مرجع سابق، ص 173.

(4) نقض رقم 4، جلسة 1917/11/24 السنة 19 عدد 1، لمجموعة الرسمية، ص 4.

- نقض رقم 1114، جلسة 1942/04/02 لسنة 12، مجموعة القواعد القانونية، ج 1، ص 11401.

(5) نقض رقم 5976، جلسة 1983/01/20 لسنة 52 ق، ص 1117.

(6) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 821 وما بعدها.

Francisque Goyet, droit pénal spécial, Paris, 1959, p384.

زوجته من دُبرٍ بغير رضاها كان هتكا للعرض (فعلا مخلا بالحياء) ⁽¹⁾، واقترن اتصاله معها بالقسوة، فإنه كان مسؤولا عن هذه القسوة.

2- عقوبة جنائية الفعل المخل بالحياء في صورته البسيطة

حدد المشرع عقوبة الفعل المخل بالحياء بالعنف في صورته البسيطة بالسجن المؤقت من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات.

ويستوي الأمر أن تكون الجريمة تامة أم شروعا، كما يعاقب بنفس العقوبة الشريك والمساهم في الجريمة.

ثانيا: جنائية الفعل المخل بالحياء في صورته المشددة

أوردت الفقرة الثانية من المادة 335 والمادة 337 عقوبات جزائري على طرفين لتشديد عقاب الجاني في جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف، هما صغر سن المجني عليها والصفة الخاصة في الجاني، كما أضافت المادة 334 في فقرتها الثانية ظرفا مشددا استثنائيا يتمثل في أن يكون الجاني من أصول المجني عليه، وكون هذا الأخير صغير السن لكنه لم يصبح راشد بالزواج.

مدلول العنف: يعتبر ركن العنف متوافر كلما كان الفعل واقعا ضد إرادة المجني عليها، سواء كان راجعا إلى استعمال الجاني وسيلة القوة أو التهديد بالفعل، أو إلى استعمال وسائل أخرى يكون من شأنها التأثير في المجني عليها بهدم مقاومتها أو إرادتها، كالمباغثة، أو المفاجأة أو باستخدام طرق تدليسية أو احتيالية⁽²⁾، لقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن القانون لا يشترط لتوافر ركن القوة أو التهديد أن يستعمل الجاني وسيلة تنسم بالإكراه المادي، بل يكفي أن يكون الجاني قد ارتكب الفعل المكون للجريمة ضد إرادة المجني عليه أو بغير رضاه، كما لا يقتصر ركن القوة في جنائية هتك العرض على القوة المادية، بل إن الشارع جعل من التهديد ركنا مماثلا للقوة وقرنه بها في النص... فيندرج تحت معنى القوة أو التهديد، الإكراه الادبي والمباغثة وإستعمال الحيل⁽³⁾ بل و يكفي ان يقع الفعل بطريقة قسرية بقصد تعطيل المقاومة أو إعدامها تسهيلا لارتكاب الجريمة⁽⁴⁾.

والظروف المشددة لجنائية الفعل المخل بالحياء بالعنف هي:

1- صغر سن المجني عليها

(1) (Garcon(E), code penal annoté, 1901, art331-333, N 23,Dalloz, tom1, p262.

(2) أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الاهلي، الدر العربية، بيروت، 1982، ص454.

- محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص271.

- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص52.

(3) نقض رقم 641، لسنة 28 ق، جلسة 16-06-1958، مكتب فني 09، ص659.

- طعن رقم 289 لسنة 20، جلسة 24-04-1950، مكتب فني 01، ص534.

(4) نقض رقم 90 لسنة 24، جلسة 26-03-1973، مجموعة أحكام نقض، ص416.

2- توافر صفة الجاني

3- اجتماع صغر السن مع صفة الجاني

4- الاستثناء الواردة في الفقرة الثانية من المادة 334 عقوبات.

1- صغر سن المجني عليها

شدد المشرع عقوبة الفعل المخل بالحياء إذا وقعت الجريمة على قاصر لم يبلغ سنة عشر (16) سنة وقت ارتكاب الفعل⁽¹⁾. وحكمة التشديد في هذه الحالة استغلال الجاني ضعف المجني عليها، سواء من الناحية البدنية أو المعنوية فهي تعد فريسة سهلة لنزوات الجاني⁽²⁾، والعبرة في تقدير سن المجني عليها هو السن الحقيقي لها، فالقانون يفرض علم الجاني بهذا السن⁽³⁾، وأن يعلم أنه يرتكبه في علاقة غير مشروعة⁽⁴⁾، والعبرة في تحديد السن هو السن الحقيقي الذي تحدده شهادة الميلاد، والتي يقدراها القاضي بنفسه، أو بواسطة الخبير المختص عند عدم وجود الشهادة.

فهذا الظرف يغير وصف الجريمة وذلك لإخضاعها لنص آخر من نصوص القانون، غير ذلك النص الذي كان يحكمها حالة عدم اقتران هذا الظرف بها، بل يؤدي الأمر إلى رفع عقوبة الجناة إلى عقوبة الجنائية، عندئذ لا يكون أثر هذا الظرف مقصورا على تغيير نوعها فيقلبها من جنحة إلى جناية⁽⁵⁾. وقد شدد المشرع الفرنسي هذه العقوبة إذا وقع الفعل على قاصر لم يبلغ 15 سنة، وجعلها من عشرة إلى عشرين سنة، ولم يشترط المشرع في هذه الجريمة حصول الإكراه المادي أو المعنوي، فعدم الرضى يمكن استظهاره من واقع الفعل باستخدام الطرق الاحتمالية أو التدليسية أو نتيجة فقدان الشعور للسكر أو الجنون أو وقع الفعل بطريق المباغطة أو المفاجأة⁽⁶⁾.

ملاحظة: إذا كان المشرع الجزائري، قد شدد العقوبة عند توافر هذا الظرف، رغبة منه إلى إضفاء المزيد من الحماية على المجني عليها، مراعاة منه لضعفها البدني، الذي يعجزها عن المقاومة، فإن المشرع الجزائري اشترط في الفعل المرتكب أن يتم بعنف حتى تعتبر جنائية، فتخلف هذا الركن يتحول الفعل إلى جنحة، عكس ما نص عليه المشرع الفرنسي الذي لم يشترط العنف وإنما يكفي استعمال الأساليب الاحتمالية⁽⁷⁾.

(1) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 119.

-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 102-103.

(2) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 320.

- معوض عبد النواب، ص 339.

(3) حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 232.

(4) محمد عبد الحميد اللفي، مرجع سابق، ص 199.

(5) سيد حسن البغال، مرجع سابق، ص 335.

(6) أنظر المادة 222-21-1 عقوبات فرنسي.

(7) Jean Larguier- Philippe conte- Stephanie fournir, droit pénal spécial, 15^e édition, Dalloz, 2013, p272.-.

2- صفة الجاني

مؤدي ما تنص عليه المادة 337 عقوبات جزائري أن يكون الجاني من أصول المجني عليه، أو من لهم سلطة عليه، أو معلميه، أو ممن يخدمونه باجر، أو عند من سبق ذكرهم، أو موظفا، أو من رجال الدين، أو في حال استعانة الجاني بشخص أو أكثر، فيعد سببا لتشديد العقوبة، ويتغير وصف الجريمة من جنحة إلى جناية.

ويقصد بهذه الصفة أن يكون الجاني أحد أصول المجني عليها أو المتولين تربيتها وملاحظتها كالقريب مثل الخال أو العم أو الأخ أو زوج الأخت أو زوج الأم أو ممن لهم سلطة عليها كالمدرس⁽¹⁾، كما يتوافر هذا الظرف المشدد إذا كان الجاني والمجني عليها يعملان معا في خدمة شخص واحد، أو أن يكون الجاني خادما بالأجر عند من لهم سلطة على المجني عليها⁽²⁾.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي أيضا توافر صفة الجاني السالفة الذكر ظرفا مشددا طالما أنها ارتكبت عن طريق الأشخاص الذين لهم سلطة على القاصر أو المتولين تربيته أو تهذيبه، ويدخل ضمن الأشخاص الذين لهم سلطة على القاصر الزوج الثاني للأُم أو العشيق لها⁽³⁾.

3- اقتران ظرفي صغر السن وصفة الجاني

وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 335 من قانون عقوبات فإن عقوبة جنائية الفعل المخل بالحياة اذا وقعت على قاصرا لم يبلغ سن السادسة عشر (16)، السجن المؤقت من عشر (10) سنوات الى عشرين (20) سنة و اذا اقترن ظرف صغر سن المجني عليه مع توفر صفة في الجاني من الصفات الواردة في نص المادة 337 عقوبات السلف ذكرها، فتصبح العقوبة السجن المؤبد.

4- الاستثناء الوارد في الفقرة 2 من المادة 334 عقوبات جزائري

إن العلاقات الجنسية التي تقع بدون عنف، غير معاقب عليها في القانون الوضعي، إلا إذا كان المجني عليه قاصرا، دون سن السادسة عشر .

فالقاعدة العامة وفقا لقانون العقوبات، أنه يعاقب بالحبس من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات على الفعل المخل بالحياة إذا وقع بدون عنف على قاصر لم يكمل السادسة عشر سنة، لأن المجني عليه القاصر لا يعتد برضاه⁽⁴⁾، أي بمعنى أنه إذا تجاوز هذه السن فلا عقاب، غير أن المشرع عاد ووضع استثناء على الظرف المشدد فإورد في نص الفقرة الثانية (02) من المادة 334 عقوبات، مامفاده انه إذا وقع الفعل المخل بالحياة بدون عنف على قاصر تجاوز سنه السادسة عشر (16) سنة، ولم يصبح راشدا

(1) نقض رقم 195، جلسة 1972/05/29، مجموعة أحكام النقض، س23، ص839.

(2) نقض رقم 45، جلسة 1980/02/14، مجموعة أحكام النقض س31، ص231.

- نقض رقم 1919 جلسة 1998/11/15 مجموعة أحكام النقض، س46، ص1509.

Précis Dalloz, Tome N°1 N°303 p370.

(3) Crim 09 juin 1971, Bull Crim N°185. Revue sc. crim 1972 p390 .

(4) المادة 334 الفقرة الثانية من قانون العقوبات الجزائري.

بعد بالزواج⁽¹⁾، وكان الجاني من أصول المجني عليه يعاقب بالسجن المؤقت من خمسة(05) إلى عشرة(10) سنوات.

ومن الملاحظ هنا، أنه بمجرد بلوغ المجني عليه سن السادسة عشرة(16) سنة وكان الجاني من أصوله يصبح هذا الوضع ظرفا مخففا، اد تخفف العقوبة التي كانت السجن المؤقت من عشرة(10) إلى عشرين(20) سنة لتصبح السجن المؤقت من خمسة(05) إلى عشرة(10) سنوات.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو التالي : كيف تخفف العقوبة بمجرد بلوغ المجني عليه سنا معينة، بينما الجريمة باقية على حالها، وسبب تشديد العقوبة، الذي هو صلة القرابة الرابطة بين الجاني والمجني عليه، باقية على حالها هي الأخرى، هذا من جهة، و من جهة ثانية، فإن الجريمة الواقعة على قاصر تجاوز سن السادسة عشر من عمره بدون عنف (حتى و لو وقعت برضاه) من طرف احد الاصول، فإنها تعتبر جريمة فواحش بين المحارم، التي قد تصل عقوبتها وفقا لنص المادة 337 مكرر الى 20 سنة سجن، وذلك ما يجعل ايراد هذه الفقرة في غير محله و دون جدوى.

البند الثاني: جنحة الفعل المخل بالحياء بدون عنف

تنص الفقرة الاولى من المادة 334 عقوبات جزائري على انه كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشر (16) بغير عنف أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات.

وطبقا لنص هذه المادة فإن جنحة الفعل المخل بالحياء تقوم إذا وقع الفعل على جسد المجني عليه على نحو يكشف منه عورته أو يمس منه عورة، وأن يكون غير مشروع وأن يقع على ذكر أو أنثى، لم يبلغ سنه السادسة عشر (16) سنة وبدون عنف ولو برضى المجني عليه⁽²⁾.

وسبب عدم أخذ المشرع برضى المجني عليه واعتبار الجريمة قائمة أن هذا الرضى صدر ممن لا يملكه⁽³⁾، فهو كعدمه، وهذا ما دعى المشرع إلى عدم ذكر عبارة "بدون رضى" وجعل معيار التفرقة هو العنف.

فإذا وقعت الجريمة برضى القاصر أي بدون عنف فهي جنحة⁽⁴⁾ شرط أن يكون سن هذا القاصر لم يتجاوز السادسة عشر (16) سنة وقت وقوع الفعل المجرم، كما يعاقب المشرع على الشروع.

ملاحظة: قد تنقلب جنحة الفعل المخل بالحياء إلى جناية إذا ما تحقق ظرف من الظروف المشددة السابق بيانها في جناية الفعل المخل بالحياء وهي توافر صفة في الجاني:

(1) المادة 07 من قانون الأسرة.

(2) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 858 وما بعدها.

- إسحق منصور، مرجع سابق، ص 12.

(3) م.بن وارث، مرجع سابق، ص 180.

(4) إسحق منصور، مرجع سابق، ص 119-120.

- إذا كان الجاني من أصول المجني عليه.
- إذا كان الجاني من أصول المجني عليه حتى ولو تجاوز سن المجني عليه السادسة عشر (16) سنة ولم يصبح راشدا بالزواج.
- إذا كان الجاني ممن لهم سلطة على المجني عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما لدى الفئة المبينة سابقا، أو كان موظفا ورجل دين أو استعان الجاني بشخص أو أكثر في ارتكاب جريمته.

أولا. الفرق بين جنائية وجنحة الفعل المخل بالحياء:

- 1- أن جنحة الفعل المخل بالحياء تقع برضى المجني عليه وبدون عنف سواء كان هذا الرضى يؤيد الفعل أو على نحو يؤيد وقوعه أو يقبله، لأن رضى القاصر لا يعتد به ولا يعتمد عليه قانونا⁽¹⁾، بينما الجنائية فهي تقع دائما بالعنف أي بدون إرادة المجني عليه.
- 2- وهو متعلق بسن المجني عليه ففي جنائية الفعل المخل بالحياء بالعنف تقوم الجريمة إذا وقع الفعل على إنسان مهما كان سنه، بينما إذا وقع الفعل بدون عنف (رضى المجني عليه) فسن المجني عليه تعتبر ركنا من أركان الجريمة، فالمشرع جعل صغر سن المجني عليه وعدم بلوغه السادسة عشر (16) من عمره ظرفا مشددا سواء كان الفعل المجرم جنحة أو جنائية.

ثانيا. عقوبة جنحة الفعل المخل بالحياء بدون عنف

- يعاقب الجاني في جنحة الفعل المخل بالحياء بدون عنف بالحبس من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات والسلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾.
- تجدر الإشارة أنه إذا وقعت هذه الجريمة "الفعل المخل بالحياء بدون عنف" على قاصر قد تجاوز عمره السادسة عشر (16) فلا جريمة ولا عقوبة إلا في حالة واحدة نصت عليها الفقرة الثانية (02) من المادة 334 عقوبات وهي توفر صفة في الجاني، أن يكون من أصول المجني عليه هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن يكون هذا الأخير لم يصبح راشد بالزواج أي لم يبلغ سنه التاسعة عشر (19) أين تشدد العقوبة.

استنتاج: وكما سبق ذكره أن هذا النوع من الجرائم له تأثيره النفسي على المجني عليه خاصة المرأة، كونه اعتداء على أمنها، وإخلال به فهو سيؤدي حتما إلى الشعور بالقلق والخوف والتوتر، مما ينعكس سلبا على حياتها ودورها في المجتمع. قد يخلق منها أنثى مريضة أو قابليتها للإجرام.

على المشرع الجزائري تعديل هذه المواد برفع سن المجني عليه القاصر إلى الثامنة عشر (18) وتشدد العقوبة كلما كان سن المجني عليه أقل، خاصة إذا كان غير مميز فالرضى الصادر عنه لا قيمة

(1) نفس المرجع السابق، ص 117.

(2) إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مرجع سابق، ص 202.

له (1) فانعدام التمييز بعدم الرضى (2)، فالفعل المخل بالحياء بالنسبة للصغير بمثابة الفعل المخل بالحياء بالقوة (العنف) (3). فتشديد العقوبة بمثابة الرادع لكل من تسوّل له نفسه العبث بعرض المرأة ويعتبر ذلك بمثابة الحماية التي يضمنها لها المشرع.

المطلب الثالث: حماية المرأة في جريمة التحرش الجنسي

على غرار الجرائم السابق بيانها ومهما اختلفت علة تجريم كل فعل فإن جريمة التحرش الجنسي من الجرائم الماسة بالحرية الجنسية للمجني عليها، فهي أفعال لا تمس جسم المجني عليه مباشرة كما هو الحال في جريمة الفعل المخل بالحياء أو الاغتصاب، ولكنها تهدف إلى الحصول على رغبة ذات طابع جنسي.

فظاهرة التحرش الجنسي أصبحت منتشرة بشكل كبير في جميع الأوساط، فهو مظهر من مظاهر الخلل في العلاقات بين الجنسين داخل المجتمع، وكذا شكل من أشكال القهر الذي يتعرض له المضرور والمرأة بصفة خاصة، وهو بمثابة استغلال لمواطن الضعف التي تتصف بها المرأة عموماً، سواء كانت عاملة أو موظفة في علاقتها مع المسؤول أو الرئيس، أو الزملاء، أو حتى في علاقتها مع الرجال عامة في الشارع.

فالتحرش الجنسي سلوك عدواني ذو صبغة جنسية يرتبط بالخوف الذي يستمد أساسه من استغلال النفوذ وعلاقته بالسلطة والإحساس بالعجز أمام سلطة المتحرش (4)، ويستوي أن يكون المجني عليه في هذه الجريمة رجل أو امرأة.

إن الاهتمام القانوني بالتحرش الجنسي حديث العهد مقارنة مع باقي الجرائم، إلا أنها ظاهرة قديمة ومثاله ما رواه لنا القرآن الكريم (5)، في قصة سيدنا يوسف وامرأة العزيز (6)، ويعتبر هذا الفعل نوع من أنواع التحرش الجنسي يختلف عن الذي هو مطروح حالياً. فظاهرة التحرش الجنسي موجودة منذ بداية مشاركة المرأة الرجل في ميدان العمل.

وبما أن أساس هذا البحث هو تتبع مدى حماية التشريعات الجزائرية للمرأة فتجريم فعل التحرش الجنسي، الذي يعتبر فعلاً ماساً بحياء المرأة وعرضها يعتبر من ضمن التشريعات الحامية للمرأة، وعليه سنتم دراسة هذه الحماية للوقوف عما إذا كانت كافية من خلال الفرعين التاليين:

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 859.

(2) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 253.

(3) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 272.

(4) Raphaël Simian, le harcèlement en droit pénal, thèse en doctorat en droit pénal, Tome1, Université de Nice, 2005, p16.

(5) سورة يوسف، الآية 23.

(6) لمزيد من المعرفة في هذا الموضوع، راجع:

- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، تفسير القرآن العظيم، ج 4، دار الكتب العلمية منشورات محمد علي البيضون، بيروت، ط 1، 1419، ص 325.

الفرع الأول: مفهوم التحرش الجنسي

الفرع الثاني: إثبات التحرش الجنسي والعقوبة المقررة له

الفرع الأول: مفهوم التحرش الجنسي

تعتبر فرنسا أول دولة أدرجت مصطلح التحرش الجنسي في تشريعاتها وذلك في سنة 1992، حيث تم تجريم فعل التحرش الجنسي في قانون العقوبات، وقانون العمل، ثم لحقه تعديل في سنة 1998⁽¹⁾، ثم سنة 2002 إلى غاية سنة 2012 أين أصبح للتحرش الجنسي مفهوم واسع في نص المادة 222-33⁽²⁾ والتي تنص :

"-يعتبر تحرشا جنسيا كل فعل ذو طابع جنسي يقع بصفة متكررة على شخص ما فيمس بشرفه، لكون الفعل مهين ومذل، أو قد يضع الشخص موضع المعتدى عليه الخائف.
-كما يعتبر تحرشا جنسيا ولو لم يتكرر، ممارسة ضغوطات خطيرة بهدف التوصل الفعلي أو الظاهر إلى ممارسة ذات طابع جنسي، سواء كان ذلك لصالح من صدر منه الفعل أو لصالح شخص آخر.

يعاقب على الأفعال المنصوص عليها في الفقرتين "I" و "II" أعلاه بسنتين حبس وبغرامة قدرها 30.000 أورو.

وترفع العقوبة إلى 3 سنوات حبس و 45000 أورو وغرامة إذا صدر الفعل:

- 1- من شخص في حاله سوء استعمال السلطة بحكم وظيفة.
- 2- على قاصر لم يكمل 15 سنة.
- 3- على شخص ضعيف، بحكم سنه، أو مرض أو إعاقة أو بسبب العجز البدني والنفسي أو بسبب حمل ظاهر أو معلوم من طرف الجاني.

(1) عدل بالقانون رقم 98/968 المؤرخ في 1998/06/27.

(2) Art 222-33code Pénal Français

I-Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne de façon répété, des propos ou comportement à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II-Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

III-Les faits mentionnés aux I et II sont punis de 2ans d'emprison et 30000 E d'amende.

Ces peines sont portées a trois ans d'emprisonnement et 45000^E d'amende lorsque les fait sont commis :

- 1- Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.
- 2- Sur un mineur de 15 ans.
- 3- Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due a son âge, a une maladie, a une infirmité, a une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse et apparente ou connue de leur auteur.
- 4- Sur une personne dont la particulière vulnérabilité dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur buteur.
- 5- Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice.

4- بسبب ضعف خاص يتمثل في صعوبة الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي الظاهر أو المعلوم من طرف الجاني.

5- تعدد الجناة بصفتهم فاعلين أصليين أو مشاركين".

وتنص المادة 1/503 من القانون الجنائي المغربي "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من 5000 درهم إلى 50000 درهم من أجل التحرش الجنسي، وكل من استعمل ضد الغير أوامر أو تهديدات أو وسائل للإكراه أو أية وسيلة أخرى مستغلا السلطة التي تخولها له مهامه لأغراض ذات طبيعة جنسية".

وتنص المادة 306 مكرر "أ" من القانون المصري: على:

"يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة (06) أشهر وبغرامة لا تقل عن 3000 جنيه ولا تزيد عن 5000 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعرض للغير في مكان عام أو خاص أو مطروق بإتيان أمور أو إحياءات أو تلميحات جنسية إباحية سواء بالإشارة أو بالقول أو بالفعل بأية وسيلة بما في ذلك وسائل الاتصال السلوكية واللاسلكية.

و تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن 5000 جنيه ولا تزيد عن 10000 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا تكرر الفعل من الجاني خلال الملاحقة والتتبع للمجني عليه وفي حالة العود تضاعف عقوبتا الحبس والغرامة في حديهما الأدنى والأقصى".

و تنص المادة 306 مكرر "ب" "يعد تحرشا جنسيا إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في المادة 306 مكرر "أ" من هذا القانون بقصد حصول الجاني من المجني عليه على منفعة ذات طبيعة جنسية ويعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن 10000 جنيه، ولا تزيد عن 20000 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

فإذا كان الجاني ممن نصت عليهم المادة 267 من هذا القانون أو كانت له سلطة وظيفية أو أسرية أو دراسية على المجني عليه أو مارس عليه أي ضغط تسمح له الظروف بممارسته عليه أو ارتكبت الجريمة من شخصين فأكثر أو كان أحدهم على الأقل يحمل سلاحا ، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تتجاوز 5 سنوات والغرامة لا تقل عن 20000 جنيه ولا تزيد عن 50000 جنيه".

أما القانون التونسي فينص الفصل 226 ثالثا من المجلة الجزائية على: "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطيئة قدرها 3000 دينار مرتكب التحرش الجنسي.

ويعد مرتكبا تحرشا جنسيا كل إمعان في مضايقة الغير بتكرار أقوال أو أفعال أو إشارات من شأنها ان تنال من كرامته أو تخدش حيائه، وذلك بغاية حمله على الاستجابة لرغباته أو رغبات غيره الجنسية،

ويضاعف العقاب إذا ارتكبت الجريمة ضد طفل أو غيره من الأشخاص المستهدفين بصفة خاصة بسبب قصور ذهني أو بدني يعوق تصديهم للجاني"

أما المشرع الجزائري فلم يجرم التحرش الجنسي إلا في نهاية 2004 وكان هذا نتيجة مطالب الكثير من الجمعيات النسوية نظرا لاستفحال ظاهرة التحرش الجنسي في مواقع العمل، وكانت أول لجنة وطنية نسائية مهتمة بشؤون المرأة العاملة بالجزائر والتي ظهرت إلى الوجود خلال شهر مارس 2003، حيث طالبت هذه الأخيرة في مراسلة رسمية لوزارة العدل الجزائرية بتجريم فعل التحرش الجنسي⁽¹⁾.

وعليه تم تعديل قانون العقوبات⁽²⁾ واستحداث نص جديد يتمثل في المادة 341 مكرر التي تنص "يُعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 50000 إلى 200000، كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير، أو بالتهديد، أو الإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية.

في حالة العود تضاعف العقوبة"، وهذا إلى غاية نهاية 2015 أين تم تعديل قانون العقوبة بالقانون 15-19⁽³⁾ وأصبح نصها كالتالي "يُعد مرتكبا لجريمة التحرش ويعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100000 إلى 300000 كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية.

يُعد مرتكبا للجريمة المنصوص عليها في الفقرة السابقة ويعاقب بنفس العقوبة كل من تحرش بالغير بكل فعل أو لفظ أو تصرف يحمل طابعا أو إيحاء جنسيا.

إذا كان الفاعل من المحارم أو كانت الضحية قاصرا لم تكمل السادسة عشرة أو إذا سهل ارتكاب الفعل، ضعف الضحية أو مرضها أو إعاقته أو عجزها البدني أو الذهني أو بسبب حالة الحمل، سواء كانت هذه الظروف ظاهرة للفاعل أو كان الفاعل على علم بها، تكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 200000 دج إلى 500000 دج في حالة العود تضاعف العقوبة".

وبناءً على هذه النصوص القانونية ما هو التحرش الجنسي وماهي أركان قيام هذه الجريمة؟

الإجابة على ذلك تتم من خلال البندين التاليين :

البند الأول: تعريف التحرش الجنسي

البند الثاني: أركان جريمة التحرش الجنسي في التشريع الجزائري

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص138.

(2) القانون رقم 15-04 المؤرخ في 27 رمضان الموافق 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

(3) القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-15 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71.

البند الأول: تعريف التحرش الجنسي

ليس لمصطلح التحرش الجنسي أصل في اللغة العربية وبذلك لم يتم تحديد تعريف جامع مانع له، كما أنه من الصعب وضع تعريف جامع مانع لاختلاف نظرة المجتمعات، فما يعد تحرشا جنسيا في مجتمع قد لا يعد كذلك في مجتمع آخر.

غير أن هناك اتفاق على أنه "التصرفات التي تنتهك الحقوق الجنسية للمرأة"⁽¹⁾. والتحرش الجنسي عبارة مركبة من كلمتين "تحرش" و"جنس"، أما مصطلح التحرش من حرشه حرشا أي خدشه، وحرش الدابة أي حك ظهرها بعصى أو نحوها لتسرع، ويطلق ويراد به الصيد، أي هيجه ليصيده، ويقال "حرش الضب أي هيجه ليصيده"، ويقال تحرش به أي تعرض له ليُهيجه أو يثيره⁽²⁾ كما يعرف التحرش (harcèlement) بأنه إخضاع شخص ما أو مجموعة ما إلى هجمات صغيرة بدون توقف، أو هي إخضاع شخص إلى طلبات، أو انتقادات أو احتجاجات مستمرة، أو إلى ضغوطات مستمرة من أجل الحصول على غرض معين، وبالتالي هو فعل يقتضي الاستمرارية أي تكرار الاعتداء أو الإزعاج، أو التعرض دون توقف إلى هجمات متكررة أي غارات سريعة لا تتوقف.

وتعددت المفاهيم ومعاني كلمة "التحرش" فقد يقصد بها الإغواء والإثارة والافساد والخديعة والاحتكاك والتعرض، وفي لسان الحال المضايقات والابتزازات الجنسية أو بالأحرى المراودة عن النفس، وقيل أن الإغراء والتحريض لهما معنا واحدا، فكلمة حرش تؤدي نفس المعنى لكلمة "أغوى" والتحريض لغة "الحث على الشيء فهو الحفر والتحريك والدفع"، والتحريض على ارتكاب الجريمة هو الإيعاز بها⁽³⁾، وقيل المراودة حيث تجمع معاني الإغواء والإغراء والإثارة في كلمة واحدة⁽⁴⁾.

أما كلمة جنس هو ضرب من كل شيء⁽⁵⁾ أو ضرب من الشيء فالابل جنس من البهائم⁽⁶⁾، أما في معجم الوسيط هو اتصال شهواني بين المرأة والرجل، فهو إذا كل فعل يسعى لتحقيق رغبة جنسية⁽⁷⁾.

(1) نبيل صقر، مرجع سبق ذكره، ص326.

(2) معجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص166.

- معجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1999، ص145.

- لسان العرب لابن منظور، ج6، مرجع سبق ذكره، ص279-280.

(3) سيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي، دراسة جنائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص20.

(4) إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، دار غريب، القاهرة، 2006، ص15.

(5) ابن منظور، ج6، مرجع سابق، ص43.

(6) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج15، طبعة الكويت، ط2، 1975/1295، ص515.

(7) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مرجع سابق، ص140.

أما التعريف الاصطلاحي للتحرش الجنسي، يعرفه الفقه على أنه كل السلوكات اللاأخلاقية الهادفة للوصول إلى أغراض جنسية في تنكر تام لرضى ورغبة المتحرش بها جنسيا، وتكون السلطة والنفوذ من مكوناته⁽¹⁾.

كما يعرف على أنه "سلوك جنسي متعمد من قبل المتحرش، غير مرغوب به من قبل الضحية المتحرش بها، حيث يسبب إيذاء جنسيا أو نفسيا أو حتى أخلاقيا للضحية⁽²⁾، أو هو مجموعة من السلوكيات...و التي تأخذ صورا متعددة سواء كانت لفضية...أو بدنية...بيدي من خلالها رغبة في إقامة علاقة جنسية معها على غير رغبة أو ترحيب منها⁽³⁾. كما عرفه البعض على أنه ذلك السلوك الذي يتم عندما تتعرض أو تخضع الموظفة أو العاملة أو الخادمة أو الطالبة لسلوك جنسي لا ترغب فيه ولا ترحب به⁽⁴⁾.

وعرفته اتفاقية القضاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة أنه عبارة عن ممارسات غير مرحب بها، لها طابع جنسي مثل اللمس والتقرب، والاحتكاك الجسدي، والملاحظات ذات الطابع الجنسي والاستعراض الإباحي، والمطالبات الجنسية سواء كان ذلك من خلال الكلام أو الأفعال⁽⁵⁾.

والتحرش الجنسي في الشريعة الإسلامية يعتبر جريمة أخلاقية، مخالفة للشرع لأنها تمس بجسد المرأة الذي حفظه الله وأقر حمايته، و صانه من شتى ألوان الاعتداء عليه بداية من نظرة -خائنة الأعين-..⁽⁶⁾ وتعتبر من مقدمات الفاحشة، فهو السوء يقينا، يتأذى به المجني عليه، ولا يرضى به لأنه من المستفزات الجنسية الخادشة للحياء والخلق والدين، مثلما وقع لسيدنا يوسف عليه السلام⁽⁷⁾، وقيل أيضا بأنه السوء الشهوة ذوالفحشاء المباشرة، وقيل السوء: الثناء القبيح، كما أدخله بعض الفقهاء في مفهوم الضرر حيث عرفوه على أنه كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم أو عرض مصون⁽⁸⁾.

أولا- أنواع التحرش الجنسي: يقسم الفقه التحرش الجنسي إلى نوعين:

- (1) خديجة بومهدي، الحماية الجنائية للمرأة في المنظومة القانونية العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق فاس، 2002-2003، ص137.
- (2) رشا محمد حسين، التحرش الجنسي من المعاكسات الكلامية حتى الاغتصاب، دراسة سوسيولوجية، المركز المصري لشؤون المرأة، 2008، ص06.
- (3) طريف شوقي محمد فرج، عادل محمد هريدي، التحرش الجنسي بالمرأة العاملة، دراسة نفسية استكشافية على عينات من العاملات المصريات، مجلة كلية الآداب، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، العدد 7، أكتوبر 2004-19-79، ص8.
- (4) عبد الرحمان محمد العسوي، سبل مكافحة الجريمة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2006، ص200.
- (5) رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته في ضوء احكام الفقه الاسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط1، 2011، ص171.
- (6) محمد علي قطب، التحرش الجنسي، اشترك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2008، ص41.
- (7) أنظر الآية 23 من سورة يوسف.
- (8) بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية، الرياض، ط1، 1999، ص28.

1-التحرش المساوماتي: ويكون الجاني هنا رئيس في العمل وذلك بترغيب المروءوس في امتيازات العمل، كالترقية، والعلاوات، والنقل إلى مصالح أفضل.. مقابل الحصول على رغبات ذات طابع جنسي.

2-التحرش التخويفي (بالتخويف): ويكون عن طريق تخويف المجني عليه بزوال مصلحة أو تفويت فرصة إن لم ينته عن تمنعه.

لقد جرمت أغلب التشريعات، إن لم تكن جميعها، فعل التحرش الجنسي وإن اختلف حول نطاق التجريم. حين اتفقت على مفهوم التحرش الجنسي بأنه عبارة عن أفعال وممارسات يتخذها الجاني بحكم سلطته ونفوذه، وذلك بالضغط على المجني عليها بهدف الحصول على رغباته التي يجب أن تكون ذات طابع جنسي. وأضافت بعض التشريعات أنه قد تكون هذه الأفعال لصالح غير الجاني.

ثانيا- أشكال التحرش الجنسي: أشكال التحرش الجنسي قد تكون لفظية أو غير لفظية أو عن طريق اللمس:

1-التحرش اللفظي: عبارة عن أقوال وكلمات ذات دلالات جنسية أو عاطفية كالغزل، والغزل المقصود في هذه الجريمة الذي يكون الغرض منه استمالت المجني عليه وإثارته جنسيا. وقد يكون بالمعاكسات الهاتفية أو المدح المبالغ فيه لغرض جنسي أو عبارات خادشة للحياء.

2-التحرش غير اللفظي: وذلك بالإيماءات والإشارات كالصفير، الغمز بالعين، النظرة الفاحصة لجسد المرأة، عرض صور جنسية....

3-التحرش الجسدي: ويكون باللمس، كالملامسات البدنية والاحتكاك، أو لمس العورة وما يعتبر في حكمها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فباستقراء نص المادة 341 مكرر يتبين أنه لا يشترط تحقق نتيجة معينة كأثر مادي للسلوك الإجرامي، وإنما اكتفى بوصف السلوك وهذا ما يجعل جريمة التحرش الجنسي شكلية، كما أنه اشترط أن يكون الهدف من هذا السلوك الحصول على رغبات جنسية، و أن الجريمة تقوم وإن لم يحصل الجاني على هذه الرغبات⁽¹⁾، وعليه، فإن العلاقات الرومانسية لا تندرج تحت فئة التحرش الجنسي⁽²⁾.

البند الثاني: أركان جريمة التحرش الجنسي

كان نص المادة 341 مكرر قبل تعديلها يعطي لجريمة التحرش الجنسي مفهوما ضيقا، وكانت محصورة في شكل واحد و هو أن تكون هناك علاقة تبعية بين الجاني والمجني عليه، فبحكم هذه السلطة

(1) بوزيان سعاد، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجرائر، جريمة التحرش الجنسي، 2007، ص21.

(2) طريف شوقي محمد فرج، مرجع سابق، ص11-12.

يستغل الجاني ضعف المجني عليه، مستعملا وسائل السلطة للضغط عليه و إجباره على الاستجابة لطلباته ذات الطابع الجنسي.

لكن بعد تعديل نص هذه المادة تم توسيع مفهوم جريمة التحرش الجنسي، واضحت تشمل عدة أشكال، فقد تكون في إطار العمل كأن يكون الجاني رئيسا أو زميلا أو احد زبائن الهيئة المستخدمة (1) كما يمكن أن تكون خارج اطار العمل، كما هو الحال في الشوارع أو حتى من أفراد العائلة (المحارم) و لتقوم جريمة التحرش الجنسي يشترط المشرع توافر ركنين احدهما مادي والآخر معنوي:

أولاً: الركن المادي

يقصد بهذا الركن استعمال الجاني بعض السلوكات التي من شأنها التأثير على نفسية المجني عليها، وبشكل هدا، تدخلا في حياتها الخاصة ومساسا بشرفها وسمعتها(2) بهدف الوصول إلى رغبات ذات طابع جنسي. وعليه يشترط لقيام الركن المادي ان يستعمل الجاني وسائل الضغط المادي أو المعنوي، و ان يكون الهدف أو الغاية من استعمال هذه الوسيلة بلوغ غاية جنسية.

1- الوسائل المستعملة: لقد حدد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 341 مكرر الوسائل المستعملة من قبل الجاني تحرشا بالمجني عليه حيث وردت على سبيل المثال:

- إذا لم تكن للجاني سلطة على المجني عليها، كأن يكون زميلا في العمل أو عميلا أو أي شخص آخر، فعادة ما يكون التحرش باستعمال الألفاظ أو إشارات أو تصرفات تخذش حياء المجني عليها.
- أما إذا كانت للجاني سلطة على المجني عليها، فعادة ما يكون الضغط عن طريق إصدار الأوامر والتهديدات والإكراه.

أ-إصدار الأوامر: وهو كل ما يصدر عن الرئيس بحكم سلطته لإجبار مرؤوسه على التنفيذ، سواء كان الأمر مكتوبا أو شفويا، مثاله طلب الرئيس من المرؤوسة الحضور إلى مكتبه وعند حضورها يطلب منها غلق الباب وخلع ثيابها(3).

ب-التهديد: وعبرة التهديد تشمل كل أشكال العنف المعنوي بما فيها الحالات التي نص عليها قانون العقوبات في المواد 284 إلى 287. مثالها أن يطلب الرئيس من مرؤوسته قبول الاتصال به جنسيا وإلا فصلها عن العمل(4).

ج-الإكراه: وهو استعمال القوة لإجبار المعني عليها على الرضوخ لطلبه، ويعد إكراها معنويا أن يهدد الرئيس مرؤوسته على الاستجابة لطلبه الجنسي وإلا سيضطر إلى إفشاء سر خاص بها.

(1) Valerie Malabat, Droit pénal spécial, Dalloz, 5^{ème} édition, 2011, p172.

(2) أحمد محمد عبد اللطيف عاشور وآخرون، التحرش الجنسي، أسبابه، تداعياته، آليات المواجهة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2008-2009، ص18.

(3) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص145.

(4) نفس المرجع السابق.

د- ممارسة الضغوط: ان الضغوط كثيرة ومتنوعة، فمنها مثلا، عدم الإمضاء على ملف الترقيّة، أو عدم السماح لها بالاستفادة من العطل أو الغياب لضرورة....

2- الغاية أو الهدف من استعمال هذه الوسائل

مهما اختلفت الوسائل المستعملة وتنوعت، يشترط أن يكون هدفاً واحداً، وهو حصول الجاني على رغبات ذات طابع جنسي.

وتجدر الإشارة الى ان نص المادة 341 مكرر من قانون العقوبات الجزائري التي اوردت في الجزء الاخير من فقرتها الأولى عبارة: "قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية"، لا تتوافق مع العبارة الواردة باللغة الاجنبية التي جاء فيها: " dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle".

وهو ما يمكن ترجمة ب: "بهدف الحصول على مزايا ذات طابع جنسي"، و من خلال مقارنة النصين يستنتج، ان النص باللغة الوطنية يفيد أن الفعل قد وقع بالعنف أو بالقوة، و ذلك من خلال كلمة "اجباره" وهذا ما يكون ركن مادي لجريمة اخرى كالاغتصاب أو الفعل المخل بالحياء بالعنف،⁽¹⁾ و يشترط القانون أن يكون المستفيد من الفعل المجرم هو الجاني نفسه، اما إذا كانت الوسائل المستعملة قصد استفادة غيره من المزايا ذات الطابع الجنسي، كما و رد في القانونين الفرنسي و التونسي، فإن الجريمة ليست تحرشا جنسيا وإنما هي من نوع آخر هو التحريض على الفسق والدعارة.

ثانيا: الركن المعنوي

لا يمكن تصور هذه الجريمة دون وجود قصد، ومعنى ذلك أن تنصرف إرادة الجاني إلى الفعل والنتيجة، فلا جريمة إذا حصل الضغط أو الأمر قصد الإسراع في معالجة الملفات، أو غير ذلك من الوسائل التي يستعملها صاحب السلطة لحسن سير مرفقه، فتدخل ضمن السلطة التأديبية⁽²⁾. والضغط المقصود هنا، حتى تقوم الجريمة المعاقب عليها يجب ان يكون الهدف منه الحصول على غرض جنسي، فلا تقوم الجريمة لو كان الجاني يتغزل بمروسته أو يبعث لها برسائل غرامية⁽³⁾.

فقد قضي في فرنسا، بعدم قيام جريمة التحرش الجنسي في حق مدير مؤسسة إذا أبدى عاطفة حب تجاه مستخدمته التي أرسل لها عدة خطابات وقصائد شعر لا تتضمن فحشا أو فجورا⁽⁴⁾ لأن الوسيلة لم يكن الهدف منها الضغط على المستخدمة وإنما تعبير عن ما كان يكنه لها في صدره.

(1) أحسن بوسقيّة، مرجع سابق، ص146.

(2) أعمر يحيوي، ص195.

(3) نفس المرجع السابق، ص194.

(4) أحسن بوسقيّة، مرجع سابق، ص147.

والقصد الجنائي يمكن استخلاصه من ظروف وملابسات وطبيعة الأفعال، التي أقدم عليها الجاني وسلوكه فيها، فإذا لم يتوفر هذا القصد فلا جريمة، كما تنتفي جريمة ارتكاب الفعل الجنسي بطريقة الخطأ أو الإهمال نتيجة رعونة أو عدم احتياط أو تبصر، فهي إما أن تكون جريمة عمدية أو لا تكون جريمة مطلقاً⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الإثبات في جريمة التحرش الجنسي والجزاء المقرر لها

على عكس بعض التشريعات التي تشترط شكوى المضرور لتحريك الدعوى العمومية في جريمة التحرش الجنسي كما هو الحال في التشريع التونسي⁽²⁾ فإن المشرع الجزائري لا يشترط ذلك، وعليه فالدعوى العمومية تتحرك وفقاً للقواعد العامة بمجرد علم النيابة العامة بالفعل المجرم. غير أن الأمر يختلف بالنسبة لهذا النوع من الجرائم المتعلقة بالعرض، وجريمة التحرش الجنسي لها خصوصية، كونها ترتكب عادة في سرية وخلسة وبمعزل عن الغير، فلا يمكن معاينة هذه الجريمة إلا من طرف الضحية وفي بعض الأحيان من قبل بعض زملاء العمل، وعلى كل مدع يقع عبء الإثبات.

فما هي وسائل إثبات جريمة التحرش الجنسي وما الجزاء المقرر لها؟

ستكون الإجابة تكون من خلال البندين التاليين:

البند الأول: الإثبات في جريمة التحرش الجنسي

البند الثاني: الجزاء المقرر لجريمة التحرش الجنسي

البند الأول: الإثبات في جريمة التحرش الجنسي

الإثبات هو تقديم الدليل على حقيقة واقعة أو أمر ما، بهدف الوصول إلى غاية معينة وعبء الإثبات يقع على المجني عليه وفقاً للقاعدة العامة "البينة على من إدعى".

والإثبات في القانون هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والوسائل التي حددها القانون على واقعة محل نزاع، و عرفه الدكتور الشواربي على أنه بيان العناصر أو الوقائع التي يعتمد عليها المدعي لإقناع القاضي بوجود الحق وبأن واقعة حصلت أو لم تحصل⁽³⁾.

ومادام المشرع الجزائري لم يحدد وسائل إثبات جريمة التحرش الجنسي ولم يحصرها كما فعل بالنسبة لجريمة الزنا وبعض الجرائم الأخرى، نرجع للقواعد العامة للإثبات المحددة في نص المادة 212 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي تنص: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات،

(1) أبو بكر عبد اللطيف عزمي، مرجع سابق، ص 106.

(2) المجلة الجزائرية التونسية، الفصل 226 رابعاً.

(3) عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه والنظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 9.

ماعدًا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعًا لاقتناعه الخاص...".

غير أن المشكل يكمن في صعوبة إثبات هذا النوع من الجرائم، فالخبرة الطبية مثلاً لا يمكن الاستعانة بها كدليل إثبات، فهي أفعال لا تطل جسم المجني عليها، وإنما هي أفعال وتصرفات من أجل الضغط أو التهديد أو الإكراه للاستجابة لرغبات الرئيس الجنسية، أما إذا مست جسم المجني عليها فإنها تكيف على أنها جريمة من نوع آخر، كالفعل المخل بالحياء بالعنف أو الاغتصاب.

وعلى هذا الأساس، اختلف الفقهاء في تحديد أدلة الإثبات المناسبة لهذا النوع من الجرائم فهناك من رأى أنها لا تثبت إلا بطرق ثلاث وهي الإقرار والشهادة والقسم بينما يضيف رأي آخر وسيلة رابعة تتمثل في القرائن (1).

وهناك من يرى أن مصطلح التحرش الجنسي ليس له إطار ملموس وظاهر ذلك لأن الحصول على قرائن وأدلة في هذا الشأن أمر في غاية الصعوبة (2).

وبناءً على ما تقدم سيتم التطرق لوسائل الإثبات التي تتماشى وجريمة التحرش الجنسي وهي: الإقرار والشهادة والقرائن.

أولاً: الإقرار: وهو اعتراف أحد الخصمين بما يدعيه الخصم الآخر، أي أن المتهم يعترف بالوقائع المنسوبة إليه في التهمة، ولا يكون للاعتراف قيمة، إذا انتزع بالإكراه، ويشترط في الاعتراف أن يكون صريحاً ولا يحمل أي تأويل وأن يصدر أمام القاضي، والاعتراف سيد الأدلة، ورغم ذلك فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي طبقاً لنص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ثانياً: الشهادة: حددتها المواد من 220 إلى 238 إجراءات جزائية، وهي أقوال تصدر عن شخص عاين الواقعة الإجرامية بحاسة من حواسه (3)، كما تعرف على أنها الأقوال التي يدلى بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين (4).

فهو دليل شفوي يدلى به الشاهد أمام السلطات المختصة على ما رآه وسمعه فيما يخص القضية محل النزاع.

وتمثل الشهادة في المسائل الجزائية إثباتاً مهماً خاصة في جريمة التحرش الجنسي، كما أنه لا يشترط في الشهادة أن ترد على الحقيقة المطلوب إثباتها بجميع تفاصيلها، بل يكفي أن يكون من شأنها أن تؤدي إلى تلك الحقيقة باستنتاج سائغ يتلائم بالقدر الذي رواه الشاهد مع عناصر الإثبات الأخرى (5).

(1) عبد القادر عودة، ج2، مرجع سابق، ص303.

(2) نبيل صقر، مرجع سابق، ص327.

(3) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص453.

(4) جميل الشرفاوي، مذكرات في الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص101.

(5) رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجبل، القاهرة، ط 17، 1989، ص458.

ولا تؤدي الشهادة إلا بعد حلف اليمين ممن تقبل شهادتهم وممن يسمح لهم بها ومن غير الخصوم في الدعوى⁽¹⁾.

وإذا كانت ذات أهمية بالغة في إدانة الجاني فقد يجد الشاهد نفسه في مثل هذه القضايا في مركز حساس جدا قد لا يخلو من التهديدات والخوف من فقد منصب عمله، وعليه نجد المشرع الفرنسي الذي تفتن لهذا الوضع وأورد حماية خاصة للشهود في جريمة التحرش الجنسي، وذلك في قانون العمل من خلال الفقرة الثانية من المادة 122-46 L والتي تنص على أنه "لا يجوز معاقبة أي موظف أو تسريحه أو أن يكون محل تمييز بسبب الشهادة التي أدلى بها بخصوص السلوكات المحددة في الفقرة السابقة"⁽²⁾. ويبدو أن سبب حماية المشرع الفرنسي للشاهد في قانون العمل كون الانتقام عادة ما يمس مركزه ومصلحته في ميدان العمل.

ثالثا: القرائن: وهي ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول، فالقاضي يستخدم وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع أخرى. فالقرائن وسيلة إثبات غير مباشرة، وعلى هذا الأساس لا يمكن حصرها، والسلطة التقديرية للقاضي.

والقرائن هي التصرفات القانونية وغير القانونية الصادرة عن المتهم مثل الترقية، المنح، العطل، التحويل إلى مصلحة أفضل..

فقد قضي في فرنسا، بإدانة المدير العام لإحدى محطات الإذاعة، بجنحة التحرش الجنسي على صحفية، بناءً على شهادة زميلة لها في العمل، وتعززت هذه الشهادة بوجود ترقية مهنية استثنائية للمجني عليها، تبعتها بعد ذلك قرار وقفها عن العمل وفصلها نهائيا دون مبرر.

البند الثاني: الجزاء المقرر لجريمة التحرش الجنسي

لقد اتفقت معظم التشريعات حول تعريف جريمة التحرش الجنسي غير أنها اختلفت في العقوبة المقررة لها، فمن بين التشريعات من قرر عقوبة واحدة لهذه الجريمة مهما كانت وأيا كانت الظروف المحيطة بارتكابها، ومنها من فرق بين العقوبة المقررة لجريمة مرتكبة في ظل ظروف بسيطة وبين جريمة أحاطت بارتكابها ظروف تعتبر في نظر المشرع مشددة.

فقد قرر المشرع المغربي مثلاً عقوبة فريدة لجريمة التحرش الجنسي تتراوح بين سنة وستين حبس، وغرامة مالية ما بين 5000 إلى 50000 درهم مغربي⁽³⁾. أما التشريعات التي اعتبرت أن لهذه الجريمة صور بسيطة وأخرى مشددة، المشرع التونسي الذي يعاقب على جريمة التحرش الجنسي

(1) إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص44.

(2) Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié au faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissement définis à l'alinéa précédant ou pour les avoir relatés.

(3) الفصل 1/501 من القانون الجنائي المغربي.

عموما بسنة حبس وغرامة مالية قدرها 3000 دينار تونسي، ويضاعف العقاب إذا وقع الفعل على طفل وغيره من الأشخاص المستهدفين بصفة خاصة بسبب قصور ذهني أو بدني يعوق تصديهم للجاني⁽¹⁾.
وقرر المشرع المصري لجريمة التحرش الجنسي البسيطة عقوبة سنة، حبس وغرامة مالية من 10000 إلى 20000 جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين، أما العقوبة في حالة توافر ظرف من الظروف المشددة، المتمثلة في وجود علاقة تبعية بين الجاني والمجني عليها كعلاقة الرئيس بمروسته فتكون من سنتين إلى 5 سنوات حبس⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فتكون العقوبة سنتين حبس وغرامة مالية قدرها 30000 أورو، إذا كانت الجريمة بسيطة، وعند توافر الظروف المشددة، التي قد تكون بمثابة صفة في الجاني نفسه، كعلاقة التبعية التي تربطه بالمجني عليها. أو صفة في المجني عليه كأن يكون قاصرا أو مريضا أو معاقا أو تكون المجني عليها حاملا، وهي ظروف تشدد فيها العقوبة لتتحول إلى ثلاث سنوات حبس وغرامة مالية قدرها 45000 أورو⁽³⁾. هذا فيما يتعلق بالعقوبة المقررة لجريمة التحرش الجنسي في بعض التشريعات الأجنبية، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيعتبر تجريم فعل.

التحرش الجنسي حديث عهد في قانون العقوبات إذ لم يدرج به سوى سنة 2004، حيث اعتبرت من بين الجرائم الماسة بالعرض غير أنها لم تحص بالاهتمام اللازم وبالتالي التفصيل الدقيق، فقد ضيق المشرع الجزائري مفهومها وحصرها في علاقة التبعية إذ اشترط لقيام الجريمة أن يكون الجاني صاحب سلطة على المجني عليها وقرر لها عقوبة تتراوح ما بين شهرين وسنة حبس وغرامة مالية تتراوح ما بين 50000 دج و200000 دج، غير أنه بعد وتعديل قانون العقوبات سنة 2015⁽⁴⁾، بات للمشرع للجزائري موقف مغاير. إذ جعل لهذه الجريمة، إضافة إلى صورتها البسيطة، ظروفًا مشددة، وتغيرت عقوبة جريمة التحرش الجنسي البسيطة، لتصبح ما بين سنة إلى 3 سنوات حبس وغرامة ما بين 100000 دج إلى 300000 دج. أما إذا أحاطت بارتكابها ظروف مشددة فتكون العقوبة من سنتين إلى 5 سنوات حبس، وبغرامة من 200000 دج إلى 500000 دج. وقد ساير المشرع الفرنسي في توصيف الظروف المشددة التي قد تحيط بجريمة التحرش الجنسي، وهي أن تكون الضحية من المحارم، أو قاصرا لم تكمل سن 16 السادسة عشر، أو بسبب ضعفها، أو مرضها، أو إعاقتها، أو عجزها البدني والذهني أو بسبب حملها فتكون العقوبة من سنتين، إلى خمس سنوات .

(1) القانون عدد 73 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/08/02 الفصل 226 ثالثا و الفصل 226 رابعا من المجلة الجزائرية التونسية.

(2) المادة 306- و306ب من قانون العقوبات المصري.

(3) المادة 33-222 من قانون العقوبات الفرنسي 17 جوان 1998.

(4) القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

ويشترط المشرع أن تكون الحالات التي تؤدي إلى تشديد العقوبة الظاهرة، أو يكون الجاني على علم بها، وفي حالة العود تضاعف العقوبة، وإن كان يعتبر هذا التعديل خطوة إيجابية، يبقى يشوبه النقص من جهة كونه لم يعتبر علاقة السلطة من بين الظروف المشددة، لأنها من الوسائل التي تسهل على الجاني صاحب السلطة ارتكاب جريمته، كون الضحية تكون تحت رحمته، وخوفها من فقد منصب عملها يجعلها ترسخ لنزوات رئيسها رغم أنفها وعدم رضاها.

أما من حيث إغفال المشرع الجزائري لحالة أن تكون الطلبات ذات الطابع الجنسي لصالح غير الجاني، كأن تكون لصالح عميل أو رئيس أو صديق، و المنصوص عليها في القانون التونسي والفرنسي، فسواء كان هذا الإغفال عمدا أو سهوا، يبقى التكليف الانسب لهذا الجرم هو التحريض على الفسق، و ليس التحرش الجنسي.

المبحث الثاني. الحماية الجزائرية للأسرة:

سبقت الإشارة في مواضع عدة إلى أن الأسرة تعتبر المكون الأساسي في أي مجتمع سليم البناء، وأن هذا الأخير يصلح بصلاحيها ويفسد بفسادها، أي أنه متأثر لا محالة، بما يؤثر فيها سلبا وإيجابا، لذا فإن حماية الأسرة مما قد يصيبها من انحرافات وجرائم، تضرب كيانها، هو في النهاية حماية للمجتمع كله، وهو ما دفع المشرع الجزائري لوضع النصوص القانونية التي تجرم الأفعال، الضارة بالأسرة وتعاقب مرتكبيها.

والجرائم ضد الأسرة متعددة ومختلفة، ستتم معالجتها، من خلال هذا المبحث في مطالب ثلاث كالتالي:

المطلب الأول: حماية المرأة في جريمة الإجهاض

المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الزنى (الخيانة الزوجية)

المطلب الثالث: حماية المرأة في جرمي العنف والإهمال الزوجي.

المطلب الأول: حماية المرأة في جريمة الإجهاض

اهتمت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية الحديثة على السواء، بالجنين منذ نشأته وبداية تكوينه في رحم أمه، "حيث شرعت من الآداب ما يضمن نشأته نشأة سليمة أثناء مراحل تطوره، وحتى بعد خروجه من بطن أمه، ما يهيئ لتربيته تربية صالحة حتى يكون عضوا صالحا وفعالا في مجتمعه، غير أن الإجهاض فعل ينهي وجود الجنين، ويعتبر فعلا منكرا شرعا لقوله تعالى: "...وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَقَ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ..." (1) وقوله: "وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ

(1) سورة الأنعام، الآية 151.

كَانَ خَطًا كَبِيرًا"⁽¹⁾ هذا فضلا لما للإجهاض من آثار مدمرة، على المجتمع بصفة خاصة، وعلى الجنس البشري عموما، فهو يمثل جريمة يقع الاعتداء عند ارتكابها على حياة الجنين من جهة، وكذا على صحة وحياة أمه على السواء، لما ينتج عنه من آثار ومضاعفات خطيرة، خاصة إذا تم في ظروف صحية غير ملائمة، لذلك جرم المشرع فعل الإجهاض، تجريما يحمي أكثر من حق، كحق الأم الطبيعي في استمرار حملها وحماية جنينها، وتجنبيها ما قد ينطوي عليه من مخاطر جمة، تهدد صحتها وحياتها بالكامل، إذ ثبت طبيا، أن للإجهاض مضاعفات ومخاطر أكيدة على صحة الأم، وعلى المجتمعات الإنسانية عموما، كما سبقت الإشارة، وهو بذلك يؤثر على مكانة المرأة في المجتمعات التي تتعاطى هذا الفعل.

سيتم دراسة هذا الموضوع من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تجريم فعل الاجهاض في التشريع.

الفرع الثاني: الاجهاض في الشريعة الاسلامية.

الفرع الثالث: حالات الاجهاض.

الفرع الرابع: صور جريمة الاجهاض و عقوبتها.

الفرع الأول: تجريم فعل الإجهاض في التشريع

لقد تناول المشرع الجزائري، جريمة الإجهاض، تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني، الكتاب الثالث، الجزء الثاني من خلال المواد 304 من قانون العقوبات ومايليها، حيث تنص المادة 304 على أنه: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال الطرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أم لم توافق أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس في سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

وتنص المادة 309 من قانون العقوبات على: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، المرأة التي أجهضت نفسها عمدا، أو حاولت ذلك، أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها، وأعطيت لها لهذا الغرض".

وتنص المادة 310 من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض، ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما، وذلك بأن: ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية، أو باع أو طرح

(1) سورة الإسراء، الآية 31.

للبيع، أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتباً أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسومات أو صوراً رمزية أو سلم شيئاً من ذلك مغلفاً بشرائط موضوعاً في ظروف* مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى عامل توزيع أو نقل أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة".

باستقراء المواد السالفة السرد، من قانون العقوبات الجزائري، نجد أنه استعمل مصطلح الإجهاض دون إعطاء أي تعريف له، شأنه في ذلك شأن غيره من باقي التشريعات الجزائية الأخرى، تاركاً تلك المهمة للفقهاء.

ستتم دراسة هذا الفرع من خلال بندين:

البند الأول: تعريف جريمة الإجهاض وتمييزه عن باقي الأفعال المشابهة له.

البند الثاني: أركان جريمة الإجهاض.

البند الأول: تعريف جريمة الإجهاض وتمييزه عن باقي الأفعال المشابهة له.

سيقسم هذا المطلب بدوره إلى فرعين، يعالج الفرع الأول، تعريف جريمة الإجهاض والفرع الثاني، تمييز الإجهاض عن باقي الأفعال المشابهة له.

أولاً: تعريف جريمة الإجهاض

لقد تعددت تعريفات جريمة الإجهاض كالتالي: فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: "إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته باستعمال وسيلة صناعية"⁽¹⁾.

أو أنه: "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم ذلك بقصد إحداث هذه النتيجة"⁽²⁾. ويؤخذ على هذين التعريفين أن الإجهاض لا يتم دائماً وبالضرورة باستعمال وسيلة صناعية بل قد يتم، باستعمال أية وسيلة أخرى، كالضرب المفضي إلى إجهاض، أو إلى موت المرأة الحامل، وغيرها من وسائل الإيذاء البدني⁽³⁾، أو هو "إخراج الجنين عمداً باستعمال وسيلة ما، قبل الموعد الطبيعي لولادته"⁽⁴⁾، أو هو "إنهاء حالة الحمل عمداً باستعمال وسيلة ما، قبل الموعد الطبيعي للولادة، وفي غير الحالات التي يجيز فيها المشرع ذلك"⁽⁵⁾.

(* المقصود هو أظرفة وليس ظروف

(1) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سبق ذكره، ص132.

- محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1998، ص31.

(2) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1985، ص224.

(3) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص118.

(4) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص298.

(5) مصطفى عبد الفتاح أحمد لبن، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في سياسة الشرائع المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، ط1988، ص522.

كما عرف، أنه: "عبارة عن إخراج الحمل من الرحم، في غير موعده الطبيعي، عمدا وبلا ضرورة، وبأية وسيلة من الوسائل"⁽¹⁾.

كما يعرف، أنه "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، ويهدف إلى إخراج الحمل مبكرا من الرحم"⁽²⁾، وقد عرفته المحكمة العليا الجزائرية بأنه: "قتل الجنين في بطن أمه أو وضعه قبل الآجال القانونية لميلاده"⁽³⁾.

وعرفته محكمة النقض المصرية أنه: "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان"⁽⁴⁾ ومن التشريعات التي عرفت الإجهاض، القانون الألماني على أنه: "قتل الجنين في الرحم أو استخدام وسيلة تهدف إلى التفريغ الصناعي لمحتوى رحم المرأة قبل الموعد الطبيعي"⁽⁵⁾. وبعد استعراض التعاريف المختلفة للإجهاض يتبين أنه: "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان بإعدام الحمل داخل الرحم أو بإخراجه منه ولو حيا قبل الموعد الطبيعي المقرر لولائه، بأية وسيلة من الوسائل وبلا ضرورة.

وتجدر الإشارة إلى وجوب التفرقة بين تعريف الإجهاض بصفة عامة، وتعريف جريمة الإجهاض، فالإجهاض هو: "إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة"، أما جريمة الإجهاض فإنها تتمثل في "إنهاء حالة الحمل عمدا باستعمال وسيلة ما قبل الموعد الطبيعي للولادة وفي غير الحالات التي يجيز فيها المشرع ذلك".

علة تحريم فعل الإجهاض: يعد الإجهاض جريمة جنائية، سواء ارتكبتها المرأة في حق نفسها⁽⁶⁾ أو ارتكبتها غيرها عليها⁽⁷⁾، ويرى فلاسفة القانون الجنائي، أن جريمة الإجهاض بوجه عام، هو اعتداء على حياة جنين، يترتب عليه الإضرار بصحة المرأة، واعتداء على حياتها من جهة، والإضرار بقيم المجتمع الأخلاقية والرئيسية من جهة أخرى، وذلك لأن الإجهاض يقضي على مصدر الحياة الإنسانية، وينهي وجودها في المجتمع⁽⁸⁾، وباستقراء قانون العقوبات الجزائري، نجد أن المشرع لم يعاقب على

(1) حسن صادق المرفصاوي، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، المجلة الجنائية القوتة عدد نوفمبر، سنة 1958، ص 69.

(2) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 39.

(3) القرار رقم 252408 بتاريخ 2002/02/12، غرفة الجنح والمخالفات، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية.

(4) نقص رقم 302، جلسة 27 ديسمبر 1970، مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة 21، ص 1250.

(5) Michel Veron, droit pénal spécial, Paris, 1998, p245.

(6) المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري، مع ملاحظة أن المشرع الفرنسي قد ألغى المادة التي تجرم فعل إجهاض المرأة لنفسها.

- المادة 262 من قانون العقوبات المصري.

(7) المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري.

- المادة 3-11/223 من قانون العقوبات الفرنسي.

- المادة 260 و 261 و 263 من قانون العقوبات المصري.

- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 39.

(8) عبد الرحيم صدقي، إجهاض المرأة لنفسها - دراسة مقارنة- مكتبة النهضة المصرية، 1997، ص 112.

فعل الإجهاض فقط، وإنما يعاقب حتى على الشروع فيه⁽¹⁾، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، وذلك على عكس المشرع المصري، الذي لا يعاقب على الشروع في فعل الإجهاض⁽²⁾، ونظرا لخطورة هذه الجريمة على المرأة والمجتمع على السواء، فقد جرم المشرع الجزائري، فعل التحريض على الإجهاض ولو لم يؤدي إلى نتيجة⁽³⁾، كما جرم أيضا فعل الإرشاد إلى طرق إحداث الإجهاض أو تسهيله، إذا صدر ذلك عن أشخاص لهم علاقة بمهمة الطب أو الصيدلة، لكونهم العارفين بوسائل إحداثه بحكم مهنتهم⁽⁴⁾.

ثانيا: تمييز الإجهاض عن الأفعال المشابهة له

قبل دراسة الإجهاض كجريمة اجتماعية، يجب توضيح الحدود الفاصلة بينه وبين الأفعال المشابهة له، والتي قد تتداخل معه، كمنع الحمل والولادة قبل الأوان والقتل.

1: الإجهاض ومنع الحمل

يقصد بمنع الحمل، الحيلولة، بوسيلة ما، دون حصول الحمل عند المرأة ويقول الإمام أبي حامد الغزالي، وهو بصدد التفرقة بين منع الحمل والإجهاض: "وليس هذا (أي منع الحمل) كالإجهاض والوآد لأن ذلك -أي الاستجهاض والوآد- جناية على موجود حاصل، والوجود له مرتب، أول مرتب الوجود، أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية، فإن صارت علقة أو مضغة كانت أفحش، وإن نفخ فيه الروح وأستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجناية هي بعد الانفصال حيا"⁽⁵⁾.

بداية أن منع الحمل قبل حدوثه لا يكون إجهاضا، فالمفترض هنا عدم وجود حمل وأن وسائل منع الحمل تنحصر وظيفتها، في الحيلولة دون حدوث الحمل، وعليه فإن بدأ الحمل هو النقطة الفاصلة بين اعتبار الوسيلة التي أماننا، وسيلة إجهاض أو وسيلة لمنع الحمل، أما الإجهاض فهو إنهاء الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة، وفي الإجهاض يفترض وجود حمل، ثم إنهاء نموه وتطوره، فإذا لم يوجد حمل فلا مجال للقول بحدوث إجهاض، وبما أن الإجهاض ومنع الحمل يتداخلان عند نقطة هامة، وهي بداية الحمل، ويوجد اتجاهات في تحديد مدى بدأ الحمل⁽⁶⁾.

الاتجاه الأول: ويرى أنصاره، بأن الحمل يبدأ من لحظة اللقاح أي التقاء البويضة بالحيوان المنوي، فمنذ هذه اللحظة يصبح للبويضة الملقحة حرمة، وأي اعتداء عليها، يعتبر إسقاطا للحمل.

(1) المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

- غ ج- 1990/5/15 القرار رقم 450 غير منشور -يتحقق الشروع في الإجهاض متى ثبت أن الضحية رفضت من تلقاء نفسها شرب المادة المسقطة المقدم له من طرف المتهم - المادة 11/223-3 من قانون العقوبات الفرنسي.

(2) المادة 264 من قانون العقوبات المصري.

(3) المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري.

(5) أبي حامد محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الرابع، دار النشر، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 25.

(6) منال مروان منجد، الإجهاض في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 29.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في جدار الرحم، أما الفترة ما بين التلقيح والزراعة فلا يكون هناك حمل. وعليه، فالرأي الأول يرى أن الحمل يبدأ بمجرد التلقيح أما الرأي الثاني فيرى أن الحمل يبدأ بعد عملية زراعة البويضة الملقحة بجدار الرحم.

وكما هو معلوم فإن وسائل منع الحمل مهمتها إما منع التقاء السائل المنوي بالبويضة، أو بإعاقه خروج البويضة من المبيض أو عن طريق وقف السائل المنوي حتى لا يصل إلى البويضة، وعليه فلا مجال لبويضة ملقحة في وسائل منع الحمل، سواء من خلال الرأي الأول أو الرأي الثاني، وأغلب التشريعات تبيح استعمال وسائل منع الحمل.

2: الإجهاض والولادة قبل الأوان

هي خروج الجنين قبل بلوغ أعضائه تطورها الكامل، أي قبل انقضاء الفترة الضرورية لهذا البلوغ في رحم أمه تسعة أشهر، وتحدث الولادة قبل الأوان عادة ما بين الأسبوع 28 و35 من الحمل، لأن ولادة الجنين قبل بلوغه الشهر السابع تعد إجهاضا وليس ولادة قبل الأوان، ويعتبر المولود قبل الأوان، قابل للحياة، في نظر المنظمة العالمية للصحة إذا أكمل مدة 22 أسبوع في بطن أمه شريطة ألا يقل وزنه عن 500 غرام⁽¹⁾، بينما تكون فرص بقائه حيا في حالة الإجهاض منعدمة.

3: الإجهاض وجريمة القتل:

لا خلاف أن الحمل قبل ولادته يعتبر جنينا، وبعد حدوث عملية الولادة يعتبر وليدا (إنسانا)، فتطبق على الحالة الأولى القواعد القانونية الخاصة بحماية الجنين، وعلى الحالة الثانية القواعد القانونية الخاصة بحماية الإنسان الحي، فالمشرع الجزائري يحمي الجنين من خلال تجريم فعل الإجهاض، الذي يستهدف إخراجة قبل الموعد الطبيعي لولادته، في حين يستهدف القتل إزهاق روح إنسان حي، وتبعا لذلك تختلف الحماية التي يوفرها المشرع الجزائري لكل من الجنين والإنسان⁽²⁾، فحماية الجنين تقتصر فقط على حقه في الحياة، بينما الحماية المقررة للإنسان فهي أشد، سواء أكان القتل عمديا أو غير عمدي، بينما في الإجهاض لا يعاقب إلا على الفعل العمدي⁽³⁾، كما أنه في حالة الموازنة بين الحماية المقررة للجنين والحماية المقررة للإنسان، عند تنازعهما، فترجح الحماية المقررة للإنسان كما هو الحال في الإجهاض من أجل إنقاذ حياة الأم.

(1) www.who/media/centre/factsheets/Fs363/fr
oms les naissances prématurées aide memoir N°363 novembre 2015.

(2) منال مروان منجد، مرجع سابق، ص30.

(3) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006، ص56.

وتجدر الملاحظة بأن المشرع الجزائري قد جرم فعل الإجهاض، دون تحديد لمدة الحمل، مما يجعل التجريم يطال الفعل حتى وإن وقع في الساعات الأولى من الحمل، كما توسع أيضا في تجريم الأفعال التي يمكن أن تكون لها علاقة بفعل الإجهاض، كالتحريض عليه وتسهيل القيام به، والإرشاد إلى طرق إحداثه، بالأخص بالنسبة للأشخاص الذين لهم علاقة بمهنة الطب والصيدلة والتوليد، كالأطباء، والقابلات، والصيادلة، وفي حالة امتحان هذا الفعل المجرم تشدد العقوبة مع إمكانية منع الجاني من الإقامة.

البند الثاني: أركان جريمة الإجهاض

إن جريمة الإجهاض هي عبارة على إنهاء حالة الحمل عمدا قبل أوانه، دون مبرر قانوني، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم، أو بإخراجه منه ولو حيا قبل الموعد الطبيعي للولادة⁽¹⁾، لذا فهذه الجريمة تقوم على الركنين التاليين، أن تكون المرأة حاملا أو مفترض حملها، أن يقع الاعتداء على الجنين بقصد إسقاطه، وتضيف التشريعات التي لا تعاقب على الشروع ركنا ثالثا وهو خروج الجنين قبل الأوان.

الركن الأول: وجود حمل واقعي أو مفترض

إن قيام جريمة الإجهاض يفترض وجود حمل، حتى يمكن طرده وإخراجه بفعل الإجهاض، وهذا يعني وجوب وقوع الفعل على امرأة حامل، وعليه يجب أن يكون الجنين حيا وقت ارتكاب فعل الإجهاض، فإذا كان ميتا في هذا الوقت انعدم الجرم⁽²⁾.

الركن الثاني: الفعل المادي للإجهاض مع توفر القصد الجنائي

يقصد بفعل الإجهاض ذلك النشاط المادي الإرادي الخارجي، الذي يصدر من الجاني ويكون من شأنه، إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، سواء بموت الجنين أو خروجه من الرحم، و لو حيا قبل الموعد الطبيعي للولادة⁽³⁾.

أو هو سلوك من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الحمل K أو طرده من بطن أمه قبل أوان الولادة الطبيعية، سواء خرج حيا أو ميتا، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 304 من قانون العقوبات، على بعض صور السلوك على سبيل المثال لا الحصر فقال: إن الإجهاض يكون بإعطاء مأكولات أو

(1) أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص34 و106.

- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص21.

(2) عمر السعيد رمضان، مرجع سبق ذكره، ص301-302.

-Garçon, le code pénal annoté, 2^{ème} edit, 1956, Art 317, N°20.

(3) هلالي عبد الإله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة، بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، ص170.

مشروبات أو أدوية أو باستخدام العنف⁽¹⁾ وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري، قد فرق بين الحالة التي تقع فيها جريمة الإجهاض باستعمال العنف، كضرب الحامل على بطنها، أو دفعها بقوة على الأرض، أو إرغامها على القيام بمجهود عنيف بقصد الإجهاض، أو إجراء تدليك من شأنه أن يؤدي إلى نفس النتيجة، وصنف الجريمة في هذه الحالة كجناية، يعاقب عليها بالأشغال الشاقة المؤقتة، وفقا لنص المادة 260 عقوبات مصري، والحالة التي تقع فيها جريمة بوسائل أخرى غير العنف، كإعطاء الحامل مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو غيرها، واعتبرها جنحة يعاقب عليها بالحبس وفقا لنص المادة 261 عقوبات مصري⁽²⁾، بينما تستوي في نظر قانون العقوبات الجزائري، الوسائل التي يستعملها الجاني في ارتكاب فعل الإجهاض وفقا لنص المادة 304 من قانون العقوبات، وتبقى العقوبات نفسها الحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000. أما إذا أفضى فعل الإجهاض إلى الموت، تتحول الجريمة إلى جناية لتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، ويجوز الحكم على الجاني علاوة ذلك بالمنع من الإقامة.

ولا يؤثر رضی المجني عليها الحامل بالإجهاض في ظل قانون العقوبات على قيام الجريمة، ذلك لأن للنفس البشرية حرمة لا تستباح برضى المجني عليها، ومن ثم فذهابها برضاها الى محل الشخص ليجري لها عملية الإجهاض، ووفاتها جراء تلك العملية، لا ينفي خطأ الجاني وقيام مسؤوليته الجنائية، بسبب فعله المجرم ذاك.

الركن الثالث: خروج الجنين من الرحم قبل الأوان

تجدر الإشارة قبل مناقشة هذا الركن إلى أن التشريع الجزائري لا يشترط اكتمال الأركان الثلاثة لقيام جريمة الإجهاض، حيث توسع المشرع الجزائري واعتبر مجرد الشروع في تنفيذ جريمة الإجهاض، مع توفر القصد الجنائي جريمة يعاقب عليها القانون، حيث يعتبر شارعا في ارتكاب جريمة الإجهاض، الطبيب الذي يتفق مع سيدة على إجهاضها، ويحدد مقابل الأتعاب الذي يريده نظير هذه العملية، ثم يحضر إلى منزلها ومعه حقيبتها التي تحتوي على الأدوات اللازمة لإجراء عملية الإجهاض، ثم يضبط قبل إجراء العملية مباشرة⁽³⁾. ولو لم يكن هناك حمل فعلي، أي ولو كانت المرأة مفترضة حملها⁽⁴⁾، وعلى ذلك استقر القضاء الفرنسي⁽⁵⁾. أما بالنسبة للقوانين التي لا تجرم ولا تعاقب على الشروع في فعل الإجهاض كالتشريع المصري كما سبقت الإشارة، يعتبر الإجهاض جريمة مادية لا تقوم

(1) إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 130.

- المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

(2) إسحق إبراهيم منصور، نفس المرجع سابق، ص 130.

(3) عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، ط1، الكويت 1975، ص 156.

(4) المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

(5) Crim, 8-7, 1943 D.C 1944. 5 note 2 B.Perreau.

إلا بتحقيق النتيجة التي يجرمها القانون، والتي من أجلها شرع العقاب، وفي جريمة الإجهاض هذه تتمثل النتيجة الإجرامية في إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم أو بإخراجه منه وطرده ولو حيا، قبل موعد ولادته الطبيعية، وعليه فإن النتيجة الإجرامية للإجهاض قد تتخذ إحدى الصور الثلاث التالية:

1- انفصال الجنين عن رحم الأم وخروجه منه ميتا قبل الموعد الطبيعي لولادته، وذلك نتيجة فعل الاعتداء الواقع عليه من طرف الجاني، وهي الصورة الغالبة للجريمة حيث يتم القضاء على الجنين قبل ولادته.

2- وهي الحالة التي يتم فيها موت الجنين في الرحم دون خروجه منه، ويتحقق ذلك عندما يتم تدمير الموطن الطبيعي للجنين مما يؤدي غالبا إلى وفاة الأم⁽¹⁾.

3- وهي الحالة التي يتم فيها خروج الجنين من الرحم ولو نزل حيا لكن نزوله غير طبيعي أي قبل ميعاد الولادة الطبيعية، بسبب الوسيلة المستعملة التي بواسطتها تحقق الاعتداء. وفي حالة الاعتداء على الجنين، وإخراجه قبل الأوان باستعمال مادة أثرت عليه، يفرق الفقه المصري بين حالتين :

الحالة الأولى: وهي الحالة التي إذا استعملت فيها وسائل لإخراج الجنين قبل الأوان وكلنها لم تؤد إلى إخراجه، وإنما ترتب على ذلك وفاة الحامل ما بقاء الحمل في رحمها، لم تكن بصدد جريمة إسقاط (إجهاض) وإنما بصدد جريمة ضرب أو جرح أو إعطاء مواد ضارة أفضت إلى الموت⁽²⁾. أما القضاء المصري فقد اعتبر أن هذه جريمة إجهاض ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها⁽³⁾.

الحالة الثانية: إذا خرج الجنين وماتت الأم، ففي هذه الحالة تكون قد تحققت جريمة الإجهاض والضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة التي أفضت إلى الموت، ويحكم بعقوبة الجريمة الأشد، ويشترط في ذلك أن يكون السلوك هو الذي أدى إلى النتيجة الإجرامية، فإذا انتفت العلاقة السببية، فلا يسأل الفاعل عن جريمة تامة وإنما يقتصر على الشروع والقانون المصري لا يعاقب على الشرع في هذه الجريمة⁽⁴⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سبق ذكره، ص40.

(2) عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص119.

- المادة 264 من قانون العقوبات المصري.

(3) نقض رقم 302، جلسة 27 ديسمبر 1970، مجموعة أحكام النقض، السنة 21، 1250.

(4) رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ط1984، ص165.

ولقد ثار خلاف فقهي آخر بشأن اللحظة التي ينفصل فيها الجنين بعضه أو جزءاً منه عن أمه ولا يكون قد استقل بدوره دموية أو بدأ في التنفس، هل نكون بصدد جريمة إجهاض أم بصدد جريمة قتل؟ ولقد انقسم الفقه القانوني حول هذا الأمر إلى رأيين:

الرأي الأول: للفقه الأمريكي: الذي يرى بأن في هذه الحالة تكون بصدد جريمة إجهاض وليس جريمة قتل لأن الاعتداء وقع على الأم وليس على الجنين، لأنه يجب أن يكون الوليد قد استقل تماماً عن أمه لنكون بصدد جريمة قتل.

الرأي الثاني: للفقه الإيطالي: الذي انقسم بدوره إلى قسمين:

القسم الأول يرى بأننا بصدد جريمة قتل.

ويرى القسم الثاني بأن الأمر يتعلق بجريمة إجهاض.

أما بالنسبة للفقه المصري، فمن الفقهاء من يرى أن العبرة باللحظة التي يصبح فيها الجنين منفصلاً عن أمه، ومنهم من يرى أن الجنين الذي يتلقى مباشرة الأمر الخارجي، فيتأثر به دون أمه، منذ اللحظة التي يطل فيها على العالم الخارجي، ولو لم تكون ولادته قد اكتملت بعد، فإذا تحقق النادر من الأمور، فكانت الأم أثناء ولادة الجنين تتأثر معه، مما يقع عليه من إيذاء مصدره العالم الخارجي، فالجريمة تكون قتل بالنسبة للجنين، وإيذاء بالنسبة للأم⁽¹⁾ وطبقاً لنص المادة 264 من قانون العقوبات المصري، لا يعاقب المشرع على الشروع في جريمة الإجهاض، ويعتبر الإجهاض من الجرائم العمدية، وعليه إذا أتى شخص فعلاً على امرأة يجهل أنها حامل، وترتب على ذلك إجهاضها، انتفى القصد الجنائي ويسأل عن جريمة الجرح، وتطبقاً لذلك، ينقضي القصد الجنائي لدى من يضرب زوجته وهو يعلم بحملها ولكن كان يقصد إيلاها وليس إجهاضها⁽²⁾. وإذا توافر القصد الجنائي بالعلم والإرادة فلا عبرة بالبائع على الإجهاض⁽³⁾، وإذا لم يتوقع المتهم الإجهاض ولم يردده، ولكنه في استطاعته، ومن واجبه التوقع، كأن يعلم بأن المرأة حامل، ولكنه لا يبتغي بتصرفه هذا إجهاض حملها، ومع ذلك ينتهي الأمر إلى إجهاضها، إذ لا تقوم المسؤولية العمدية عن نتيجة لم يتوقعها ولم تتجه إرادته إليها، إلا إذا وجد نص استثنائي يقرر ذلك، والملاحظ أنه لا وجود لمثل هذا النص في جرائم الإجهاض⁽⁴⁾.

(1) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات القسم الخاص، دار المعارف الإسكندرية، ط7، 1996، ص24 وما بعدها. - جلال ثروت، نظم القانون الخاص، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1971، ص44.

- حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص16 وما بعدها.

(2) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص139.

(3) نقض رقم 252، جلسة 8 ديسمبر 1958، مجموعة أحكام النقض س 9 ت، ص 1044.

(4) محمد مصطفى القلي، المسؤولية الجنائية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1994، ص31.

ويسري على الإجهاض نص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري، التي تعالج حالة الضرورة، التي تنتفي معها المسؤولية، وتتوافر حالة إذا كان الحمل يهدد حياة المرأة الحامل، أو صحتها بخطر جسيم، بحيث يكون الإجهاض، هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر، وفي هذه الحالة تنتفي مسؤولية من يرتكب فعل الإجهاض، إذا توافرت كافة شروط حالة الضرورة.

الفرع الثاني: الإجهاض في الشريعة الإسلامية

حرمت الشريعة الإسلامية التعدي على النفس البشرية بصفة عامة، ونفس المسلم بصفة خاصة، وحرصت على رعايتها منذ بدأ تخلقها، وعاقبت على قتل النفس في قوله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَقَ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ "(1). وقوله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطَاً كَبِيراً "(2).

وقوله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا "(3).

وستتم دراسة هذا الموضوع من خلال من خلال البندين التاليين :

البند الأول: مفهوم الإجهاض في الشريعة الإسلامية

البند الثاني: حكم الإجهاض وعقوبته في الشريعة الإسلامية

البند الأول: مفهوم الإجهاض في الشريعة الإسلامية

قبل التعرض لمفهوم الاجهاض في الشريعة الاسلامية، لا بد من التعرض لمفهوم الجنين الذي الذي يقع عليه الاجهاض:

الجنين في اللغة هو الولد مادام في بطن أمه، لاستتاره فيه، وهو مشتق من فعل جنّ أي ستر. يقال جنّ الشيء يجنه إذا ستره، وسمي الجنين به لاستتاره في بطن أمه، وجمع جنين أجنة(4). يقول الله عز وجل: "وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ" (5) ويقول: " فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ... " (6) ويقال أجهضت الحامل، أي ألفت ولدها لغير تمام، فهي مجهضة ومجهض، والجمع مجاهيض... (7).

(1) سورة الأنعام، الآية 151.

(2) سورة الإسراء، الآية 31.

(3) سورة النساء، الآية 29.

(4) الشيرازي، القاموس المحيط، ج4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر، ط2، 1952، ص212.
-ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج13، مرجع سبق ذكره، ص93.

(5) سورة النجم، الآية 32.

(6) سورة الأنعام، الآية 76.

(7) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط2004، ج4، ص144 .
-محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج18، مطبعة حكومة الكويت، د ت ن، ص279.

-ابن منظور، ج7، ص131.

والاجهاض كما قال الحنفية، هو ضرب المرأة بطنها، بشرب الدواء، او بحمل شئ ثقيل عمدا،قاصدة اسقاط الجنين.

وقال المالكية: بأن تشرب ما تسقط به الجنين.

وقال الحنابلة: هو شرب دواء يقع به سقوط الجنين.

وقال الشافعية: دية ذلك الجنين الحر المسلم غرة⁽¹⁾ إذا انفصل ميتا بجناية، عن أمه الحية⁽²⁾، فما

هو الجنين فقها، وما الفعل الذي يعتبر محلا لجريمة الإجهاض في نظر الفقه الإسلامي؟

أولا: رأي الفقهاء فيما يعد جنينا

لقد اختلف الفقهاء فيما يعتبر جنينا تقوم المسؤولية عن إسقاطه إلى عدة آراء.

1- يرى مالك أن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو

كان دما فهو جنين. بينما يرى بعض فقهاء المالكية أن لا مسؤولية عن طرح الدم وأن

المسؤولية تقوم عن طرح العلقه والمضغة.

2- يرى أبو حنيفة والشافعي أن مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه⁽³⁾.

3- يرى الحنابلة مسؤولية الجاني إذا أسقطت المرأة ما فيه صورة آدمي، فإذا أسقطت ما ليس

فيه صورة آدمي فلا مسؤولية، حيث لا دليل على أنه جنين، وإذا أُلقت مضغة فيها صورة

آدمي كان الجاني مسؤولا جنائيا⁽⁴⁾ والراجح أن الفقهاء اتفقوا، من حيث الطبيعة والحكم،

على التفريق بين مرحلتين، مرحلة ما قبل نفخ الروح ومرحلة ما بعد نفخ الروح.

فهم يعتبرون الجنين في مرحلة ما قبل نفخ الروح -في الراجح من أقوالهم- كأنه تهيأ للحياة

بوجه ما وأخذ في مبادئ التخلق، ولذا ينبغي احترامه شرعا، ومن ثم يعد الإجهاض إتلافا لشئ نافع

يخضع للقاعدة العامة في إتلاف الأشياء النافعة، ثم رتبوا على هذه الفكرة ضرورة حماية الجنين خلال

تلك المرحلة وجعلوا تلك الحماية متناسبة تناسبا طرديا مع عمر الجنين، وبالتالي يشدد عظم الجناية عليه

كلما تقدم به العمر، لذا لم يعط فقهاء الشريعة لمرحلة ما قبل نفخ الروح ذات القيمة التي يعطونها لمرحلة

ما بعد نفخ الروح، ولذلك إذا تعارضت حياة الجنين في مرحلة ما قبل نفخ الروح، مع حياة أمه فإنه

(1) قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالغرة- عبدا أو أمة، فشهد محمد بن مسلمة أنه شهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بد".

- صحيح البخاري، ج4، مطبعة سبيح ، 1346، ص193.

- صحيح مسلم، ج5، دار التحرير بالقاهرة، 1383، ص111 و112.

الشوكاني، نيل الأوطار، ج7، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ص77-78.

(2) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص388.

(3) كمال جودة أبو المعاطي مصطفى، عقوبة الجناية على النفس في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة، 1987، ص182.

(4) ابن قدامي، المغني، ج9، مكتبة القاهرة، 1970، ص579.

يجوز إجهاضه، وذلك لضالة قيمة حياته بالنسبة لقيمة حياة أمه، لأن الأم تأتي تفضلا نظرا لدور الأم في الأسرة وفي المجتمع، وبالنسبة للجنين ذاته، فهي أصل له. أما الإجهاض في مرحلة ما بعد نفخ الروح، تعتبر جنائية في الفقه الإسلامي(1).

ويعبر الفقهاء عن جريمة الإجهاض بالجنائية لأن الجنين يعتبر نفسا ولهذا يجب أن يكون هناك محل لهذه الجنائية، وهو إجهاض الحامل والإعتداء على حياة الجنين وكل ما يؤدي إلى انفصال الجنين عن أمه(2).

ثانيا: محل جريمة الإجهاض في الفقه الإسلامي

محل الجريمة هو فعل من شأنه أن يؤدي إلى انفصال الجنين، وإنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة، وهذا الفعل إما مادي وإما معنوي أو سلبي.

الفعل المادي: هو الضرب أو إعطاء الحامل دواء أو مادة تسبب الإجهاض.

الفعل المعنوي: كتهديد الحامل وتخويفها

الفعل السلبي: كمن يقوم بتجويع الحامل حتى يتم ضعفها وإسقاط حملها(3)، فإذا نتج عن الفعل انفصال الجنين كان ذلك إجهاضا، ولذلك فقد اشترط الفقهاء، أن يؤدي الفعل إلى انفصال الجنين عن أمه قبل مواعده الطبيعي.

ولهذا يرى أبو حنيفة والشافعي: مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه حتى ولو كانت مضغة.

ويرى مالك: مسؤولية الجاني، سواء كان تام الخلقة أو مضغة أو علقة أو دما، كما سبق بيانه(4)، وفي جميع الأحوال لا بد أن يكون الاعتداء، هو الذي أدى إلى النتيجة، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل والنتيجة.

البند الثاني: حكم الإجهاض وعقوبته في الشريعة الإسلامية

يعالج هذا البند حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية أولا والعقوبة المخصصة له في ثانيا.

أولا: حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقه حول مدى مشروعية الإجهاض، وفرق الفقهاء في هذا المجال بين مرحلتين، المرحلة الأولى، هي مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين، غير أنهم اتفقوا جميعهم على حكم واحد فيما يتعلق بالإجهاض بعد نفخ الروح فيه.

(1) محمد عبد الشافي إسماعيل، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، دار المنار القاهرة، 1992، ص164.

(2) عبد القادر عودة، مرجع سبق ذكره، ص292.

(3) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص294.

(4) منال مروان منجد، مرجع سابق، ص336.

1- حكم الإجهاض بعد نفخ: يكون نفخ الروح في الجنين بعد مئة وعشرين يوم من بداية الحمل، كما ثبت في الحديث الصحيح الذي رواه ابن مسعود مرفوعا، قال رسول الله ﷺ: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح"(1) ولا يعلم خلاف بين الفقهاء حول تجريم الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين(2) مالم يكن في بقائه خطر على حياة أمه.

2- الإجهاض قبل نفخ الروح:

بعكس حالة الإجهاض بعد نفخ الروح التي لا يختلف الفقهاء حول تجريمه، فإن الإجهاض قبل نفخ الروح للفقهاء فيه اتجاهات مختلفة وأقوال متعددة، حتى فيما بين فقهاء المذهب الواحد.

القول الأول: ذهب بعض فقهاء الحنفية، إلى القول، بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح مطلقا(3). وذهبوا أيضا إلى أنه يباح الإجهاض بعد الحمل مالم يتخلق شيء منه، والمراد بالتخلق في لغتهم تلك هو نفخ الروح، وهو قول أبي إسحاق المروزي من الشافعية قبل الأربعين(4) والإباحة قول عند الحنابلة في أول مراحل الحمل أيضا(5).

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز الإجهاض في مرحلتي النطفة و العلقة، وهو قول الفرابي من الشافعية(6).

القول الثالث: ذهب أصحاب هذا القول

إلى جواز الإجهاض خلال الأربعين يوم الأولى من الحمل فقط، وهو قول بعض الحنفية كابن عابدين(7)، وبعض المالكية كاللخمي(8)، وبعض الشافعية(9)، وأكثر الحنابلة(10).

-
- (1) صحيح مسلم، ج4، مرجع سابق، ص2036، الحديث رقم 2643.
- صحيح البخاري، ج4، مرجع سابق، ص111، الحديث رقم 3208.
- (2) ابن جزي، قوانين الأحكام الفقهية مكتبة أسامة بن زيد، بيروت، ص141.
- الدسوقي الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، ج2، دار الفكر بيروت، ص267.
- حاشية القليوبي على شرح المحلى، ج4، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، 1949، ص375.
- (3) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج3، مرجع سبق ذكره، ص176.
- الكمال بن الهمام الحنفي السيوسي، فتح القدير، ج3، مرجع سبق ذكره، ص401.
- (4) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج9، دار إحياء التراث العربية، بيروت، د.ت.ن، ص41.
- (5) ابن المفلح، الفروع، ج1، دار الكتب العلمية بيروت، 1418هـ، ص244.
- (6) محمد بن أحمد الرملي (الشافعي الصغير)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، دار الفكر بيروت، 1404-1985، ص443.
- (7) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1272هـ، ص192..
- (8) محمد أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، ج1، دار المعرفة القاهرة، ص399.
- شمس الدين ابو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج3، دار الفكر، ط3، 1412-1992، ص477.
- (9) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، ج12، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419-1999، ص387.
- النووي، روضة الطالبين، ج9، المكتب الاسلامي، بيروت، ط3، 1412-1991.
- (10) عبد الكريم زيدان، ج3، مرجع سبق ذكره، ص123 .

القول الرابع: ذهب أصحاب هذا القول إلى كراهة الإجهاض قبل نفخ الروح وهو قول بعض الحنفية⁽¹⁾ وبعض المالكية⁽²⁾ وبعض الشافعية⁽³⁾.

القول الخامس: ذهب أصحاب هذا القول إلى حرمة الإجهاض قبل نفخ الروح لغير عذر وجوازه عند وجود العذر، ومنهم بعض الحنفية، وبعض المالكية ودليلهم أن الجنين في هذه المرحلة وإن لم يكن نفس حية، فإن مآله الحياة فيحرم الاعتداء عليه لغير عذر⁽⁴⁾.

القول السادس: ذهب إلى تحريم الإجهاض مطلقا من بداية تلقيح البويضة في الرحم وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية⁽⁵⁾ وجمهور الشافعية ومنهم الإمام أبو حامد الغزالي⁽⁶⁾ وابن تيمية من الحنابلة⁽⁷⁾.

ثانيا: عقوبة الإجهاض في الفقه الإسلامي

تختلف عقوبة الإجهاض في الفقه الإسلام باختلاف النتائج التي يسفر عنها النشاط المجرم.

- حالة خروج الجنين من بطن أمه ميتا: فقد- أجمع الفقهاء على أن الجاني، يعاقب في هذه الحالة بدفع الدية⁽⁸⁾، ودية الجنين غرة⁽⁹⁾ عبد أو أمة⁽¹⁰⁾، وتجب الغرة في حالتي العمد والخطأ معا⁽¹¹⁾.

- (1) حاشية ابن عبد العزيز الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج3، ص192، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1272هـ.
- (2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، ص267.
- (3) ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج8، ص443.
- (4) حاشية ابن عبد العزيز الشهير بابن عابدين، ج3، مرجع سابق، ص193.
- (5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص266 و267.
- (6) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2، دار الشعب، القاهرة، ص51.
- (7) الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج4، دار الغد العربي الطبعة 2، 1979، ص159.
- (8) سعد الدين الهلاني، إجهاض جنين الاغتصاب، في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، العدد 413 السنة 37 محرم 1421، أبريل- مايو 2000، ص23.
- عبد العزيز محمد محسن، مرجع سابق، ص62 وبعدها.
- (9) الغرة لغة بالضم: بياض في الجبهة، وفي الصحاح: بياض في جبهة الفرس، فرس أقر وغراء، والغرة عند العرب أنف شئ يملك وأفضله. أنظر: ابن منظور، ج5، مرجع سابق، ص14 ص19.
- أما الغرة اصطلاحا فهي اسم لعبد أو ليدة. أنظر: أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج7، مطبعة السعادة، مصر، ط1332، ص80.
- وسمي كذلك لأنهما من أنفس الأموال والأصل في الغرة الخيار. أنظر: ابن قدامي، ج8، مرجع سابق، ص404.
- وقال الكساني أن الغرة في عرف الشرع اسما لعبد أو أمة يعدل خمسمائة أو بخمسمائة. أنظر: الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مرجع سابق، ص325.
- (10) صحيح البخاري، ج9، كتاب الديات باب جنين المرأة، ص11، حديث رقم 6904..
- صحيح مسلم، ج3، مرجع سابق، ص1309، حديث رقم 1681.
- حاشية الدسوقي والشرح الكبير للرددير، ج4، مرجع سبق ذكره، ص268.
- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج9، مرجع سابق، ص370.
- المغني لابن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص404.
- (11) الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مرجع سابق، ص326.
- حاشية الدسوقي والشرح الكبير للرددير، ج4، نفس المرجع السابق، ص268.
- الأم للشافعي، ج7، نفس المرجع السابق، ص113.
- المغني لابن قدامة، ج8، نفس المرجع السابق، ص404.

-حالة خروج الجنين من أمه حيا ثم يموت بسبب الجناية: في هذه الحالة يوجب بعض المالكية القصاص والبعض الآخر منهم يوجب الدية، فأصحاب هذا الرأي يوجبون القصاص في الحالة التي يكون فيها الفعل مؤديا إلى النتيجة كالضرب على البطن والظهر مثلا، ويوجبون الدية إذا لم يكن الفعل مؤديا لنتيجة غالبا كالضرب على اليد والرجل⁽¹⁾. ويرى فقهاء الأحناف أن الجنين يستوجب دية وكفارة⁽²⁾ ويتفق فقهاء الشافعية مع فقهاء المالكية، القائلين بوجوب الدية كاملة⁽³⁾ أما فقهاء الحنابلة فيوجبون الدية إذا كان سقوط الجنين لستة أشهر فصاعدا⁽⁴⁾.

-حالة ما إذا ترتب على فعل الإجهاض إيذاء الأم: سواء تمثل الإيذاء في جرحها أو بتر أحد أعضائها أو وفاتها، فالجاني في هذه الحالة يعاقب بالعقوبة المقررة للفعل، إضافة للعقوبة المقررة على فعل الإجهاض، فيعاقب بدفع دية المرأة ثم بدفع غرة كدية للجنين⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: حالات الإجهاض وموقف المشرع فيها

وفقا لمبدأ الشرعية الجزائية، الوارد بالمادة الأولى من قانون العقوبات: "لا جريمة ولا عقوبة أوتدبير أمن بغير قانون". تعتبر الأفعال جميعها مباحة ما لم يُخضع المشرع فعلا منها لنص تجريمي ينهى عن إتيانه، ويقرر عقوبة لمن يأتيه، بهدف حماية مصلحة جديرة بالحماية، ولقد جرم المشرع فعل الإجهاض، لحماية حياة الأم والجنين والحفاظ على الجنس البشري.

وقد ترد على القاعدة بعض الاستثناءات، حيث يقترب الشخص أفعالا تبدوا من حيث الظاهر جريمة ولكنها مع ذلك لاتعد كذلك، لأن الفعل المجرم قد ارتكب في ظروف لا يصح معها تطبيق نص التجريم، كأن يكون ذلك في إحدى حالات الضرورة، أو لأسباب علاجية⁽⁶⁾، و هي الحالات القانونية للإجهاض، وستتم إضافة إليها حالات إجهاض أخرى ليست واردة في القانون، و ذلك في البندين التاليين:

البند الأول: حالات الإجهاض القانوني

البند الثاني: حالات الإجهاض الأخرى

- (1) كمال جودة أبو المعاطي، عقوبة الجناية على النفس في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، ط1987، ص177.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، ص268 وما بعدها.
- (2) الكساني، ج7، نفس المرجع سابق، ص326.
- (3) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين / ج9، مرجع سابق، ص370.
- الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، دار الفكر بيروت، ص513.
- ابن شهاب الدين الرملي، ج8، مرجع سابق، ص443.
- المأوري، الحاوي الكبير، ج12، مرجع سابق، ص388.
- (4) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الكلام، ج10، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1375-1956، ص69.
- (5) عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص70 وما بعدها.
- (6) أعرم يحيوي، مرجع سابق، ص223.

البند الأول: حالات الإجهاض القانوني:

وهي حالات يتم فيها فعل الإجهاض في إطار نصوص القانون، وبالتالي لا يكون الفعل مجرماً ولا يعاقب القانون القائم به، إما لأسباب علاجية وإما بسبب حالة الضرورة، وفقاً لمفهوم القاعدة الفقهية (الضرورات تبيح المحضورات).

أولاً: الإجهاض العلاجي

نصت المادة 308 من قانون العقوبات على أنه: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية". كما نصت المادة 1/72 من القانون المتعلق بحماية وترقية الصحة على أنه "يعتبر الإجهاض لغرض علاجي إجراءً ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بشكل خطير"⁽¹⁾، وعليه فالإجهاض العلاجي هدفه إما إنقاذ حياة الأم من الخطر أو الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي.

1- الإجهاض لإنقاذ حياة الأم من الخطر

قد يصاحب الظروف الصحية للحامل متاعب لا تقوى على تحملها، ويستحيل علاجها منها بغير إنهاء حملها...، أو أن يكون في استمرار الحمل، ما يهدد حياتها أو صحتها بأضرار بليغة، مما يستلزم إنهاء حملها لإنقاذ حياتها، كأن تكون الحامل صغيرة السن، ويثبت طبياً أنها لا تقوى على مواصلة الحمل لصغر سنّها، ولن تتحمل مشقة الولادة، أو لأنها مصابة بمرض خطير، وأن استمرار الحمل يؤدي إلى الإضرار بحياتها أو بسلامة جسدها⁽²⁾.

وعليه فنص المادة 1/72 من القانون المتعلق بحماية وترقية الصحة، يعتبر الإجهاض لغرض علاجي، إجراءً ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بشكل خطير⁽³⁾، ولقد حرصت بعض التشريعات الحديثة على النص صراحة على إباحة عملية الإجهاض العلاجي إذا ثبت طبياً، أن استمرار الحمل ينطوي على تهديد لحياة الحامل⁽⁴⁾، وذلك ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 308 من قانون العقوبات السالفة الذكر، شريطة أن يتم هذا الإجهاض على يد طبيب أو جراح، وألا يجرى في الخفاء، كما يجب على الطبيب إبلاغ السلطات الإدارية مسبقاً.

(1) نفس المرجع السابق.

(2) محمود نجيب حسين، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 506.
- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986، ص 231.

(3) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 48.

(4) Jean Larguier, Droit pénal, Paris, 1992, p15.

أما المشرع الفرنسي، فقد عالج مسألة الإجهاض في القانون رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات الجسم البشري، المساعدة الطبية، الإنجاب والتشخيص المبكر لما قبل الولادة والذي نصت مادته 13 على ما ترجمته "... وإذا أخذت عملية الإجهاض، لأسباب طبية بعين الاعتبار، يجب أن يتم قبولها من طرف طبيبين، أحدهما يجب أن يكون ممارسا، في مركز تشخيص مبكر لما قبل الولادة ومتعدد الاختصاصات"⁽¹⁾.

إن الإطار التنظيمي المتعلق بالإجهاض، في فرنسا، قد تم تعديله سنة 1999، تعديل تم بموجبه، إنشاء المراكز المتعددة الاختصاصات، وعددها 49 مركزا، موزعة عبر أنحاء التراب الفرنسي، كما تم تعديله بموجب قانون 4 جويلية 2001 الذي يحدد نوعين من الإجهاض الطبي.

النوع الأول: الإجهاض الطبي لأسباب جنينية والذي لا يمكن أن يجرى، إلا بناء على طلب المرأة الحامل، وبعد رأي المركز المتعدد الاختصاصات، المختص بالكشف المبكر لما قبل الولادة (المعتمد لدى الوكالة الطبية الحيوية)، وإذا صرح طبيبان من هذا المركز، بأن خلال زمن هذا الكشف، يثبت أن، هناك احتمال كبير، بأن المولود الذي سيولد يكون مصابا بمرض خطير ومزمن، وفيما عدا حالة الاستعجال الطبي، تعطي للمرأة الحامل، مهلة تفكير لا تقل عن أسبوع، قبل اتخاذ القرار النهائي، إما بالإجهاض أو بمواصلة الحمل.

النوع الثاني: هي حالة الإجهاض الطبي لأسباب تتعلق بالأم الحامل، فلا يمكن أن يجرى إلا إذا كانت مواصلة الحمل، تضع صحة المرأة الحامل في خطر، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الفريق الطبي المكلف بمعالجة طلب المرأة الحامل، مكونا، على الأقل من أربعة أطباء، أحدهم يكون مختصا في أمراض النساء والتوليد، وفي نفس الوقت عضو في مركز متعدد الاختصاصات مكلفا بالكشف المبكر للولادات⁽²⁾، ومن خلال استظهار نص المادتين 308 من قانون العقوبات والمادة 1/72 من القانون المتعلق بحماية الأم وترقية الصحة الجزائريين ومقارنتهما بنص المادة 13 من القانون الفرنسي رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 السالف الذكر، يتبين أن المشرع الجزائري لم يتوسع في وضع الشروط المسبقة الواجب توفرها لإجراء الإجهاض لأسباب علاجية مثل ما ذهب إليه نظيره الفرنسي.

موقف الفقهاء الإسلاميين من الإجهاض العلاجي: رغم أن الأصل هو تحريم الإجهاض، لأن محل الحماية هو الأم وجنينها معا، إلا أن لهذا الأصل استثناءات، إذ من القواعد الشرعية الأصولية، إذا تعارضت مفسدتان، يتجنب أعظمهما بارتكاب أخفهما، لكن بعض الفقهاء يرى، عدم جواز إجهاض

(1) Loi N°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et – l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, a l'assistance médicale, à la procréation, et au diagnostic prénatal.

« En outre, si l'interruption de grossesse est envisagée pour motif médical, elle doit être acceptée par deux médecins, l'un de ces deux médecins devant exercer dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire »

- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص48.

(2) Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 modifiée au 1999 et par loi du 4 juillet 2001.

الجنين بعد نفخ الروح فيه، وهذا على الرغم من أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى جواز إجهاض الجنين، في الحالات العلاجية، استناد لقاعدة الضرورات تبيح المحضورات، لذا إذا ثبت بالطريق الموثوق أن بقاء الجنين بعد تحقق حياته سيؤدي لا محالة إلى هلاك الأم، فإن الشريعة الإسلامية، بقواعدها الأصولية العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين ولا يضحي بالأم لأنها أصل هذا الجنين⁽¹⁾، وعليه فإذا تأكد أن بقاء الحمل واستمراره سيؤدي إلى إنهاء حياة الأم بتقرير الأطباء الثقة، يباح إسقاطه لأن ذلك يعد من حالات الضرورة في الفقه الإسلامي عملاً بقاعدة أخف الضررين⁽²⁾.

2- الإجهاض للحفاظ على التوازن الفزيولوجي والعقلي للأم

لقد نصت المادة 72 الفقرة الأولى من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه: "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ"⁽³⁾. على غرار التشريعات الحديثة، لم يتوقف المشرع الجزائري عند حد تقرير الإجهاض لغرض إنقاذ حياة الأم من الخطر، سواء بإباحة الإجهاض الطبي، وكذا الإجهاض للضرورة، بل وسع في دائرة إباحة الإجهاض لتشمل حالة الأم التي تضيق ذرعا بحملها، وذلك عندما تولى ضمان الحفاظ على توازنها الفزيولوجي والعقلي، المهددان بخطر بالغ بسبب حمل غير مرغوب فيه، وهذا شبيه بالإجهاض لإتقاء العار، كما سيأتي، ومن هنا يمكن للمتتبع أن يتبين مدى اتساع دائرة التسامح فيما يتعلق بالإجهاض في التشريع الجزائري، دون وضع ضوابط وأطر كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي، حيث لا يمكن اللجوء إلى الإجهاض إلا قبل نهاية الأسبوع العاشر من عمر الجنين. كما أنشأ مؤسسات مختصة للتأكد من مدى ضرورة هذا الإجراء، وتأثيره عند الحاجة. فيما ترك المشرع الجزائري الحبل على الغارب بإبقائه المبدأ مطلقاً⁽⁴⁾، أي قد يقع الإجهاض في أية مرحلة من مراحل الحمل، وهذا مسعى غير محمود، خاصة في مجتمع يدين بالإسلام كالمجتمع الجزائري⁽⁵⁾، ويبقى التساؤل مطروحا بالنسبة للتشريع الجزائري، كيف ومتى يكون التوازن الفزيولوجي والعقلي مهددا بخطر بالغ، ومن الذي يقدر ذلك، ويقرر أنه يوشك أن يحدث، حبذا لو أن المشرع الجزائري يضع ضوابط للإجهاض واضعا نصب عينيه المبادئ العامة للشريعة الإسلامية في ذلك. غير أنه من الناحية العملية يمكن القول أن المجتمع الجزائري في غاليته متمسك بدينه، فسواء تعلق الأمر

(1) محمد شلتوت، الفتاوى، دار الشروق، ط15، 1997م، ص290.

(2) محمد إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوحيد، دار المنار، ب ب ن، ب س ن، ص102.

(3) القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

- أ عمر يحيواوي، مرجع سابق، ص226.

(4) المرجع السابق، ص227.

(5) أ عمر يحيواوي، مرجع سابق، ص228.

بمسألة الإجهاض، أو غيرها من المسائل، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ويلجأ إلى أولي العلم لاستفتائهم في ذلك، رغم أن هذا لا يلغي ضرورة وضع ضوابط، وأطر تشريعية، لتنظيم مثل هذه المسائل الحساسة.

ثانيا: الإجهاض لحالة الضرورة

نص قانون العقوبات الجزائري في فصله الرابع الباب الأول الكتاب الثاني، وتحت عنوان الأفعال المبررة في المادة 39 على أنه: "للاجريمة :

- 1- إذا كان الفعل أمراً أو أذن به القانون
 - 2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس، أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص، أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الاعتداء".
- ومنه يتضح أن المشرع لا يعاقب على بعض الأفعال، التي هي في حقيقتها مجرمة، إذا وقعت نتيجة ظروف معينة، مع توافر الشروط التي يحددها القانون، ومن هذه الشروط ما تعلق بالخطر، ومنها ما تعلق بذات الفعل الذي يواجه هذا الخطر. وتنجر القاعدة هذه على فعل الإجهاض بالطبع، إذا توافرت فيه الشروط، وكان الحمل مهدداً لحياة الأم الحامل، ولسلامة جسمها بخطر جسيم، كان فعل الإجهاض جائزاً إستناداً إلى حالة الضرورة.

والملاحظ أن الإجهاض في هذه الحالة يشبه الإجهاض الطبي، لكنه يختلف عنه في أنه يمكن أن يجريه أي شخص، فلا يشترط أن يجريه طبيب كما هو الحال في الإجهاض الطبي، ولا يعد الإجهاض هنا من أسباب الإباحة، ولكن من موانع المسؤولية، وينصرف هذا الامتناع إلى كل من ساهم في فعل الإجهاض هذا⁽¹⁾.

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لتوفر حالة الضرورة أربعة شروط:

- 1- أن تكون الضرورة ملحة، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره، في حالة يخشى فيها تلف النفس أو الأعضاء.
- 2- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة.
- 3- ألا يكون لدفع الضرر وسيلة إلا ارتكاب الفعل المجرم، فإذا أمكن دفع الضرر بفعل مباح امتنع دفعها بفعل مجرم.
- 4- أن تدفع الضرورة بالقدر الكافي اللازم لرفعها⁽²⁾.

(1) حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، ط1995، ص124 وما بعدها.
- عبد العزيز محمد حسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص125.
(2) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص577.

ويظهر من خلال ما تقدم، فضل سبق الشريعة الإسلامية عن التشريعات الوضعية الحديثة⁽¹⁾، ولقد أورد المشرع الجزائري نفس الشروط في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات.

البند الثاني: حالات الإجهاض الأخرى.

هناك حالات أخرى للإجهاض لم ينص عليها القانون، كالأجهاض للتخلص من جنين مشوه أو مصاب بمرض خطير، و الإجهاض دفاعا عن الشرف و الاعتبار، و الإجهاض لاسباب إقتصادية و إجتماعية.

أولاً: الإجهاض للتخلص من جنين مشوه أو مصاب بمرض خطير

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة الإجهاض المسموح به إلا في حالة واحدة، وهي حالة تعرض الأم الحامل إلى خطر يهدد حياتها بسبب حملها. لكن قد تتعرض المرأة الحامل إلى الإصابة بأمراض، يترتب عليها تعرض الجنين إلى مخاطر التشوه⁽²⁾، أو الإصابة بمرض على درجة من الخطورة مع عدم القابلية للشفاء

وفي مثل هذه الحالات يتعين، من الناحية الطبية إجراء الإجهاض الطبي لإخراج الجنين من رحم أمه⁽³⁾، وذلك ما ذهب إليه الكثير من التشريعات الوضعية، وأمام خلو التشريع الجزائري من النص على هذه الحالة، كان لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة موقفها في ذلك.

ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم جواز إبادة هذا الإجهاض⁽⁴⁾ ذلك لان حق الجنين في الحياة يفوق حق الأسرة في أن يكون جميع أفرادها أسوياء

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول، بجواز إنهاء الحمل، إذا قطع الأطباء بأن الجنين قد أصابته آفة بدنية أو عقلية، بحيث ينتج عن ذلك ولادته مشوها⁽⁵⁾، واشترطوا ألا يكون عمر الجنين قد تجاوز حدا معيناً، فمهم من يرى ألا يكون عمر الجنين قد تجاوز الأربعين يوماً، أي أن يكون مجرد قطعة لحم لم تدخل بعد مرحلة التخلق. في حين يرى البعض الآخر، إبادة هذا النوع من الإجهاض، قبل انقضاء الأسبوع السادس عشر من الحمل⁽⁶⁾.

خلاصة القول: فإذا كان من حق الجنين أن تستمر حياته ونموه الطبيعي، فإنه من حقه أيضاً أن يولد صحيح البنية معافى من أي تشوه، وحتى لا يعيش عائلة على أسرته أولاً، وعلى المجتمع ثانياً، وعليه يكون لزاماً على المشرع الالتفات إلى مثل هذه الحالات، وليدرجها ضمن حالات الضرورة، بالشروط التي يحددها أهل الاختصاص طبعا.

(1) عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص128.

(2) نفس المرجع السابق، ص113.

(3) عبد العزيز محمد محسن، نفس مرجع سابق، ص113.

(4) عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص114.

(5) عبد العزيز محمد محسن، نفس مرجع سابق، ص114.

(6) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ط1990، ص292.

ثانيا: الإجهاض دفاعا عن الشرف والاعتبار

من المسلم به أن محل الحماية ليس حق الطفل في الحياة فقط، بل هو مرتبط ارتباطا وثيقا بصحة أمه وكرامتها الإنسانية، مما يشير السؤال، فيما إذا كان الحمل ثمرة علاقة جنسية غير شرعية، كزنى مثلا(1) أو اغتصاب، هل يجوز إجهاضه في حالات كهذه.

لقد تناولت بعض التشريعات ذلك، بالنص صراحة على السماح بالتخلص من حمل السفاح، بشروط معينة مثل القانون الدنماركي، والسويدي، وبعض التشريعات الأخرى جعلت منه عذرا مخففا للعقاب مثل القانون السوداني.

ويرى البعض أن الإجهاض في هذه الحالة يجب أن يدرج ضمن حالات الضرورة(2) يمكن القول إجمالا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الإجهاض جنائية وعدوانا، رتب الشارع عليه عقوبة شرعية خاصة، واستثنى الفقه الإسلامي على سبيل الترخيص لمصلحة الأم أن تتجه إلى الإجهاض إذا كان بقاء الجنين يسبب خطرا على حياتها. ولم يفرق الفقه الجنائي الإسلامي بين جنين النكاح، وجنين السفاح، فجعل الجنائية عليهما واحدة في الإثم والجزاء، على أساس براءة الجنين، الذي لم يجن جنائية تستوجب قتله، فكان الجاني عليه هو المعتدي وإن كان الفقهاء قد أجمعوا على عدم اختيار توافر الجنائية على الجنين إلا بعد تخلقه، غير أنهم اختلفوا في تحديد وقت التخلق، وقد ذهب الجمهور إلى عدم اعتبار الجنائية على الجنين، إلا بعد أن يستبين بعض خلقه وتنفخ فيه الروح، أي بعد مئة وعشرين يوم من العلق كما ورد في الحديث الشريف، الذي رواه ابن مسعود مرفوعا(3) وأثبتته العلم الحديث، ولقد احتاط الحنابلة مراعاة لحق الجاني وقالوا: "إن الجنائية على الجنين لا تحتسب جنائية، إلا إذا تخلق الجنين واكتملت صورته الأدمية في بطن الأم، فإذا تم الإجهاض قبل ذلك، فلا يأخذ حكم الجنائية على الجنين وإنما يعد نوعا من أنواع عمليات تنظيف الرحم مما يعلق به من دم وإفرازات، كذلك عالج الفقه الإسلامي قضية الإجهاض مطلقا، في الاغتصاب وغيره، ولم يتناول قضية إجهاض جنين الاغتصاب، في باب الحدود، وهو يتحدث عن حد الزنا وحكم الإكراه فيه، لذا يمكن الرجوع إلى فقه الصيال(4) فقد أجمع الفقهاء على مشروعية دفع الصائل على العرض، سواء وقع الاغتصاب على عرض نفسه أو عرض أهله أو عرض الآخرين، وذلك تأديبا وقطعا لدابر هؤلاء المفسدين.

(1) خاصة إذا تعلق الأمر بحمل ناتج زنا المحارم، أنظر:

M.M Hanouz et A.R.Hakem, Précis de droit médical, OPU Alger 1993, p102.

(2) سعد الدين الهلالي، إجهاض جنين الاغتصاب في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 413 السنة 37 محرم 1421 أبريل مايو 2000، ص22 و 23.

(3) صحيح البخاري، ج4، حديث رقم 3208، ص111.

-صحيح مسلم، ج4، حديث رقم 2643، ص2036.

(4) الصيال: اسم مشتق من فعل صال يصول، ومعناه الاستطالة والمواثبة .

- زين الدين الرازي، مختار الصحاح، ج1، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420-1999، ص180.

- ابن منظور، ج11، مرجع سابق، ص387.

والسؤال الذي يمكن طرحه: هل يمكن اعتبار جنين الاغتصاب أثر من آثار الصائل يجوز دفعه كما يجب دفع الصائل؟

يعتقد الدكتور سعد الدين الهلالي، الأستاذ في كلية الشريعة جامعة الكويت، أن قواعد الصيال ترجع احتمال هذا المعنى، فإذا وجب على المغتصبة وغيرها أن تدفع عنها الغاصب ولو بقتله ولا ضمان له، فمن يمنعها من إزالة آثاره الآثمة، فور أن تتمكن من ذلك بعد زوال حال الإكراه، والاغتصاب التي عجزت حينها عن دفعه⁽¹⁾.

وإذا كان الفقه الجنائي الإسلامي، قد رخص للمرأة أن تتخلص من جنينها إذا كان في بقائه خطرٌ على حياتها،

فلنا أن نتساءل، أليس في بقاء جنين الاغتصاب، ومنع إجهاضه، قتلٌ معنويٌّ ونفسيٌّ للأم، يكون أشد إيلاما من القتل المادي، عند الكثير من الناس، ناهيك عن القتل المعنوي من الأهل والزوج، خصوصا بعد أن ينزل المولود ويعيش معهم ويذكرهم بتاريخه الأليم.

ومن جهة أخرى، إذا كان الفقه الجنائي الإسلامي على مذهب الجمهور، لا يعتبر الجناية على الجنين، إلا إذا تخلق واكتملت صورته الآدمية في بطن الأم، إذا كان الأمر كذلك، أليس في هذا الفقه سعة، ورفع للحرَج والمشقة، على المغتصابات من نساء طالبين العفة فعجز المجتمع برجاله عن حمايتهن، من الذئاب البشرية، الذين أوقعن بهن الدل والهوان و القهر علنا وجهرة أحيانا، وخفية وسرا أحيانا أخرى، إن المجتمع الذي عجز عن الوقوف في وجه الظالمين المغتصبين، من الذئاب البشرية ليمنعهم ويأخذ على أيديهم ويطالب بتنفيذ حكم الله فيهم، يلقي في نفس الوقت باللائمة على المرأة، الطرف الضعيف المقهور، فيمنعها من الإجهاض، ويأمرها برعاية النطفة الآثمة.

ستفقد المرأة المسلمة الثقة في كل شيء، عندما ترى نفسها الطرف الضعيف المغلوب على أمره في حال الاغتصاب وما بعده، ففي حال الاغتصاب تكون واقعة تحت إكراه وظلم الغاصب، وبعد الاغتصاب تكون واقعة تحت ما يسمى بالحكم الشرعي الذي يمنعها من التخلص من آثار العدوان، الذي وقع عليها.

وفي حال فقدان المرأة الثقة في كل شيء حولها، ستخلع عنها قواعد الالتزام التي لم تجد حمايتها ورعايتها فيها، وتتصرف بالهوى، إن الأمر جد خطير ولا بد من فتح باب الأمل والرحمة والسعة واليسر للمسلمات الملتزمات المحصنات العفيفات الشريفات اللاتي وقعن فريسة للذئاب البشرية، نعم إن الاغتصاب نوع من أنواع الإكراه، رفع الإسلام إثمه على من وقع عليه، فلا حرج إن اختارت المغتصبة بقاء الجنين، فإنه ينسب إليها ويتوارثان، وهي في كل الأحوال تستحق النفقة وحسن الرعاية، ولا يجوز

(1) سعد الدين الهلالي، نفس المرجع السابق.

إلقاء اللوم عليها، أو النظر إليها نظرة دونية، وتأسيسا على ما سبق، يرى الدكتور سعد الدين الهلالي مشروعية إجهاض جنين الاغتصاب بضوابط خاصة، وهي تدور حول عدم خروج الحكم عن موضوع الاغتصاب، وعدم الاعتداء على نفس وروح بريئة "الجنين بعد نفخ الروح فيه"، ومن أهم تلك الضوابط:

- 1- أن تتحقق حالة الاغتصاب.

- 2- أن يتم الإجهاض فور زوال السبب (حال الاغتصاب)، لأن المرأة إذا تأخرت في الإجهاض مع إمكانه فكأنها رضيت بالحمل وأقرت به .

- 3- ألا يكون الجنين قد بلغ صورة الأدمي ونفخت فيه الروح.

- 4- أن تتم عملية الإجهاض تحت إشراف طبي.

- 5- أن تكون عملية الإجهاض بطلب من المغتصبة أمام جهة رسمية معينة للتأكد من حال الاغتصاب، وصحة الإجراءات ولتتبع الجناة⁽¹⁾.

والراجح أن النفس في حالة الضرورة لها مفهومان في الدفاع الشرعي، فهي تنصرف إلى الكيان المادي والمعنوي معا، ولا تقتصر على حق الحياة فحسب، وإنما تشمل سلامة البدن والعرض والشرف. لذلك يجب أن نفرق بين الحالة التي يكون الحمل فيها ثمرة علاقة جنسية غير شرعية، في جريمة الزنى، وبين حالة الحمل الناتج عن جريمة اغتصاب.

ففي الحالة الأولى تعاقب المرأة أو من يجهضها، لأن لا تزرُ وازرة وزرر أخرى، لأن هذا الحمل كان نتيجة رضا المرأة بهذه العلاقة الغير شرعية، وعليه لا تجب حمايتها في هذه الحالة⁽²⁾ بل يجب عليها تحمل وزرها⁽³⁾. أما في حالة الحمل الناتج عن جريمة اغتصاب، فقد جاء هذا الجنين نتيجة إكراه المرأة عليه، ومن استكرهت على الحمل سفاحا يكون من حقها الدفاع عن شرفها مخافة من العار، وحتى لا ينصب عليها غضب أهلها فيقتلونها، و ذلك ما يحدث غالبا في الأرياف⁽⁴⁾، لذا يرى البعض أن الإجهاض في هذه الحالة يجب أن يدرج ضمن حالات الضرورة⁽⁵⁾.

وبالتالي إذا قامت المرأة في حالة كهذه بإجهاض نفسها، فلا وجه للدعوى.

(1) سعد الدين الهلالي، مرجع سابق، ص 22 و 23.

(2) عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص 118 و 119.

(3) أميرة عدلي أميرة، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، مرجع سابق، ص 258.

(4) محمد السعيد رشدي، دراسة جرائم النساء، دراسة تحليلية، مجلة الأمن العام، العدد 75، مطابع كوستاتوماس، القاهرة، ص 61.

(5) سعد الدين الهلالي، إجهاض جنين الاغتصاب، مرجع سابق، ص 23.

ثالثا: الإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية

يقصد بهذا النوع من الإجهاض، التخلص من مجيئ ابن جديد، سوف يترتب على مجيئه خلل جدي في الحياة الاقتصادية للأسرة⁽¹⁾. وقد اختلفت التشريعات الوضعية حول هذا النوع من الإجهاض، فمنها من ذهب إلى عدم إباحته والترخيص به، كالتشريع المصري والليبي والجزائري، حيث لم يرد بهذه التشريعات ما يفيد الإباحة أو الترخيص به أو حتى جعله شرطا مخففا، غير أن بعض الفقه في مصر ذهب إلى إجازة الإجهاض، مراعاة للظروف الاجتماعية والاقتصادية للأسرة، مع تقييده بشروط تتمثل في ضرورة رضا المرأة الحامل وزوجها بهذا الإجهاض، وأن يكون عدد الأبناء في الأسرة أكثر من ثلاثة، وألا يكون الحمل قد تعد مدته الثلاثة أشهر الأولى⁽²⁾، كما ذهب رأي آخر في الفقه المصري، إلى وجوب التوسع في إجازة الإجهاض، على أن يتم ذلك بناء على نص خاص يصدره المشرع بخصوص الأحوال التي يخشى فيها وقوع ضرر مادي أو أدبي، مع تخفيف العقاب بإدخال الغرامة مع الحبس تخييريا للقاضي، عند وقوع الإجهاض برضا الحامل وزوجها⁽³⁾.

ومن التشريعات الجنائية التي ذهبت إلى الترخيص به، كل من التشريع الدنمركي والنرويجي والسويدي حيث أجازت هذه التشريعات الإجهاض لأسباب اجتماعية⁽⁴⁾ كما أجازته المشرع الفرنسي، الذي أعطى لأي امرأة الحق، راشدة أو قاصرة، في طلب الإجهاض، لأي سبب كان، المهم ألا يتجاوز الحمل 12 أسبوعا⁽⁵⁾.

أما فيما يتعلق بالفقه الإسلامي، فقد اتفق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز إسقاط الجنين، إثناء للفقر وخشية الإملاق وسوء الحالة الاجتماعية، سواء أكان ذلك حالا، أو يخشى من وقوعه مستقبلا، وقد حرم الله ذلك بصريح الآية 151 من سورة الأنعام والآية 31 من سورة الإسراء⁽⁶⁾. إذا

(1) عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص120.

(2) حسن صادق المرصفاوي، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سبق ذكره، ص106.

(3) عبد المهيم بكر، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، القسم الخاص، مرجع سبق ذكره، ص64 وما بعدها.

(4) مظهر العنبري، الإجهاض والقانون، مجلة الدراسات القانونية بجامعة قارونس، المجلد الحادي عشر 1982-1986، ص222-223.

(5) La loi 75-17 du 17 janvier 1975 dite loi veil Art. L2212-1 à L2212-11 (Jorf juillet 2011).

- Michele Laure Rassat, droit spécial tom 1, Daloz Paris, 1997, p226.

(6) (... ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم) الأنعام، الآية 151.

- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج3، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1419، ص322.

(ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلتم كإثم كبير) الإسراء، الآية 31.

- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج5، نفس المرجع السابق، ص66.

- منال مروان منجد، مرجع سابق، ص287-288.

- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، مرجع سابق، ص123.

تمت المفاضلة بين حق الجنين في الحياة و مصلحة الأسرة في ألا يتأثر وضعها الاقتصادي ويضطرب، فيهيبت مستواها الاجتماعي من ناحية أخرى، لوجدنا أن حق الأول هو الأرجح بالحماية والرعاية(1).

الفرع الرابع: صور جريمة الإجهاض وعقوبته في التشريع

لقد عالج المشرع الجزائري جريمة الإجهاض في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأفراد، تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، وذلك من خلال المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات. وباستقراء هذه المواد يتجلى أن المشرع قد عين صورتين للإجهاض:

الصورة الأولى: ما يقع من قبل الحامل على نفسها

والصورة الثانية: ما يقع من الغير على الحامل

وتبعا لذلك سيقسم هذا الفرع إلى بندين:

البند الأول: جريمة إجهاض المرأة الحامل لنفسها وعقوبته

البند الثاني: جريمة إجهاض الغير للمرأة الحامل وعقوبته

البند الأول: إجهاض المرأة الحامل لنفسها وعقوبته

ستتم معالجة هذا المطلب من خلال : أولا، إجهاض المرأة الحامل لنفسها، ثانيا، العقوبة المقررة لهذا الإجهاض.

أولا: إجهاض المرأة الحامل لنفسها

اعتبر المشرع الجزائري فعل إجهاض المرأة الحامل لنفسها جريمة، لأن ذلك اعتداء على حق الجنين في الحياة، وقد كلفه كجثة، كما يعاقب المشرع أيضا على الشروع، أما المشرع الفرنسي، فيعتبر أن محل الحماية ليس الجنين وحده، بل الأولوية لصحة الأم التي يجب حمايتها، وإعطائها الحرية الكاملة للتصرف في جسدها كيفما شاءت.

ورغم أنه يرى أن الإجهاض مؤثر اجتماعيا، ولكن احترام رغبة المرأة، وإجازة الإجهاض، يعتبران من أفضل الطرق لحماية صحتها من مخاطر الإجهاض السري، ولكن بضوابط تشريعية(2)، ويتطلب قيام جنحة الإجهاض المنصوص عليها في المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري، توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض، ويتحقق ذلك في صورتين:

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص508-509.

(2) Revue des sciences criminelles 1965, p196.

- Loi 75-17 du 17 janvier 1975 dite loi veil, article L2212-1 à L2212-11.

الصورة الأولى: أن تقوم المرأة بإسقاط حملها بنفسها، ودون تدخل من الغير، سواء أكان هذا التدخل بالتحريض أو الاقتراح، ويتم الإسقاط، بتناول دواء أو إدخال بعض الأجسام الغريبة إلى الرحم مما يؤدي إلى سقوط الجنين⁽¹⁾، وفي هذه الحالة تنفرد المرأة الحامل بدور الفاعل وسمي الإجهاض هنا "بالإجهاض الإيجابي"⁽²⁾.

الصورة الثانية: أن تقوم المرأة الحامل بتمكين الغير من جسمها للقيام بفعل الإجهاض، ويطلق على هذا النوع من الإجهاض "الإجهاض السلبي" حيث يقتصر دور المرأة الحامل على تمكين الغير من جسمها وعدم الممانعة من إنهاء حالة الحمل⁽³⁾.

ومهما كانت الصورة، تعاقب المرأة الحامل بصفقتها فاعل في جنحة الإجهاض، ولا أهمية لنوع الوسيلة التي استخدمتها، فالمهم أنها لا تخرج عن كونها من الوسائل المؤدية للإجهاض⁽⁴⁾، والسؤال الذي يطرح هنا، هل رضا الحامل بالإجهاض يؤثر على قيام الجريمة؟

تجب الإشارة إلى أن المشرع، في هذه الجريمة لا يحمي حقا واحدا، إنما يحمي عدة حقوق، منها حق الجنين في الحياة، والحق في صحة الأم، وحق الكرامة الإنسانية، وقد فرض المشرع مجموعة من الالتزامات على المرأة الحامل، تتعلق بالناحية الصحية، منها ما هو إيجابي ومنها ما هو سلبي⁽⁵⁾، وهناك التزامات تتعلق بالناحية الغذائية، والتزامات تتعلق بالناحية النفسية والاجتماعية، ومنها تهيئة الأم بأن تنجب طفلا سليما⁽⁶⁾، إن رضى المرأة الحامل بالإجهاض، لا يؤثر على قيام الجريمة، ومن ثم فذهاب المجني عليها برضاها إلى الجاني يجري لها عملية الإجهاض، ووفاتها بسبب ذلك لا ينفي خطأ الجاني وليس في سلوك المجني عليها ما يقطع علاقة السببية بين الفعل المسقط ووفاة المجني عليها⁽⁷⁾.

إن المرأة الحامل تعتبر دائما فاعلا أصليا إذا رضيت بأن يجهضها الغير، على أساس أن مجرد تعاطيها للأدوية، أو استعمال الوسائل المؤدية للإجهاض، مع العلم بها، والرضى عنها، يعد من الأفعال المادية الداخلة في تكوين الجريمة، ومن ثم يكون من غير المنظور أن تكون المرأة الحامل شريكة في

(1) منال مروان منجد، مرجع سابق، ص276.

- محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص511.

(2) حسن محمد ربيع، مرجع سابق، ص105.

(3) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص54.

(4) محمود محمود مصطفى، مرجع سبق ذكره، ص198.

(5) الالتزامات السلبية، كامتناعها عن التدخين كونه يعرض الجنين للإجهاض المبكر أو نزوله مشوها أو ولادته قبل الميعاد، راجع:

- سهير يحيى، محمد علي قرني، العناية بالحامل بدنيا ونفسيا، المركز العربي للنشر، بدون تاريخ، ص70 وما بعدها.

(6) نبيلة إسماعيل رسلان، حقوق الطفل في القانون المصري، مطبعة دار أبو المجد للطباعة، 1996، ص25 وما بعدها.

(7) مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط3، 1995، ص1064.

جريمة الإجهاض على نفسها، فضلا على أن نية الفعل متوافرة لدى المرأة التي ترضى بأن يجهضها غيرها، لأنها هي المسيطرة على المشروع الإجرامي⁽¹⁾.

ثانيا: عقوبة إجهاض المرأة الحامل لنفسها

إن المرأة الحامل التي تجهض نفسها بنفسها، سواء دلها الغير على الوسائل، أم اتخذتها لوحدها وبمعرفة، وسواء تحققت الجريمة طبقا لنص المادة 309 من قانون العقوبات أم لم تتحقق، وكون القانون يعاقب على الشروع، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج. إن التزام الحامل بالمحافظة على حملها التزام مصدره الرسالة الطبيعية والاجتماعية للمرأة⁽²⁾.

البند الثاني: إجهاض الغير للمرأة الحامل و عقوبته

الأصل في جريمة الإجهاض أنها مصنفة كجنحة معاقب عليها بالحبس لمدة أقصاها خمس 5 سنوات، و شدد العقوبة إذا توفرت ظروف معينة لتصبح جنائية، ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال :

أولا: جنحة إجهاض الغير للمرأة الحامل

ثانيا: جنائية إجهاض الغير للمرأة الحامل

أولا: جنحة إجهاض الغير للحامل

عالج قانون العقوبات جريمة إجهاض المرأة الحامل من طرف الغير في المواد 304 و 306 و 307، حيث نصت المادة 304 منه على أنه: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم لم توافق، أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة. وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

يعاقب القانون على فعل الإجهاض حتى وإن كان الحمل افتراضيا فقط، إذا كان الجاني يعتقد أنه موجود، ثم يتبين في ما بعد أنه غير موجود، أي مجرد توفر النية أي الركن المعنوي للجريمة، كما يعاقب على مجرد الشروع في ارتكاب جريمة الإجهاض ولو لم يؤد هذا الشروع إلى نتيجة، فيعاقب عليه بنفس عقوبة جريمة الإجهاض التامة، علما أن موافقة المرأة الحامل على إجهاض غيرها لها كإنتقالها بإرادتها إلى محل الجاني، لا يعفي هذا الأخير من مسؤولية ارتكاب جرم الإجهاض.

(1) حسن محمد ربيع، مرجع سابق، ص107.

(2) محكمة النقض المصرية، نقض 1970/12/27، مجموعة أحكام النقض س 21 رقم 302، ص1250.

من الملاحظ أيضا أن المادة 304 في فقرتها الأولى قد حشرت جميع الطرق التي يمكن بواسطتها ارتكاب جريمة الإجهاض، سواء السلمية منها، كاستعمال مأكولات أو مشروبات أو تناول أدوية أو أية عقاقير أو وسيلة أخرى، مع الطرق العنيفة كالضرب مثلاً وغيره، رغم أن هذه الأخيرة تشكل في حد ذاتها جريمة مستقلة بذاتها عن جريمة الإجهاض.

ثانياً: جناية إجهاض الغير للمرأة الحامل

إذا كانت جريمة إجهاض الغير للمرأة الحامل، بصفة عامة مصنفة في الأصل كجناية، فقد تتحول إلى جناية في حال توفر ظرف من الظروف المشددة، هذه الظروف منها ما يتعلق بالجريمة ذاتها ومنها ما يتعلق بصفة الجاني.

1- الظرف المشدد المتعلق بصفة الجريمة: فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 304 من قانون العقوبات على أنه: "إذا أفضى الإجهاض إلى الموت، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة" وبذلك فإن إفشاء جريمة إجهاض المرأة الحامل إلى وفاتها، يحول تكييف الجريمة من جناية معاقب عليها بعقوبة أقصاها الحبس لمدة 5 سنوات وغرامة قدرها 100.000 دج إلى جناية معاقب عليها بالسجن المؤقت لمدة أقصاها عشرين سنة.

2- أما الظرف المشدد المتعلق بصفة الجاني: فقد نصت المادة 305 من قانون العقوبات على أنه: "إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى"، بقراءة نفس المادة 305 بتمعن يتبين أنها تعني تشديد العقوبة في حالتين مختلفتين يثبت فيها أن الجاني معتاد على ارتكاب جريمة الإجهاض.

الحالة الأولى: هي حالة اعتياد الجاني على ارتكاب جريمة الإجهاض دون أن تقضي جرائمه إلى وفاة أي من النساء أي من النساء الحوامل اللاتي مارس عليهم جريمة الإجهاض، وفي هذه الحالة، تضاعف عقوبة الحبس المؤقت المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 304.

الحالة الثانية: هي اعتياد الجاني ارتكاب جريمة الإجهاض التي أفضت إلى وفاة أكثر من امرأة حامل ممن مارس عليهن جريمة الإجهاض، وفي هذه الحالة ترفع عقوبة السجن المؤقت إلى حده الأقصى.

وتنجر نفس العقوبة وفقاً لنص المادة 306 على مجموعة من الأشخاص الذين يمارسون مهناً لها علاقة بالطب أو الصيدلة أو التمريض ومهنتي التدليك بما فيهم طلبة الطب، وطب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدموا الصيدليات ومحضروا العقاقير وصانعوا الأربطة الطبية وتجار الأدوية الجراحية،

إذ قاموا باستعمال معلوماتهم أو ما هو تحت أيديهم من عقاقير أو أدوات في القيام بعملية الإجهاض بأنفسهم أو الإرشاد إلى الوسائل والطرق المؤدية إليه أو تسهيله لمن يريد القيام به.

وبذلك يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة، للمساهمة في الجريمة إذ اعتبر الإرشاد إلى الوسائل والطرق المؤدية إلى الإجهاض جريمة والقائم بها فاعلا أصليا حتى ولو اقتصر فعله على مجرد التحريض، ويدخل في حكم التحريض حتى من يقتصر فعله على دلالة الحامل على الوسائل المؤدية للإجهاض، رغم أن هذا الفعل يعد في القواعد العامة مساعدة⁽¹⁾، فقد نصت المادة 310 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

- ألقى خطبا في أماكن واجتماعات عمومية.
- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق ووزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية، أو وزع في المنازل، كتب أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسومات أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في أظرفة مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى عامل توزيع أو نقل.
- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية أو المزعومة.

وقد نصت المادة 311 من قانون العقوبات على أن: كل حكم في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت، في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة النساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر. وكل حكم عن الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع، حتى ولو كان الحكم الصادر بالإدانة حكما أجنيا وفقا لما ورد بنص المادة 312 من قانون العقوبات.

المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الزنى (جريمة الخيانة الزوجية)

اقتضت الفطرة الإلهية ضرورة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة للحفاظ على الجنس البشري، فكما يحتاج الإنسان إلى المأكل والمشرب، يحتاج إلى الاتصال الجنسي، غير أن إشباع الحاجة الجنسية تتميز بطبيعة خاصة، فهي تختلف عن إشباع الرغبات الأخرى، إذ تتطلب إتفاق شخصين من جنسين مختلفين على هذا الاتصال، وهذا من أهم الدواعي التي حدثت بالمشرع إلى التدخل لتنظيم هذا الرضى. ومن أجل هذا لجأت التشريعات المختلفة إلى فكرة الزواج.

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 20.

فالأزواج إذن هو التنظيم القانوني الذي به ينظم المشرع إشباع الحاجة الجنسية لدى الجنسين، وإباحة المعاشرة الجنسية بينهما⁽¹⁾، ومن هنا كانت العناية الإلهية بالاهتمام بالزواج منذ لحظة التفكير فيه وحتى انحلاله أو انتهائه.

ولذلك حرمت الشريعة الإسلامية وكافة الأديان السماوية الأخرى، وبعض القوانين الوضعية فعل الزنى، لما فيه من اعتداء على العرض، وانتهاك حرمة وقديسية الزواج، والإخلال بالأمانة والثقة والإخلاص المترتبة على عقد الزواج، ولما فيه من إخلال وتعدٍ على المبادئ والأخلاق العامة الذي يؤدي في النهاية إلى انهيار المجتمع⁽²⁾.

فالمرأة هي نصف المجتمع بل هي المجتمع كله، والمحافظة على صيانة عرضها هو حماية للمجتمع من الفساد والانحلال، فكلما صلح حال الأسرة، صلح حال المجتمع⁽³⁾، والشرائع السماوية ترى في الزنى رذيلة وفاحشة، ولذلك تحرم كل اتصال جنسي غير مشروع بين الرجل والمرأة⁽⁴⁾، دون قيد أو شرط.

ولا ينازع في الفقه أحد، في أن جريمة الزنى في التشريع، ليست من الجرائم المخصصة لحماية العرض فقط، وإنما هي بالإجماع، من الجرائم المخصصة لحماية الأسرة من أسباب الانهيار، باعتبارها الخلية الأساسية في بناء المجتمع، فالحماية لا تهدف إلى صيانة الجسد من كل ممارسة جنسية غير مشروعة فقط، وإنما لحماية حق كل طرف من طرفي عقد الزواج، من احتمال مساس شريكه ببنود هذا العقد المقدس، وفي نفس الوقت حفاظا على كيان الأسرة من أسباب الانهيار⁽⁵⁾.

يعزز هذا الاستنتاج ويقويه، أن جريمة الزنى في مفهومها القانوني، تفترض الرضى بالوطء دائما، وهو ما يحول دون إدخالها في طائفة الجرائم التي تتضمن عدوانا على العرض في مفهومه الاجتماعي، والذي يفترض وقوع الممارسة دون الإرادة المعتبرة قانونا أوبرغمها⁽⁶⁾.

-
- (1) محمد عطية راغب، العلاقة الجنسية في التشريع المصري، مجلة الأمن العام، العدد 20، ط1963، ص55.
 - غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقى، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ص16.
 - (2) غسان عشا، نفس المرجع سابق، ص17.
 - (3) العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، 2013، ص05.
 - (4) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص130.
 - (5) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سبق ذكره، ص456-457.
 - عبد المهيم بكر، مرجع سابق، ص722-723.
 - (6) محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، مرجع سابق، ص23.

كما حصرت القوانين الوضعية، فعل الزنى في نطاق العلاقات غير المشروعة، إذا انطوى هذا الفعل على الإخلال بزواج قائم، أي تشترط أن يكون أحد طرفي العلاقة مرتبط برباط الزوجية⁽¹⁾ حيث تعتبر خيانة للثقة والأمانة التي تعاهد عليها الزوجان عند بدأ العلاقة الزوجية بينهما⁽²⁾. فالمرأة هنا محل الحماية لكي تقوم بدورها في المجتمع، يجب أن لا ينالها أي اعتداء على علاقتها الزوجية الجنسية⁽³⁾.

وعليه ستنتم دراسة موضوع جريمة الزنى من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف جريمة الزنى وبيان أركانها

الفرع الثاني: الاحكام الاجرائية لجريمة الزنى و عقوبتها

الفرع الثالث: عذر الاستفزاز بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الفرع الرابع: الفرق بين زنى الزوج وزنى الزوجة من الوجهة الشرعية و التشريعية.

الفرع الأول: تعريف جريمة الزنى وبيان أركانها

لم يعرف المشرع الجزائري جريمة الزنى على غرار غالبية التشريعات الوضعية وترك أمر ذلك للفقه والقضاء⁽⁴⁾.

حيث نصت المادة 339 عقوبات جزائري على: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنى.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنى مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنى بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناءً على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل

متابعة". فما هي جريمة الزنى وماهي أركانها، ستنتم الإجابة من خلال البندين التاليين:

(1) غسان عشا، مرجع سابق، ص16.

- محمد زكي أبو عامر، نفس المرجع سابق، ص27.

(2) محمود أحمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، دراسة مقارنة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1423-2002، ص17.

(3) محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، القاهرة، 1984، ص92.

(4) محمود أحمد طه محمود، نفس المرجع السابق، ص17.

- الشاذلي مصطفى، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1986، ص177.

- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص43.

-دنيا محمد صبحي، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص252.

البند الأول: تعريف جريمة الزنى

البند الثاني: أركان جريمة الزنى

البند الأول: تعريف جريمة الزنى⁽¹⁾

يختلف مفهوم الزنى في التشريعات الوضعية عنه في الشريعة الإسلامية، التي تجرم العلاقات الجنسية أيا كانت الحالة الاجتماعية لطرفيهما، متزوجين أو غير متزوجين، ولو كان برضاها، وأيا كان سنهما، وإنما تجعل زنى المتزوج، ظرفا مشددا للعقوبة. ويعرف الفقه القانوني الزنى على أنه اتصال شخص متزوج (رجل أو امرأة) إتصالا جنسيا بغير زوجه، والزنى، جريمة ترتكبها الزوجة إذا اتصلت جنسيا برجل غير زوجها، ويرتكبها الزوج إذا اتصل جنسيا بامرأة غير زوجته⁽²⁾، كما يعرف الزنى على أنه ارتكاب وطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها، حال قيام الزوجية فعلا أو حكما⁽³⁾، وفي تعريف آخر، يعتبر الزنى، كل وطء أو جماع تام غير شرعي، يقع من رجل متزوج مع امرأة متزوجة، استنادا إلى رضائهما المتبادل، وتنفيذا لرغبتهما الجنسية⁽⁴⁾، فإذا كان الشخص غير متزوج فلا يعتبر زانيا في نظر القانون⁽⁵⁾.

أما الفقه الفرنسي فكان يعرف الزنى على أنه "خرق لحرمان الزواج من شخص متزوج له علاقات غير شرعية بآخر غير زوجه برضاها"⁽⁶⁾ إلا أن المشرع الفرنسي ألغى جريمة الزنى من قانون العقوبات⁽⁷⁾ حيث أصبح لا يعاقب الزوج عن الخيانة الزوجية، وإنما أبقى للزوج المضروب الحق المدني، وهو طلب الطلاق والتعويض فقط⁽⁸⁾.

(1) الزنى و تصح كتابته بالمد والقصر... وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق، والشئ الضيق، لأن الزاني ضيق على نفسه في وضع نطفته حيث لا تنسب إليه أنظر:

- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج8، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2002، ص127.

(2) عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنى بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط2، 1992، ص111.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص456.

(3) أحمد أمين، شرح قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، 1949، ص466.

- أحمد حافظ نور، جريمة الزنى في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1958، ص45.

(4) عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص52.

(5) عبد الخالق النواوي، جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1973، ص7.

(6) محمود أحمد طه محمود، مرجع سابق، ص19.

(7) ألغيت المواد من 336 إلى 339 عقوبات فرنسي والمتعلقة بجريمة الزنى بالقانون رقم 617 لعام 1975 الصادر في 1975/07/11.

(8) محمود أحمد طه محمود، مرجع سابق، ص43-44.

أما القضاء، فقد اعتبر جريمة الزنى ذات طبيعة خاصة لأنها تفضي التفاعل بين شخصين، يُعد أحدهما فاعلا أصليا وهو الزوج الزاني، ويُعد الثاني شريكا وهو الخليل الذي باشر مع الفاعل الأصلي العلاقة الجنسية، ولا تتحقق الجريمة إلا بحصول الوطء أو الجماع بين رجل وخطيلته أو امرأة وخطيلها⁽¹⁾. والمقصود بالاتصال الجنسي، المواقعة الطبيعية بين الذكر والأنثى، غير أن الزواج أُحل ليحصن الرجل والمرأة نفسيهما به، والزنى فاحشة وجريمة حرمتها جميع الأديان السماوية وحرمتها القوانين، لأنها تمس كيان المجتمع وسلامته، فهي اعتداء على الأسرة والمجتمع معا، ولولا معرفة الزواج لما عُرفَ الزنى، لأن الزواج هو الذي جعل الرجل يستأثر بالمرأة، وأي علاقة بين المرأة والرجل خارج عقد الزواج يشكل جريمة زنى⁽²⁾.

البند الثاني: أركان جريمة الزنى

وكما سبقت الإشارة، فالزنى هو ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع الغير حال قيام الزوجية فعلا أو حكما مع توافر القصد الجنائي. وقد تناول المشرع الجزائري جريمة الزنى في المادتين 339 و341 عقوبات، وباستقراءهما، نجد أنه قد حدد أركاناً لجريمة الزنى وهي، وقوع الوطء غير المشروع وقيام الزوجية مع توافر القصد الجنائي.

وقد كان المشرع الفرنسي قبل 1975 يعتمد إلى جانب الأركان السابق ذكرها ركنا رابعا وهو وقوع الجريمة في منزل الزوجية وهذا بالنسبة الزوج فقط دون الزوجة، وهو المعمول به في التشريع المصري حاليا⁽³⁾، حيث استمد أحكامه من التشريع الفرنسي، غير أن هذا الأخير ألغى جريمة الزنى نهائيا، سواء وقعت من الزوج أو من الزوجة⁽⁴⁾.

وأركان جريمة الزنى في التشريع الجزائري هي:

الركن الأول: وقوع الوطء غير المشروع (الركن المادي).

الركن الثاني: قيام الزوجية (الركن المفترض).

الركن الثالث: القصد الجنائي. (الركن المعنوي)

(1) القرار رقم 34051، الصادر بتاريخ 20 مارس 1982، مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء 02، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص136.

(2) محمود صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، عمان، الأردن، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للتوزيع، 2002، ص208-209.

(5) عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنى وجرائم الاغتصاب، هناك العرض، الفعل الفاضح، والدعارة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1989 ص 10، 11.

- عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنى في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الاسكندرية، 1985 ص 37 - محمد عبد الحميد الالفي، الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية، وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية، مصر، بدون دار نشر، 1999 ص 52.

(6) ابن وارت.م، مرجع سبق ذكره، ص188.

الركن الأول: وقوع الوطء غير المشروع (الركن المادي) يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بحصول الوطء، أي بوقوع الاتصال الجنسي بين رجل وامرأة⁽¹⁾ ليس بينهما علاقة مشروعة⁽²⁾. كل ما يشترطه القانون لوقوع الركن المادي هو حدوث الاتصال الجنسي فعلا⁽³⁾، ولهذا لا تقع جريمة الزنى بما دون الوطء من أفعال الفحش والصلات الأخرى، التي يرتكبها أحد الزوجين مع غيره⁽⁴⁾. ومن أجل ذلك يجب أن يثبت الحكم بإدانة وقوع الوطء، إما بدليل يُشهد عليه مباشرة، وإما بدليل غير مباشر تستخلص منه المحكمة ما يقنعها بأنه لابد وقع⁽⁵⁾، ولا تقع الجريمة إذا مكنت الزوجة من نفسها حيوانا⁽⁶⁾.

وتقع الجريمة التامة بمجرد الإيلاج، بصرف النظر عن الإشباع الجنسي أو لا، ويشترط القانون أن يتم الوقاع برضى الزوجة، وإذا حصل على الزوجة بدون رضاها عُدَّ اغتصابا⁽⁷⁾، ولا تقوم جريمة الزنى باتيان المرأة في دبرها، لأنه لابد أن يتم الفعل في القبل، وأن يكون من عضو الذكر، وليس باستعمال شيئا آخر، كما لا تقوم جريمة الزنى بتلقيح المرأة اصطناعيا دون علم زوجها أو على الرغم من اعتراضه⁽⁸⁾.

الشروع في جريمة الزنى: لا يعد الشروع في الوطء في نظر القانون زنى⁽⁹⁾، فالشروع غير معاقب عليه في جريمة الزنى⁽¹⁰⁾ بوصفها جنحة، ولا عقاب على الشروع في الجنح إلا بنص خاص، وهي حالات واردة في القانون على سبيل الحصر، وليس الزنى من بينها، وعليه فإذا وقف الأمر عند حد البدء في تنفيذ الفعل، وتوقف ولو بسبب خارج عن إرادة الجاني كحضور الزوج فجأة، فلا عقاب لعدم

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص131.

(2) شهبال دزي، مرجع سبق ذكره، ص153.

(3) نقض جنائي رقم 766، بتاريخ 21-12-1948، مجموعة القواعد القانونية، ج7، لسنة 18ق، ص720.

(4) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع السابق.

- محمود احمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص24.

(5) غ ج نقض رقم 20، 34051-03-1984، المجلة القضائية الجزائرية، عدد2، 1990، ص269.

(6) عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1957، ص157.

-الحافظ تقي الدين محمد علي المعروف بابن دقيق العيد، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ص124.

(7) عبد السلام مقلد، الجرائم المتعلقة على شكوى والقواعد الخاصة بها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص74.

(8) إدوارد غالي الدهبي، جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، بنغازي، المجلد3، 1973، ص67.

(9) جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1976، ص32.

- محسن عبد العزيز، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص43.

(10) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع السابق، ص470.

- محسن عبد العزيز، نفس المرجع السابق، ص39.

- أحمد أمين، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص467.

- عبد السلام مقلد، نفس المرجع السابق، ص74.

حدوث الوطء فعلا طبقا لنص المادة 31 عقوبات جزائري، فلا عقاب كذلك على الزنى المستحيل استحالة قانونية، مثال ذلك الزوجة التي تسلم نفسها لرجل في الظلام معتقدة أنه زوجها⁽¹⁾. وجريمة الزنى جريمة بسيطة تكتمل أركانها بصلة جنسية واحدة ولو لم يستمر الأمر سوى برهة واحدة، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في صورة متكررة متتابعة، إذ قد تمتد العلاقة مدة طويلة بحيث تتعدد فيها أفعال الاتصال الجنسي⁽²⁾. وإذا ما قارنا هذا الركن بأركان جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية، نجد أن هذه الأخيرة تشترط في جريمة الزنى الموجبة للحد وقوع الوطء المحرم، المتعمد من بالغ، عاقل في فرج امرأة، ولا توجد شبهة تدرأ الحد⁽³⁾. إذن الركن الأول في القانون الوضعي مطابق لما جاءت به الشريعة الإسلامية وهو وقوع الوطء الحرام أي الوطء غير المشروع وهو الوطء في القبل، لأن هذا الوطء موجب للحد، ولا خلاف بين الفقهاء أن الوطء في الدبر غير موجب للحد⁽⁴⁾.

الركن الثاني: قيام الرابطة الزوجية (الركن المفترض)

يُعد هذا الركن ركنا مفترضا لقيام هذه الجريمة لأن الرابطة الزوجية هي التي تلتزم الطرف المتزوج بالتزام الأمانة والإخلاص للزوج الآخر⁽⁵⁾.

ولهذا يجب أن يكون الزواج صحيحا مستوفيا جميع شروطه القانونية، فلا يقع الزنى إذا اختل شرط من شروط الزواج، ويستوي الأمر أن يكون عقد الزواج رسميا أو عرفي⁽⁶⁾، فالزواج العرفي له كيانه الشرعي والقانوني، وبناء عليه فإذا ارتكب الفعل من أي منهما، باتصاله اتصالا جنسيا بغير زوجه فإنه يُعد مرتكبا لجريمة الزنى متى توافرت باقي أركانه⁽⁷⁾ والحال كذلك بالنسبة للعقد الفاسد أو الباطل⁽⁸⁾، لأن في الحالتين لا يصح استمتاع أحدهما بالآخر، وإذا فُسِخَ عقد الزواج استحال قيام جريمة الخيانة الزوجية، ولو عن فعل ارتكب قبل النطق بالفسخ⁽⁹⁾ ويكون للبطلان والفسخ هذا الأثر، ولو كان أحد الزوجين يجهل سببه ويعتقد بصحة الزواج لأن للبطلان والفسخ أثر رجعي.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم، الخاص، مرجع سابق، ص470.

(2) رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص308.

(3) محمد عطية راغب، جرائم الحدود في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة القاهرة الحديثة، 1961، ص56.

(4) نصر فريد واصل، الوسيط في جريمة الزنى، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1976، ص27.

(5) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص302.

(6) عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص54.

- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص130.

(7) عبد الحميد الشواربي، شرح قانون مكافحة الدعارة والجرائم المنافية للأداب، المكتب القانونية منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص145.

- محمد عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص15.

- غ ج، ملف رقم 39171، 24-02-1987، عن: جلالى بغدادى، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج2، مرجع سابق، ص183.

(8) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص131.

(9) محمد عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص15.

وإذا دفع المتهم بالخيانة الزوجية، بعدم صحة العلاقة الزوجية وجب على المحكمة الجزائية أن توقف سريان الدعوى حتى يفصل في النزاع في الزوجية من طرف القضاء المختص بالأحوال الشخصية، وإذا تبين بطلان الزواج، على المحكمة الجزائية أن تأمر بالإيقاف من تلقاء نفسها⁽¹⁾. ولا يتصور قيام الزوجية إلا في الفترة المحصورة بين انعقاد الزواج وانحلاله وصيرورت الحكم نهائيا⁽²⁾، وأي فعل يقع من الزوج مع آخر خارج هذه الفترة لا يُعد زنى معاقب عليه، ولكن يجب توضيح ما إذا كان الفعل مقترفا خلال فترة العدة أو بعدها، فإذا كان الفعل خلال فترة العدة، قامت به الخيانة الزوجية⁽³⁾، أما بعد انقضاء العدة فلا تقوم الجريمة لانقضاء الرابطة الزوجية.

وبالنسبة للبائن بينونة صغرى أو كبرى فإنه ينهي العلاقة الزوجية في الحال. وبالنسبة للمخطوبين إذا خان أحدهما الآخر، فلا يعتبر الفعل هنا زنى لأنه لم يصبح زواجا بعد⁽⁴⁾، وماذا عن الزواج الذي لم يتم الدخول فيه، هل تقوم جريمة الزنى؟

هناك من يرى من فقهاء القانون أنه يكفي صحة العقد، ولا عبء بكون الفعل اقترف قبل الدخول بالزوجة أو بعده⁽⁵⁾، أما من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، فالأمر يختلف كون الفعل ارتكب قبل الدخول أو بعده من حيث العقاب، أما الفعل فهو مجرم في الحالتين، فالإحصان يتحقق بالوطء.

فلوجب الحد فيما إذا وقع الفعل المجرم قبل الدخول فإن الفاعل يعتبر غير محصن فتوقع عليه عقوبة الجلد أو التغريب، أما إذا كان محصنا أي أن يكون قد تم الدخول فتكون الجريمة جنائية عقوبتها الرجم حتى الموت⁽⁶⁾.

كما أن انحلال الزواج بالوفاة يعتبر في القانون سببا مانعا من قيام جريمة الزنى حتى ولو كانت المرأة تجهل وفاة زوجها، لأن قيام ركن الزوجية له طبيعته الموضوعية⁽⁷⁾. أما الطلاق فيجب التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، الذي ينتج أثره في إنهاء الزواج، سواء كان بائنا بينونة صغرى أم كبرى، لأن الطلاق البائن يزيل ملك الزوج⁽⁸⁾، فالعدة لم تفرض شرعا إلا للتحقق من المشغولية بالحمل من عدمه تحوطا من خلط الأنساب⁽⁹⁾.

(1) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص336.

(2) غ ج قرار 1982/05/18، نشرة القضاة سنة 1983، ص122.

(3) محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص336.

(4) أحمد أمين، مرجع سابق، ص468.

(5) أحمد حافظ نور، مرجع سابق، ص74.

(6) محمد بن احمد ابى سهيل السرخسي، المبسوط، ج9، دار المعرفة، بيروت، 1414-1993، ص36.

- ابو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 9، مكتبة القاهرة، 1388، 1968، ص35-42.

- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج 4، دار الحديث، القاهرة، 1425-2004، ص218-219.

(7) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص472.

(8) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص89.

(9) نقض مصري رقم 129، بتاريخ 1930/12/11، مجموعة القواعد القانونية، ج2، ص155.

وعليه فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الطلقة الرجعية الثانية تصبح بائنة بينونة صغرى متى انقضت العدة قبل أن يراجع الزوج زوجته، وأن حكم البينونة الصغرى أنها تزيل الملك، وإن لم تُزل الحل، أي أن الزوج يستحيل عليه مقاربتها إلا بعقد ومهر جديدين، بدون أن يكون هذا الاستحلال موقوفاً على تزويجها بزوج آخر، كما هو الحال في البينونة الكبرى، وإذا لم يجدد المطلق العقد على مطلّقه، كان ذلك ما يفيد أن عدتها قد انقضت، وبانت منه بينونة صغرى، ولها أن تتزوج من تشاء، فإذا ما اتهمت المطلقة بارتكاب الزنى في المدة التي كانت فيها بائنة قبل تجديد العقد فإنه لا عقاب عليها قانوناً⁽¹⁾ والحال كذلك إذا دفع المتهم أو شريكه أنه مطلق، أو أنه لم يكن متزوجاً أصلاً، أو أن زواجه باطل أو فاسد جاز للمحكمة أن توقف الدعوى الجزائية إلى غاية الفصل في الدعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية⁽²⁾.

الركن الثالث: القصد الجنائي (الركن المعنوي)

جريمة الزنى من الجرائم العمدية والتي يشترط لقيامها الركن المعنوي وهو القصد الجنائي بعنصرية العلم والإرادة⁽³⁾، فيجب أن يعلم الزوج الزاني أو الزوجة الزانية بارتباطهما بزواج صحيح، وأن كلا منهما يتصل بغير زوجه⁽⁴⁾، وأن تتجه إرادتهما إلى إتيان الفعل المجرم⁽⁵⁾، وعليه فإن جريمة الزنى لا تقوم إذا ثبت أن الاتصال قد حصل على غير رضى الزوجة، بأن يكون ذلك نتيجة إكراه مادي أو أدبي، ففي هذه الحالة تكون الزوجة مجنبا عليها في جريمة واقعة أنثى بغير رضاها (الاغتصاب)⁽⁵⁾، كما نجد أن المادة 339 عقوبات جزائري في فقرتها الثانية (02) تشترط علم شريك الزوجة بأنها مرتبطة بعلاقة زوجية، وهذا ما اعتمدته مجلس الدولة في قراره على أنه لا تطبق المادة 339 عقوبات على الشريك الذي ارتكب جريمة الزنى مع امرأة إلا إذا كان يعلم أنها متزوجة⁽⁶⁾ وشرط توافر العمد متفق مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وبما أن جريمة الزنى جريمة عمدية لا بد فيها من علم الزاني

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص132.

- نقض مصري رقم 179، بتاريخ 1953/02/03، مجموعة أحكام النقض، س4 رقم 1007 لسنة 91 ق، ص469.

(2) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع سابق، ص131.

(3) نفس مرجع سابق، ص132.

- غ ج، 1969/03/25 نشرة العدالة 1969، ص203.

(4) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص69.

- فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002، ص237.

- عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا، وجرائم الاغتصاب - هتك العرض- الفعل الفاضح- الدعارة، مرجع سابق، ص08.

- رشاد محمد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1989، ص34.

(5) محمود أحمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص32.

(5)-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص132.

(6) جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص134.

- عبد الخالق النواوي، مرجع سابق، ص13.

والزانية بحرمة الوطء المرتكب منهما، ثم ارتكابه رغم ذلك، وقد أجمع فقهاء الشريعة أيضا أنه لا حدّ على المرأة المكرهة على إتيان الزنى أيا كان نوع الإكراه، واستدلوا على ذلك بقول الرسول عليه الصلاة والسلام "رُفِعَ عن أمتي ثلاث: الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽¹⁾. وعليه لابد من توافر القصد الجنائي لقيام الجريمة، سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية.

فالأزوجة التي ثبت أنها خدعت وسلمت نفسها لرجل أجنبي معتقدة أنه زوجها، ومثل هذه الحالة كما لو تسلل رجل في الظلام ودخل إلى مخدعها وسلمت له نفسها ظنا أنه زوجها، فهنا الفعل قد وقع بدون رضی أي بدون قصد⁽²⁾، وعليه لا تقوم جريمة الزنى، أما بالنسبة للجاني يُعدّ مرتكبا لجناية موافقة أنثى بدون رضاها (الاغتصاب)⁽³⁾.

كما أنه لا عقاب على الزوجة التي تعتقد أن عقد زواجها باطل، وأن زوجها الغائب قد مات أو أنها حُلّت من رابطة الزواج، أو أنها قد تلقت بالبريد إشعار طلاق مزور⁽⁴⁾. وهناك مسألة جديدة بالطرح، وهي إذا كان الإكراه من الزوج نفسه، كما لو أجبر هذا الأخير زوجته على الاتصال الجنسي برجل آخر، بغية الكسب من ورائها، أو غيره من الأعمال غير المشروعة⁽⁵⁾، هل تعاقب الزوجة إذا رضي الزوج بهذا الفعل؟

في مثل هذه الحالة قضت محكمة النقض المصرية بسقوط حق الزوج في تحريك الدعوى إذا ما كان فعل الزوجة بعلمه ورضاه⁽⁶⁾.

إن علم الزوج ورضائه بزنى زوجته يشكل في حقيقة الأمر جريمة التحريض على إتيان الرذيلة وانتشارها في المجتمع، وعليه لابد من معاقبة هذا الزوج على جريمة التحريض على الفسق والدعارة الواردة في المواد من 342 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري. وعلى هذا النحو سار المشرع الإيطالي من خلال نص المادة 561 على: "عدم معاقبة الزوجة إذا كان الزوج هو الذي حرضها على الدعارة أو استفاد من كل ذلك بأي وسيلة كانت".

(1) محمد عطية راغب، مرجع سابق، ص 19.

- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 1، ص 56.

- فتح الباري، ج 3، ص 102، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1979.

(2) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ج 1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 134.

(3) جندي عبد المالك، الموسوعة الجبائية، ج 4، دار إحياء التراث العربي، 1976، ص 74.

(4) عبد المهيم بكر، القصد الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1959، ص 250.

(5) أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2014، ص 294.

(6) نقض مصري رقم 28، بتاريخ 1965/02/15، مجموعة أحكام النقض، س 16 طبعة 40 لسنة 35 ق، ص 124.

يضيف المشرع المصري ركنا رابعا وهو ركن خاص بالزوج وحده، وحتى تكمل أركان جريمة الزنى في جانب الزوج يشترط أن يتم اقتراف فعل الزنى بمنزل الزوجية، ومعنى ذلك أنه قد يرتكب الزوج فعل الزنى ولا تكتمل أركان الجريمة إذا اقترفه خارج مسكن الزوجية ولا يمكن في هذه الحالة معاقبته.

الفرع الثاني: الأحكام الإجرائية لجريمة الزنى وعقوبتها

لما كان أذى جريمة الزنى يمتد، إضافة للزوج، إلى كل من الأولاد والعائلة جميعها، رأى المشرع، حفاظا على مصالح الجميع، وجوب رضى الزوج المتضرر بتحريك الدعوى العمومية، الأمر مخالف للأصل العام، لدى تعين عدم التوسع في هذا القيد، وقصره على الحالة الواردة في النص، فإداء، قدم الزوج شكواه، صارت الدعوى كأى دعوى تسير وفقا للأحكام الإجرائية المقررة إلى غاية المحاكمة وصدر الحكم. وستتم دراسة هذا الفرع من خلال البندين التاليين:

البند الأول: الأحكام الإجرائية لجريمة الزنى

البند الثاني: عقوبة جريمة الزنى

البند الأول: الأحكام الإجرائية لجريمة الزنى

المبدأ العام في الإجراءات الجزائية أنه للنيابة العامة السلطة في تحريك الدعوى العمومية ضد الجاني، فهي تنوب عن المجتمع، وهذا ما نصت عليه المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فهذه هي الوظيفة الأساسية للنيابة العامة، إلا أن المشرع قيدها في بعض الجرائم ولا اعتبارات خاصة، اد اشترط لتحريك الدعوى العمومية، شكوى تقدم من الشخص المجني عليه، وورد ذلك على سبيل الحصر. وجريمة الزنى من بين الجرائم التي اشترط المشرع لتحريك النيابة العامة الدعوى بشأنها، أن تسبق بشكوى من الزوج المتضرر، فما هي إجراءات تقديم الشكوى وكيف يمكن إثبات جريمة الزنى. ويقسم هذا البند إلى، أولا الشكوى وإجراءاتها، وثانيا يتضمن طرق الإثبات في جريمة الزنى.

أولا: الشكوى وإجراءاتها

1- تقديم الشكوى

كما سبقت الإشارة إليه، فإن متابعة الزوج الجاني وتحريك الدعوى العمومية ضده، لا بد أن يكون ذلك بناءً على شكوى الزوج المضرور، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة (04) من المادة 339 عقوبات جزائري، سواء تعلق الأمر بزنى الزوج، أو بزنى الزوجة.

وهذا القيد الوارد على حرية النيابة في تحريك الدعوى العمومية، يُعَدُّ استثناء من القاعدة العامة، وهو من النظام العام، فإذا لم يقدم الزوج المضرور شكوى ضد الزوج الجاني، فلا يجوز للنياية العامة أن تتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق السابقة لرفع الدعوى⁽¹⁾.

فإذا فُرض وحركت النيابة العامة الدعوى العمومية من تلقاء نفسها، اعتبر هذا الإجراء باطلا⁽²⁾ وعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبولها⁽³⁾.

إن سبب وضع المشرع لهذا القيد هو كون هذه الجريمة ذات طبيعة خاصة تتطلب التستر على الأعراس⁽⁴⁾ والحرص على سمعة الأسرة، لأن تحقيق المصلحة الاجتماعية مرهون بتحقيق المصلحة الأسرية، فالأسرة هي النواة الأولى للمجتمع⁽⁵⁾. فجريمة الزنى تتأذى منها في الوقت نفسه مصلحة الزوج المجني عليه⁽⁶⁾ والأولاد والعائلة، كما سبقت الإشارة إليه، وفي سبيل رعاية هذه المصلحة وحفاظا على العلاقات الأسرية، اشترط المشرع وجوب تقديم شكوى من الزوج المجني عليه (المضرور)، فهو وحده أقدر على تحديد من هو أحق بالحماية، كون إجراءات المتابعة والمحاكمة يمتد أثرها إلى المجني عليه نفسه⁽⁷⁾. وبهذه الشكوى يزول القيد الذي كان يحد من سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية⁽⁸⁾.

فالشكوى إجراء يباشر من طرف المجني عليه (المضرور) إلى الجهات المختصة (الشرطة القضائية أو النيابة العامة) بهدف تحريك الدعوى العمومية.

لم يشترط المشرع شكلا معينا في الشكوى، فقد تكون مكتوبة كما قد تكون شفوية، ويمكن للمجني عليه تقديمها في أي وقت، ابتداء من يوم العلم بالجريمة، مالم تنقض بسبب من أسباب الانقضاء⁽⁹⁾ على

(1) عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص59.

(2) مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 1980، ص97.

(3) عدلي عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957، ص77.

(4) فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص89.

- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الخاصة في القانون المصري، مطبعة الاستقلال الكبرى، 1985، ص82.

(5) أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، ط3، 2012، ص10.

(6) عبد الوهاب العشماوي، الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1953، ص270.

(7) علي شمال، السلطة التقديرية للنياية العامة في الدعوى العمومية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص232.

- أسامة عبد الله فايد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص287.

(8) فواز عبد المنعم أحمد، الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي، المكتب العربي الحديث، المملكة العربية السعودية، 2001، ص54.

- أوهابية عبد الله، مرجع سابق، ص11.

(9) أنظر المواد من 06 إلى 08 من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.

عكس القانون المصري الذي حدد لها مدة ينقضي خلالها حق المضرور في تقديم شكواه، وهي ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ علم المجني عليه بالجريمة⁽¹⁾.

وتقدم الشكوى طبقا لنص المادة 339 عقوبات جزائري من المجني عليه شخصا كما يمكن أن تقدم من وليه أو موكله بتوكيل خاص⁽²⁾.

وتقدم الشكوى ضد المسؤول جزائيا عن الجريمة، ويجب أن يتم تعيينه، وعلى النيابة العامة اتخاذ الإجراءات ضد الزوج الجاني وشريكه في الجريمة، حتى ولو لم يذكر في الشكوى، بل حتى ولو طلب الزوج المضرور صراحة عدم إنفاذ الدعوى في حق الشريك، كون حظ هذا الأخير مرتبط بحظ الفاعل الأصلي، وفي حالة عدم مبادرة الزوج المضرور بالشكوى فإن الشريك يستفيد من ذلك.

وإذا ارتبطت جريمة الزنى بجريمة أخرى، فالمبدأ العام أن يكون الحكم بالنسبة للجريمة ذات العقوبة الأشد⁽³⁾ فإذا ارتكبت جريمة الزنى في مكان عام مثلا فيكون لهذا الفعل وصفان، جريمة الزنى وجريمة الفعل العلني المخل بالحياء، وجريمة الزنى هي التي عقوبتها أشد، غير أن المشرع اشترط لتحريك دعوى جريمة الزنى، تقديم شكوى من الزوج المضرور، وإلا منع عن النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بشأنها، فإذا لم يقدم الزوج شكوى بشأن جريمة الزنى، فإن ذلك لا يمنع من معاقبة الجاني عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء التي لا يشترط بالنسبة لها تقديم شكوى.

2- التنازل عن الشكوى

مادامت المتابعة الجزائية معلقة على شكوى، فإن سحب هذه الشكوى يضع حدا للمتابعة ضد الفاعل وشريكه⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 339 عقوبات⁽⁵⁾، واستقرت أحكام المحاكم على أن حق المجني عليه في التنازل عن شكواه يكون في أية مرحلة كانت عليها الدعوى مادام الحكم لم يصبح نهائيا، ويترتب عليه إنقضاء الدعوى وتعتبر كأن لم تكن⁽⁶⁾. والتنازل عن تحريك الشكوى من المجني عليه يجعله في وضع الرضى بالجريمة، حيث يختلف القانون الوضعي عن الشريعة الإسلامية إختلافا كبيرا حول رضى الزوج المضرور، فالشريعة الإسلامية تعاقب الزوج الزاني أكان برضى زوجه أو بدون رضاه، كما تعاقب الزوج العالم مسبقا بزنى زوجته، ويطلق على هذا النوع من الأزواج وصف الديوث.

(1) المادة الثالثة (03) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(2) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص134 وما بعدها.

(3) أنظر المدة 34 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص136.

(5) كانت المادة 339 عقوبات قبل تعديلها تجعل صفح الزوج ممكنا حتى بعد صدور الحكم بالإدانة.

(6) علي زكي العرابي، المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط1، القاهرة، 1951، ص16.

أما التشريع الجزائري فلم يُعط لهذه الحالة أي حكم، غير أن الفقهاء اختلفوا بشأن الرضى السابق، لأن الرضى اللاحق يمحو وصف الجريمة ويوقف سير الدعوى.

في حالة التنازل عن الشكوى تقضي المحكمة ببراءة المتهم، وليس بعدم قبول الدعوى، لأن سقوط الدعوى بالتنازل يمكن اعتباره كسقوط الحق في إقامة الدعوى بمضي المدة⁽¹⁾، وهذا الحكم يتفق والقواعد العامة التي تحكم الدعوى العمومية، إذ نصت المادة السادسة (06) في فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية على أن الدعوى العمومية تنقضي في حالة سحب الشكوى إذا كان شرطا لازما للمتابعة.

والأصل أن الشريك يستفيد من هذا السحب وفقا للقواعد العامة للاشتراك⁽²⁾.

آثار وفاة الزوج المذنب: وفاة الزوج المذنب، يوقف المتابعة، وإذا تُوفي قبل تحريك الشكوى، فلا تجوز متابعة الشريك.

آثار وفاة الزوج المضرور: إن وفاة الزوج المضرور بعد تقديمه للشكوى لا يؤثر في المتابعة التي تظل قائمة على أساس أن الجريمة تمس المجتمع وتخص النظام العام⁽³⁾.

آثار الطلاق: لا تقبل الشكوى بعد الطلاق من أجل وقائع سابقة عن الحكم بالطلاق، ذلك أن الشاكي لم يُعد له صفة الزوج طبقا لنص المادة 339 عقوبات لكن الشكوى المقدمة قبل الطلاق تستمر إلى ما بعد الطلاق⁽⁴⁾.

3- تقادم الحق في تقديم الشكوى

لكي يقال أن الدعوى العمومية سقطت بالتقادم يجب أن تمضي مدة معينة من يوم وقوع الجريمة دون انقطاع، والمدة المقررة لسقوط الدعوى العمومية بالتقادم تكون حسب نوع الجريمة والعقوبة المقررة لها، وجريمة الزنى جنحة، والتقادم في مواد الجناح حسب نص المادة الثامنة (08) من قانون الإجراءات الجزائية، مرور ثلاث (03) سنوات كاملة من يوم اقتراف الجريمة. ولكل من الزوجين أن يدفع بسقوط الدعوى بالتقادم⁽⁵⁾. وسقوط الدعوى الجزائية يترتب آثاره على الدعوى المدنية أيضا⁽⁶⁾، ويستفيد الشريك من هذا الدفع، ويحق له أن يدفع به ولو لم يدفع به الزوج، وتبدأ مدة التقادم في الحساب من اليوم التالي لارتكاب آخر الأفعال⁽⁷⁾. لكن ما هو الحكم إذا كان الزوج المضرور غائبا؟

(1) أحمد حافظ نور، مرجع سابق، ص 250.

(2) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 136.

(3) نفس مرجع سابق، ص 136-137.

(4) نفس المرجع سابق، ص 136-137.

(5) محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص 95.

(6) عثمان أمال عبد الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 112.

(7) إبراهيم حامد الطنطاوي، التقادم الجنائي وأثره في إنهاء الدعوى وسقوط العقوبة، دار النهضة العربية، 1998، ص 72.

يرى البعض أنه في حالة ما إذا كان الزوج غائبا، يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى والد الزوج أو أولاده، غير أن البعض الآخر يرى أن توقف سريان المدة لحين حضور الزوج⁽¹⁾.

ثانيا: أدلة الإثبات في جريمة الزنى

الإثبات هو إقامة الدليل على وجود واقعة ارتكاب الفعل المجرم، وذلك بالطرق المحددة قانونا، والأصل أنه يمكن إثبات الأفعال المجرمة بكافة الوسائل وبكل الطرق في المواد الجزائية، والسلطة التقديرية في ذلك تعود للقاضي. والإثبات في جريمة الزنى حددته المادة 341 عقوبات جزائري كالتالي: "الدليل الذي يُقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي من حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

من خلال نص هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري حدد الوسائل المقبولة كدليل إثبات على جريمة الزنى وقد وردت على سبيل الحصر وهي:

- 1- محضر إثبات حالة التلبس بالجريمة
- 2- الإقرار الكتابي من المتهم (الاعتراف الكتابي)
- 3- الإقرار القضائي

ووجود دليل من هذه الأدلة ليس معناه الإدانة حتما، بل لابد أن يقتنع القاضي بالأدلة وللمتهم حق إثبات العكس.

1- إثبات حالة التلبس

كي تثبت حالة التلبس وتترتب عليها أحكامه يجب أن تشاهد الجريمة في إحدى الحالات المبينة والمحصورة في نص المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية وهي:

- تعتبر في حالة تلبس إذا كانت الجناية أو الجنحة مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها.
- تعتبر في حالة تلبس إذا كان الشخص المشتبه فيه قد ارتكبها في وقت قريب جدا من وقوع الجريمة وقد تبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجنحة.
- أن ترتكب الجريمة في منزل، وكشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها.

(1) محمد حنفي محمود، الإدعاء المباشر في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص114.

وإثبات حالة التلبس وحتى يعتد بها كدليل يجب أن تكون قائمة على محضر محرر من قبل ضباط الشرطة القضائية ليس إلا، وعليه قد حدد المشرع من هو ضابط الشرطة القضائية في نص المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية.

وعلى هذا الأساس أنه إذا لم تكن الجريمة المتلبس بها محررة في محضر ممن تتوفر فيه صفة ضابط الشرطة القضائية لا يعتد به كدليل إثبات.

فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها⁽¹⁾ على أنه قد يتعذر على ضابط الشرطة القضائية وأعوانه مشاهدة المتهمين متلبسين بالزنى، وعليه يكفي أن تقع مشاهدتهما عقب ارتكاب الجريمة بقليل وهما في وضعية أو ظروف أو حالة لا تترك مجالا للشك أنهما باسرا العلاقة الجنسية.

ووجود حالة التلبس مسألة موضوعية تفصل فيها نهائيا محكمة الموضوع، وعلى المتهم إثبات العكس، أي أنه لم يقع أو إن ما وقع كان حالة شروع، والشروع في الزنى لا عقاب عليه.

2- الإقرار الكتابي:

الإقرار هو الاعتراف⁽²⁾ وهو إخبار الإنسان بما عليه وهو ضد الجحود⁽³⁾ أي الاعتراف بالمدعى به، إذ أن المتهم يعترف على نفسه بارتكاب الجريمة⁽⁴⁾، كما يعرفه البعض على أنه اعتراف المتهم بكل أو بعض الواقعة المنسوبة إليه أو بظروفها⁽⁵⁾ أو هو اعتراف المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها⁽⁶⁾. والإقرار هو حجة قاصرة على المقر، فلا يتعداه إلى غيره⁽⁷⁾ ويجب أن يكون هذا الإقرار قد أدلى به المتهم وهو في كامل إرادته ووعيه⁽⁸⁾ بعيدا عن الانفعالات النفسية، وأن يكون مكتوبا، ويكفي أن يتضمن الإقرار ما يدل على وقوع الجريمة، والأمر متروك للمحكمة، فهي التي تقدر إن كانت هذه العبارات تفيد كدليل على وقوع الجريمة أم لا⁽⁹⁾، فالإقرار الصادر تحت الإكراه لا يجوز الاعتماد عليه، ويجب أن يكون واضحا وبدون لبس أو غموض، ويتناول مضمونه ذكر علاقة جنسية⁽¹⁰⁾.

(1) غ ج-20/03/1984 ملف 34051، المجلة القضائية 1990/2، ص239.

(2) عبد الخالق النواوي، مرجع سابق، ص60.

(3) محمد الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج 3، دار الكتاب العربي، لبنان، ط 07، 1414هـ، ص137.

(4) حسين محمد مجوم، موسوعة العدالة الجنائية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ط4، 2003، ص195.

(5) علي زكي العرابي، مرجع سابق، ص572.

(6) حسين محمد مجوم، نفس مرجع سابق، ص195.

(7) محمد عبد الرحمن الأغيش، السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط 1، 1417هـ، ص645.

(8) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج2، دار الفكر العربي، مصر، 1989، ص198.

(9) غ ج.م.ع، 30 ديسمبر 1986، ملف 14320، المجلة القضائية، عدد3، 1989، ص289.

(10) غ ج.م.ع، 02 فيفري، قرار رقم 57 غير منشور.

ملاحظة: هل الصور الفوتوغرافية تعتبر أدلة مقبولة لإثبات جريمة الزنى كما يرى الدكتور أحسن بوسقيعة⁽¹⁾ ؟

إن المادة 341 عقوبات جزائري أوردت أدلة الإثبات على سبيل الحصر، وهي حالات استثنائية من قواعد الإثبات بوجه عام، ولا يجوز التوسع في الاستثناء، حيث أن المحكمة العليا وفي عدة قرارات عابت فيها على قضاة الموضوع الذين أدانو المتهمين بناء على قرائن لم تنص عليها المادة 341⁽²⁾. كما أنها نقضت قرارا ادن المتهمين بناء على شريط فيديو، واعتبرت هذا الأخير لا يشكل دليلا من الأدلة الواردة على سبيل الحصر في المادة 341 لإثبات جريمة الزنى⁽³⁾، وقياسا على ذلك فإنه حتى الصور الفوتوغرافية لم يرد ذكرها في نص هذه المادة، وبالتالي لا تقبل كدليل إثبات في هذا النوع من الجرائم التي شدد فيها المشرع بحصر أدلة إثباتها، والأمر نفسه في الشريعة الإسلامية.

3- الإقرار القضائي

عرفت محكمة النقض الإقرار القضائي⁽⁴⁾ على أنه "يعد اقرارا قضائيا اعتراف المتهم أمام قاضي التحقيق في محضر السماع الأول"، كما عرفته أيضا على أن "الاعتراف بالجريمة أمام قاضي من قضاة النيابة يعتبر إقرارا قضائيا يلزم صاحبه"⁽⁵⁾.

كما عرفه الفقه على أنه اعتراف المتهم بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه، والاعتراف هو قول صادر من المتهم يقر فيه بصحة التهم المنسوبة إليه كلها أو بعضها⁽⁶⁾ ويجب أن يكون الاعتراف صريحا باقتراح الجريمة⁽⁷⁾.

وبناء على ما تقدم يعتبر الإقرار القضائي، الاعتراف الصادر من المتهم على نفسه أمام الجهات القضائية، وحتى يعتبر الإقرار القضائي دليلا يجب أن يكون المعترف عاقلا مميزا ويكون اعترافه صريحا لا يحتمل لبسا أو تأويلا.

والإقرار القضائي شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفق مقتضيات المادة 213 قانون الإجراءات الجزائية⁽⁸⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص134.

(2) غ ج م.ع، 1989/07/02، ملف 59100، المجلة القضائية، عدد3، 1991، ص244.

- غ ج م.ع، 1990/09/21، ملف 69957 المجلة القضائية، عدد3، 1993، ص205.

(3) غ ج م.ع، 2009/06/24، ملف 443709 مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009، ص380.

(4) غ ج م.ع، 1996/06/26، ملف 120961، غير منشور.

(5) غ ج م.ع، 12 جوان 1984، ملف 28830، المجلة القضائية، عدد1، 1990، ص279.

(6) أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص11.

(7) عبد الحميد الشواربي، الإثبات في ضوء القضاء والفقه، النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص69.

(8) غ ج، 2 ديسمبر 1980، ملف 21440، مجموعة قرارات الغرفة الجزائية، ص26.

- جنائي 1984/06/12، ملف 28837، المجلة القضائية 1/1990، ص279، مرجع سابق.

والاعتراف يخضع بالضرورة للقواعد العامة، فلا يُعدُّ اعترافاً أقوال متهم على زميله في الاتهام، كأن يعترف الزوج الزاني على نفسه ويذكر شريكه، كما أنه لا يمكن إدانة الزوج استناداً على إقرار الزوج الثاني، حيث نقضت المحكمة العليا في قرار لها تم فيه إدانة الزوج بناءً على إقرار زوجه الثاني⁽¹⁾ كون الإقرار يلزم صاحبه فقط.

خلاصة القول: أنه فيما عدا الوسائل الثلاثة السابق بيانها لا تقبل أية وسيلة أخرى لإثبات جريمة الزنى مثل الشهادة⁽²⁾، وتبعاً لذلك قضت المحكمة العليا في عدة مناسبات بنقض قرارات أدانت متهمين بالزنى استناداً إلى قرائن غير منصوص عليها في المادة 341 عقوبات⁽³⁾، رغم تقديم الدليل على قيام الجريمة، فإن ذلك لا يمنع القاضي من استعمال سلطته في تقدير الدليل⁽⁴⁾.

البند الثاني: عقوبة جريمة الزنى

تختلف نظرة الشريعة الإسلامية إلى الزنى عن نظرة القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية حين تقرر المسؤولية أو العقوبة فهي تنظر إلى فعل الوطء ذاته لما فيه من رذيلة وفاحشة، وعليه فالعقوبة في الشريعة الإسلامية حد من حدود الله، وهي إما الجلد أو التغريب للبكر والرجم للمحصن، و تعد هذه الجريمة من الناحية الشرعية جنائية.

أما القوانين الوضعية فهي لا تعاقب على جريمة الزنى إلا عند ما يكون أحد طرفي العلاقة غير المشروعة أو كلاهما متزوجاً، والجريمة هنا تعد جنحة ولا عقاب على الشروع فيها.

كان المشرع الجزائري قبل التعديل يفرق بين زنى الزوج وزنى الزوجة، فالعقوبة بالنسبة لهذه الأخيرة أشد أما بعد التعديل، أصبحت العقوبة واحدة. وستتم دراسة هذا الموضوع من خلال :

أولاً: عقوبة جريمة الزنى في القانون الوضعي

ثانياً: عقوبة جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية

أولاً: عقوبة جريمة الزنى في القانون الوضعي

لم يعد يفرق قانون العقوبات الجزائري في العقوبة بين زنى الزوجة و زنى الزوج، فمتى توافرت أركان الجريمة وتم تحريك الدعوى العمومية بواسطة شكوى المجني عليه، فإن الزوج المتهم يعاقب وفق نص المادة 339 عقوبات بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق نفس العقوبة على الشريك في الجريمة.

(1) غ ج م ع، 2000/11/22، ملف رقم 210717، المجلة القضائية 2002، عدد خاص 1، ص 263.

(2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 134.

(3) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 135.

(4) نفس المرجع السابق.

فإذا إقترنت جريمة الزنى مع غيرها من الجرائم إقترانا حقيقيا أو صوريا، وجب تطبيق القواعد العامة في تعدد الجرائم والعقوبات⁽¹⁾.

ولما كانت جريمة الزنى تعتبر من الجرح، فلا عقاب على الشروع فيها لعدم النص، وعليه ولصحة الحكم بإذانة المتهم يشترط :

- إثبات قيام جريمة الزنى حسب الأدلة الواردة في قانون العقوبات.
 - أن تكون الدعوى الجزائية قد رفعت بناءً على شكوى الزوج المجني عليه.
 - أن لا يتنازل الزوج المجني عليه عن شكواه.
- وتقديم الشكوى وكما سبق ذكره ليس له ميعاد محدد، وبالتالي يخضع فقط للقواعد العامة لتقديم الدعوى العمومية في مواد الجرح وهي ثلاثة سنوات⁽²⁾.

على خلاف المشرع المصري، الذي يحدد المدة التي يجب ان يقدم فيها المجني عليه شكواه، بثلاثة أشهر من تاريخ العلم الأول بالجريمة وليس من تاريخ آخر علاقة وإلا سقط حقه في ذلك⁽³⁾، وحسنا فعل المشرع المصري بتحديد المدة التي يجب فيها على الزوج المتضرر أن يرفع شكواه، بثلاثة أشهر، حتى يغلق الباب بعدها أمام إمكانية استعمال حق الشكوى كسيف بيد الزوج المتضرر يسلطه على رقبة الزوج الآخر متى شاء لإبتزازه.

غير أن المشرع المصري ميز في العقوبة، فجعل عقوبة الزوجة الزانية لا تزيد عن ثلاثة سنوات، بينما عقوبة الزوج الزاني لا تزيد عن ستة أشهر⁽⁴⁾، مما يعتبر مساسا واضحا لمبدأ المساواة وتمييزا صارخا على أساس الجنس.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد أخضع.

الزنى لنص المادة 242 مدني فرنسي والتي تنص على: "يمكن أن يطلب الزوج أو الزوجة الطلاق إذا ما وقع من شريكه خيانة ما يؤدي إلى انتهاك حرمة وواجبات الزوج والتزاماته أو عاد إليها، وجعل بذلك الحياة الزوجية غير ممكنة". أي أن الزنى أصبح ينظر إليه على أنه خطأ مدني كغيره من الأخطاء⁽⁵⁾. أما قديما فكان الانفصال الجثماني يرفع عن مسكن الزوجية صفته، فلا يعد معاشرة الخلية من طرف الزوج فيه زنى، و لا يحق للزوجة أن تدفع بزناه، بينما تسأل هي إن ارتكبت⁽⁶⁾.

(1) محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية قانون العقوبات، مرجع سابق، ص80.

(2) المدة 8 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري

(3) نقض 27-02-1967، مجموعة احكام النقض س18، طعن رقم 1452 لسنة 36، رقم 52، ص27.

(4) المادة 277 عقوبات مصري.

(5) عبد الرحيم صدقي، جرائم الشرف في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والفرنسي، مكتبة نهضة الشرق، ط1986، ص174.

(6) Garçon, Op.cit, n°121, p908. Art 336 et 337.

ثانياً: عقوبة جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية

تندرج عقوبة الزنى في الشريعة الإسلامية بين الحد والتعزير. يسمى العقاب في الشريعة الإسلامية حداً، وهو العقوبة المقررة حقاً لله سبحانه وتعالى، وذلك أنها لا تقبل الإسقاط⁽¹⁾، أما العقوبة التي أمر بها القاضي تسمى تعزير⁽²⁾ ومعنى التعزير التأديب⁽³⁾.

وكانت أول عقوبة نزلت في الزنى قوله تعالى: "وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَحْشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا"⁽⁴⁾، ثم جاء قوله تعالى: "وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَذَوْهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا"⁽⁵⁾. قال البعض أن الآية الأولى نزلت في النساء، أما الثانية خاصة بالرجل والمرأة على السواء⁽⁶⁾، ثم نزلت الآية: "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ"⁽⁷⁾.

واتفق الفقهاء على أن الحد المقرر لزنى المحصن رجلاً كان أو امرأة، عقوبته الرجم حتى الموت، أما غير المحصن، فجلده مائة جلدة في مشهد من الناس والتغريب⁽⁸⁾، ثم جاء بعد ذلك حديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: "خذوا عني، قد جعل الله لهن سبلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"⁽⁹⁾، واستقر الحكم على الجلد في حق غير المحصن، والرجم في حق المحصن⁽¹⁰⁾ والرجم يجب على المحصن بإجماع أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل دم إمريء مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والقاتل، والتارك لدينه المفارق للجماعة"⁽¹¹⁾. ويشترط في الرجم أن يكون هناك إحصان، والإحصان هو مجموعة من الصفات، اعتبرها الشارع لوجوب الرجم،

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، مرجع سبق ذكره، ص634-635.

- عبد القادر بن محمد بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص83.
(2) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1413/1993، ص457.

(3) ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، ص561-562.

- عبد الكريم زيدان، نفس المرجع السابق، ص445.

(4) سورة النساء، الآية 15.

(5) سورة النساء، الآية 16.

(6) أ الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، ج 6، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 2001، ص501 وما بعدها.

(7) سورة النور، الآية 02.

(8) عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص272.

(9) صحيح البخاري، ج8، دار طوق النجاة، ط1، 1422، ص171، حديث رقم 6831.

، صحيح مسلم، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص1316 حديث رقم 1690.

سنن ماجه، ج2، دار إحياء الكتب العربية، ص852، حديث رقم 2549.

(10) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص115.

(11) صحيح البخاري، ج9، ص5، حديث رقم 6878.

صحيح مسلم، ج3، ص1302،، ص25، حديث رقم 1676.

- عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص636.

وهي: العقل، البلوغ، الإسلام، الحرية، النكاح والعفة⁽¹⁾، واتفق الفقهاء على شروط الإحصان إلا فيما يتعلق بالإسلام فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاث آراء:

1- الإحصان هو الإسلام: بمعنى أن المسلم إذا زنى وجب رجمه، فإحصان الشخص هو إسلامه، سواء كان متزوجاً أو غير متزوج، وهذا الاتجاه تبناه ابن عابدين⁽²⁾ ومعنى ذلك أنه يجب تشديد العقاب على المسلم وتخفيفه على غير المسلم.

2- الإحصان هو الزواج والإسلام: والإحصان في هذا الاتجاه أن يكون الشخص مسلماً ومتزوجاً معاً كما يشترط أن يكون قد تم الدخول بين الزوجين⁽³⁾.

3- الإحصان هو الزواج: والمحصن وفقاً لهذا الرأي هو المتزوج بغض النظر عن ديانتها أو كونه رجلاً أو امرأة، وحجته أن المحصن توافرت لديه كافة الموانع التي تمنعه من ارتكاب الفاحشة، وقدر قيمة العدوان على العرض حق قدره، ولذلك فإذا أصر على ارتكابها توقع عليه أقصى العقوبة الدنيوية⁽⁴⁾.

تنفيذ العقوبة: إذا كان الزاني رجلاً أقيم عليه الحد ولم يوثق بشيء، ولم يحضر له، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يحضر ماعزاً وهو يرمج، أما إذا كانت امرأة فالحضور لها حسن، وذلك لأنها تضطرب إذا مستها الحجارة وربما ينكشف شيء عن عورتها⁽⁵⁾.

علانية تنفيذ الحد: يجب أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين لقوله تعالى: وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ...⁽⁶⁾. وهل يكفي إقرار واحد لإقامة الحد؟

يرى مالك أنه يكفي لوجوب الحد، إقرار واحد إذا كان بالغاً، عاقلاً، ممن يصح منه الإقرار ولو كان أحرس. وقد رجم رسول الله عليه الصلاة والسلام ماعزاً بإقراره على نفسه، وقال (ص) لأنيس: "أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها، فاعترفت فرجمها"⁽⁷⁾.

وإشترط ابن حمبل الإقرار أربع مرات وزاد أبو حنيفة في أربع مجالس⁽⁸⁾.

هل يجوز إقامة حد الرجم على الحامل أو المريض؟

(1) الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986/1406، ص37.

- ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424-2003، ص489.

(2) عبد الرحيم صدقي، جرائم الشرف بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص187.

(3) ابن قدامة، المغني، ج9، مرجع سابق، ص38-40.

(4) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424-2003، ص56.

(5) ابن قدامة، المغني، ج9، مرجع سابق، ص39.

(6) سورة النور، الآية 2.

(7) الصادق عبد الرحمن الغرياني، ج4، مرجع سبق ذكره، ص629.

- صحيح البخاري، ج8، دار الطوق النجاة، ط1، 1422، ص167-168، حديث رقم 6827.

سنن أبي داود، ج4، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، ص153، حديث رقم 4445.

- سنن البيهقي، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003، ص393، حديث رقم 16992.

(8) ابن جزي، مرجع سبق ذكره، ص521.

اتفق الفقهاء أنه لا يجوز إقامة الحد على الحامل وإنما يجب تأخيرها حتى تضع حملها فإن وضعت تأخر حتى ترضعه القدر اللازم، أما المريض إذا كان حده الرجم، بأن كان محصناً، حُد، أما إذا كان حده الجلد، لا يجلد حتى يبرأ⁽¹⁾، وبعد تمام الرجم يغسلان ويدفنان وأغلب أهل العلم يرون الصلاة عليه⁽²⁾. وأما عقوبة غير المحصن الجلد والتغريب (النفي).

أ- الجلد: وردت عقوبة الجلد بنص الكتاب في قوله تعالى، "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ...." ⁽³⁾. ويضرب الزاني واقفا غير ممدود، يقول علي عليه السلام: "يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا"⁽⁴⁾. كما لا ينبغي أن يكون في موضع واحد من الجسد، بل يفرق على الجسد كله، حيث يأخذ كل عضو من أعضائه حقه إلا الوجه والفرج⁽⁵⁾، وزاد علي (ض) الرأس⁽⁶⁾، ويجرد الزاني من لباسه إلا الإزار الذي يستر عورته⁽⁷⁾.

ب- التغريب (النفي):

وهو النفي والإبعاد وهو يعد عقوبة تكميلية لعقوبة الزنا، والتغريب هو النفي، فيجوز تغريب الرجل، أما المرأة فلا يجوز⁽⁸⁾، لأن فيه تعريضا لها للفساد في ديار الغربة ⁽⁹⁾. واختلف الفقهاء في الجمع بين الجلد والتغريب.

يرى أبو حنيفة أن التغريب ليس واجبا ويرى مالك والشافعي وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب لأنهم يعتبرون أن التغريب حدا كالجلد وحجتهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "البكر جلد مائة وتغريب عام"⁽¹⁰⁾.

إذن مما سبق يتضح اختلاف العقوبة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بالإضافة إلى أن جريمة الزنى تعتبر في الشريعة الإسلامية جنائية بينما في القوانين الوضعية فهي جنحة.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، دار الفكر، د ت ن، ص245 وما بعدها.

- عبد الكريم زيدان، ج5، مرجع سابق، ص166.

-الصادق عبد الرحمان الغرياني: ج4، نفس المرجع السابق، ص638-639.

(2) ابن الهمام، ج5، مرجع سابق، ص228.

-الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع السابق، ص636.

(3) سورة النور، الآية 2.

(4) عبد الكريم زيدان، ج5، مرجع سابق، ص150.

(5) الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع السابق، ص635.

(6) ابن الهمام، ج5، نفس مرجع سابق، ص231.

(7) عبد الكريم زيدان، نفس المرجع السابق، ص147-148.

(8) عبد الكيم زيدان، نفس المرجع السابق، ص463.

-الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع السابق، ص637.

(9) عبد الكريم زيدان، نفس المرجع السابق، ص463..

(10) صحيح البخاري، ج9، ص200.

- صحيح المسلم، ج9، ص71.

كما تعتبر الجريمة في نظر الشارع جريمة أخلاق يجب حماية المجتمع منها، أما القوانين الوضعية فتعتبرها اعتداء على الأمانة الزوجية فالحماية للزوج الثاني وليس المجتمع.

الفرع الثالث: عذر الاستفزاز بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:

أباح الفقه الجنائي والفقه الإسلامي القتل في حالات استثنائية، محددة، على أن يكون ذلك بيد الحاكم، وقد روعيت حالة القتل التي تقع نتيجة لاستفزاز، أو تحت ضغط الشعور العاطفي الشديد، كالغضب والثورة، والاستفزاز النفسي الذي يتعرض له الجاني من المجني عليه، مما يدفعه إلى محاولة قتله أو المساس بسلامة جسمه، وقد اعتبر عذر الاستفزاز ظرفاً مخففاً أو مُعفياً من العقاب.

فبعض التشريعات اعتبرت عذر الاستفزاز مخففاً للعقاب كالتشريع الجزائري والتشريع المصري والكويتي، والسوداني، والإنجليزي، وبعض التشريعات جعلته ظرفاً مُعفياً من العقاب كالتشريع الفرنسي (قبل تعديله) والسوري واللبناني.

وقد نصت المادة 279 عقوبات جزائري على أنه "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الإعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه في حالة تلبس بالزنى". فما موقف الشريعة الإسلامية من عذر الاستفزاز، ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال البندين التاليين:

البند الأول: طبيعة عذر الاستفزاز و العلة من تقريره في القانون الوضعي.

البند الثاني: عذر الاستفزاز في الشريعة الإسلامية.

البند الأول: طبيعة عذر الاستفزاز والعلة من تقريره في القانون الوضعي:

القتل عند الاستفزاز قتلٌ عمديٌّ أي جنائيٌّ ولكن باقترانها بهذا العذر يختلف الرأي في وصف الجريمة.

- الرأي الأول يرى أن هذا العذر يغير من وصف الجنائية فيحولها إلى جنحة.

- الرأي الثاني يرى أن هذا العذر لا يغير من وصف الجريمة فلا يغيرها من جنائية إلى جنحة وإن

تغيرت العقوبة⁽¹⁾.

- والرأي الراجح يرى أن هذا العذر خاص بالزوج ويتصل بحالته النفسية نتيجة مشاهدته لزوجته في

حالة تلبس بالزنى، فهو ينشئ جريمة من نوع خاص بجنحة القتل العمد⁽²⁾.

وقد قيل لتفسير التخفيف من عقاب الزوج في هذه الحالة، أن الزوج يقدم على ارتكاب جريمته

بسبب حالة الغضب والانفعال التي تنتابه حين يفاجئ شريك حياته متلبساً بالزنى، الأمر الذي يدفعه إلى

الاعتداء على زوجته وشريكه تحت تأثير المفاجأة التي لا يمكن معها التفكير الهادئ، ومن ثم يندم لديه

أي قدر من الاختيار، ولذا وضع في حسابه أن أقصى ما يمكن أن يصل إليه هو قتل هذا الزوج، وبسبب

(1) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 136-137.

(2) نفس المرجع السابق.

ذلك تخفف عقوبة القتل العمد، وهذا لا يمنع من استفادته من العذر إذا كانت جريمة ضرب أقصى إلى موت أو جناية ضرب، أو جرح نشأت عنه عاهة مستديمة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فإن المحكمة العليا في قرار لها⁽²⁾ اعتبرت أن هذا العذر وضع لتخفيض العقوبة ومعنى ذلك أن وصف الجريمة يبقى على حاله وإنما يستفيد من العذر الشرعي فقط، وهذا ما يتماشى ونص المادة 52 عقوبات جزائري.

إن نطاق العذر يشمل كلا الزوجين، فالمشرع الجزائري ساوى في جريمة الزنا بين الزوجة والزوج من حيث العقوبة، وكذلك فعل من حيث الاستفادة من العذر المخفف للعقوبة.

عكس ما فعل المشرع المصري الذي جعل الاستفادة من هذا العذر خاص بالزوج وحده دون الزوجة، وهذا ما يدل على عدم المساواة في العقوبة وفي عذر الاستفزاز⁽³⁾.

أولاً: شروط تطبيق عذر الإستفزاز:

لتوافر العذر لا بد من توافر شروط بعضها عام والآخر خاص، أما الشروط العامة فهي الأركان الخاصة بالقتل العمد⁽⁴⁾ أي الركن المادي والركن المعنوي و القصد الجنائي أي اتجاه إرادة إنسان إلى إزهاق روح إنسان آخر.

وبجانب هذه الأركان العامة يجب توافر شروط خاصة في هذا العذر وهي:

1-صفة الجاني

2-عنصر المفاجأة

3- ارتكاب الفعل في الحال.

1- صفة الجاني:

أن يكون الجاني أحد الزوجين، وأن يكون المعني عليه الزوج الآخر أو شريكه، وأن تكون الزوجية قائمة وقت ارتكاب الفعل، فإذا ارتكبت المرأة جريمة الزنى وهي في فترة العدة من طلاق رجعي، وقتلها زوجها انطبق العذر المخفف لأن المجني عليها مازالت زوجته⁽⁵⁾.

وقد أضافت بعض التشريعات هذا العذر إلى الأب والأخ، ومن هذه التشريعات القانون الإيطالي المادة 587 عقوبات، والقانون البلجيكي المادة 413 عقوبات، والقانون البرتغالي المادة 732 عقوبات. وذهب بعض الشراح إلى أنه، إذا سبق إدانة الزوج في جريمة الزنى يحرمه ذلك من التمسك بعذر

(1) نفس المرجع السابق.

(2) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 136-137.

(3) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996. - محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دار الفكر العربي، الطبعة 2، 1991، ص 262.

(4) أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 8.

(5) محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 131.

الاستفزاز. لكن الرأي الراجح أن نص المادة 279 عقوبات جزائري جاء مطلقاً دون تخصيص، ولهذا فالجاني في هذه الحالة يستفيد من العذر. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية (1).

2- المفاجأة في حالة التلبس بالزنى:

معنى التلبس هنا هو ذلك التلبس الوارد في نص المادة 341 عقوبات جزائري الخاصة بأدلة الإثبات، ويتحقق ذلك في الأحوال التالية:

- مشاهدة الزاني وشريكه في حال ارتكاب الفعل أو عقب ارتكابه.
- أن تتم مشاهدتهما في ظروف لا تترك مجالاً للشك في أنهما ارتكبا الفعل المكون لجريمة الزنى. وعليه فشرط المفاجأة ينطوي على عنصرين هما: عنصر المفاجأة وعنصر التلبس.

أ- عنصر المفاجأة: إن المفاجأة تتوفر عندما يكون أحد الزوجين واثقاً من زوجه وحسن أخلاقه، ثم يفاجئه ومتلبس بالزنى أو يشك في ذلك، فتحدث المفاجأة وتتحقق علة التخفيف، وهي ثورة الجاني وعدم قدرته على ضبط نفسه. و لا تتوفر حالة التلبس اللازمة لتطبيق العذر إذا فوجئ أحد الزوجين بالإطلاع على رسالة في حقيبة زوجه، تفيد علاقة جنسية بشخص آخر، وتتحقق المفاجأة، سواء كان الزوج لا يتوقع على الإطلاق وقوع الزنى، أم كان يتوقع ذلك ولكنه لم يكن واثقاً منه (2). والزوج الذي تصله إشاعات عن وجود عشيق لزوجته يتردد عليها فأراد التحقق من ذلك، فتظاهر بالذهاب إلى السوق مثلاً بينما هو كامن في المنزل وحضر العشيق واختلى بزوجته، وهمّ بارتكاب الفاحشة معها، فبرز الزوج وإنهال عليه طعناً حتى قتله أو قتلها في الحال، يستفيد من العذر (3).

ب- عنصر التلبس: يقصد بالتلبس بالزنى في نص المادة 279 عقوبات جزائري، أن يضبط أحد الزوجين زوجه الآخر، إما حال ارتكاب لفعل الزنى، وإما عقب ذلك ببرهنة وجيزة، وهذا هو المعنى الذي يتحقق به عنصر المفاجأة (4)، وعليه فالتلبس هو مشاهدة أحد الزوجين للآخر في وضع مريب، لا يدع مجالاً للشك، في أن الزنى قد وقع أو على وشك الوقوع (5). وقد ذهب الفقه إلى اعتبار أنه يجب أن يشاهد أحد الزوجين بنفسه، فلا يكفي توافر الإشاعة أو اعتراف الزوجة (6)، ويجب أن يقع الزنى فعلاً بحصول الوطء، وعلى هذا لا يطبق العذر إذا كانت الزوجة وعشيقتها في وضع لا تصل إلى حد الجماع

(1) نقض 12 ديسمبر 1966، مجموعة أحكام النقض لسنة 17، رقم 237، ص 1242.

(2) أحمد محمود خليل، مرجع سبق ذكره، ص 80.

(3) نقض 1925/11/03 مجلة المحاماة س 6 رقم 1960، ص 421.

(4) علي عبد القادر الفهواجي، مرجع سبق ذكره، ص 183.

(5) نقض 1925/11/03 مجلة المحاماة، مرجع سابق، ص 421.

(6) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 539.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 317.

مثل العناق.. فإذا قتل زوجته، فإنه لا يستفيد من عذر الاستفزاز ويمكن للقاضي تخفيف العقوبة⁽¹⁾، إذا رأى ذلك.

3- القتل في الحال:

القتل في الحال شرطٌ مرتبطٌ ارتباطاً وثيقاً بالعلة من تخفيف العقاب، وقد إشتراطه المشرع صراحةً، وعبر عنه باللحظة لأن علة العذر تتطلب أن يقع القتل أثناء الثورة النفسية التي تنتاب أحد الزوجين، فعبارة "اللحظة" لا يعني الفورية، فالزوج الذي يبحث عن سلاح في غرفة مجاورة أو مكان قريب يستفيد من العذر طالما أن انقضاء هذا الوقت لم يؤد إلى تهدئته وتمكنه من السيطرة على انفعالاته، أما الزوج الذي يرتكب القتل بعد فشل المفاوضات بينه وبين شريك زوجته للحصول على تعويض، لا يستفيد من هذا العذر وهذا كله متروك لقاضي الموضوع⁽²⁾. إذ مناط العذر هنا أن يكون هناك تعاصر بين حدوث المفاجأة بالزنى، وما ينبعث عنها من استفزاز، وبين ارتكاب جريمة القتل، وتقدير ما إذا كان القتل قد حصل في الحال أم لا، مسألة موضوعية يعود تقديرها للقاضي⁽³⁾.

ثانياً: عقوبة القاتل المُستَفَز: نصت المادة 279 عقوبات جزائري على أن الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبساً بالزنى، ويتركب ضده جريمة قتل، يستفيد من الأعذار المقرر في نص المادة 52 عقوبات، والتي يمكن أن تكون، إما الإغفاء من العقوبة، وإما التخفيف منها، على حسب الحالة، والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وقد تطبق عليه تدابير الأمن، و السؤال الذي يثور هو حالة ما إذا فاجأ أحد الزوجين زوجته متلبساً بالزنى وأراد قتله، فاستطاع الزوج الزاني قتله دفاعاً عن نفسه، وبما أن القاتل تتوفر فيه جميع شروط الدفاع الشرعي المنصوص عليها في المادة 40 عقوبات، هل يحق له الاستفادة من هذه الظروف ويبرأ من جريمة القتل؟ هذا من جهة، من جهة أخرى بما أن المجني عليه في جريمة الزنى قد هلك ولا يمكن تحريك الدعوى العمومية المربوطة بشكوى الزوج المضرور مما يجعل الزوج الزاني وشريكه يفلتان من العقاب⁽⁴⁾.

ما يمكن استخلاصه مما سبق أن الزاني عندما دافع عن نفسه وقتل زوج المجني عليه كان في حالة تلبس بجريمة الزنى، والتي كانت سبباً في استفزاز الزوج المجني عليه وهجومه على الزاني لقتله، فإن الزوج المقتول كان في حالة دفاع عن عرضه، مما يستوجب عدم استفادة الزوج الزاني من أي ظرف من ظروف التخفيف، وعلى المشرع أن يحرمه منها.

(1) عزت عبد القادر، جرائم العرض وإفساد الأخلاق، القاهرة، 1996، ص154.

- عبد العزيز محمد محسن، مرجع سبق ذكره، ص411.

(2) فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص466.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص399.

(3) جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء 05، مرجع سابق، ص826.

(4) نقض 1998/12/03 مجموعة القواعد القانونية، رقم 11682، السنة 66 منشور في الموسوعة الجنائية الحديثة، ص735.

من خلال استعراض عذر الاستفزاز، نجد كما سبقت الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوجين في الاستفادة من هذا العذر، وهو الدليل على توفر مبدأ المساواة بين الجنسين، عكس المشرع المصري الذي أهدر مبدأ المساواة بين الجنسين، سواء عند تقرير العقوبة أو عند الاستفادة من العذر، إذ جعله مقصوراً على الزوج دون الزوجة، و الحال أنه كما يتفاجأ الزوج بزوجه في حالة ضبطها متلبسة بالزنى، تتفاجأ الزوجة أيضاً، في حالة ضبطها لزوجها متلبساً به.

ثالثاً: التمييز بين الدفاع الشرعي والاستفزاز:

رغم أن الشخص في حالة الدفاع الشرعي والشخص المُستفز يشتركان في كون أنه يصدر عنهما رد فعل عنيف، نتيجة فعل غير مشروع، صادر عن شخص آخر، غير أن هناك فروق أساسية بين الدفاع الشرعي وحالة الاستفزاز، تتم معالجتها فيما يلي :

1- من حيث الأساس: الدفاع الشرعي هو المقارنة بين حقين: حق المعتدي وحق المعتدى عليه، مع إعطاء الأفضلية لحق المدافع، وهذا يعطيه الحق في الرد على المعتدي بأفعال تعد جرائم، أما أساس الاستفزاز فيرجع إلى حالة الانفعال الشديد التي تضغط على إرادة المستفز فتضعف من مجال الاختيار لديه.

2- من حيث الهدف : يهدف الدفاع إلى وقاية الحق من خطر اعتداء وشيك أو بدأ ولم ينته بعد، بينما يهدف الشخص في حالة الاستفزاز إلى الانتقام من المعتدي بعد انتهاء الاعتداء.

3- من حيث الحدود: يستفيد من الدفاع الشرعي الشخص المعرض للعدوان والغير، على عكس الاستفزاز يجب أن يكون رد فعل المعتدى عليه ضد الشخص الذي استفزّه.

4- حيث التناسب يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن تكون وسيلة الدفاع متناسبة مع درجة الاعتداء، وهذا الشرط غير مطلوب في حالة الاستفزاز.

5- من حيث الآثار المترتبة: يُعد الدفاع الشرعي سبباً موضوعياً للإباحة يستفيد منه المهدد بالاعتداء أو الغير، ويترتب عليه إباحة أفعال الدفاع، فلا يسأل المدافع لا جنائياً ولا مدنياً، أما الاستفزاز فيبقى لرد فعل الاستفزاز وصف الجريمة ويسأل عنها ويخفف عنه العقاب فقط ويسأل مدنياً عن تعويض الضرر.

ويترتب على توافر حالة الدفاع الشرعي أن تصدر جهة التحقيق أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى، بينما تحيل النيابة العامة المتهم في حالة الاستفزاز إلى القضاء لتحديد مسؤوليته⁽¹⁾.

(1) محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 319 وما بعدها.

البند الثاني: عذر الاستفزاز في الشريعة الإسلامية:

لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية عذر الاستفزاز كما هو الحال بالنسبة لفقهاء القانون، وإنما أوردوه إما في باب الحدود أو الجنايات أو الدماء أو باب المهدورون في أنفسهم تحت عنوان قتل الزوج لزوجته عند رؤيته لها في حالة تلبس بالزنى، عبر عنها الدسوقي بعذر الغيرة التي صيرته كالمجنون⁽¹⁾. ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾ إلى إباحة القتل دفاعاً عن العرض وإستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: "من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون عرضه فهو شهيد"⁽³⁾. إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول البينة أي الدليل في إثبات واقعة الزنى. فأما الحنفية⁽⁴⁾ فلا يشترطون البينة، والقتل حل ولا قصاص على الزوج القاتل وإن كانت المرأة مطوعة قتلها. وهذا قول للشافعية⁽⁵⁾ وقول للحنابلة⁽⁶⁾.

أما جمهور الفقهاء يشترطون إقامة البينة على ذلك أو إعتراف المقتول بفعله قبل موته، وأن يكون محصناً، وإلا فإن القاتل يطلب بالقود والقصاص أو الدية، لانه يمكن لرجل أن يدعو رجلاً آخر لدخول بيته لعمل شيء ثم يقتله لضغينة في نفسه ويقول وجدته مع امرأتي، كما يمكن أن يقتل الرجل زوجته للتخلص منها لشيء في نفسه ويدعي أنه وجدها تزني⁽⁷⁾. وعليه يشترط المالكية شهود على ثبوت الزنى، كالمرود في المكحلة، ودليلهم ما روي عن سعد بن عباد قال لرسول الله عليه الصلاة والسلام: رأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً، أمهله حتى آتي بأربعة شهداء، قال: نعم، وإلا كان عليه القود⁽⁸⁾، وبه قال الحنابلة⁽⁹⁾، والشافعية⁽¹⁰⁾.

وبه قال الإمام أبو زهرة ودليله إلى جانب واقعة سعد بن عباد، ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يتعدى، إذ أقبل رجل يعدو، ومعه سيف جرد من غمد ماطخ بالدماء، حتى آوى إلى مجلس عمر، وأقبل جماعة من الناس، فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته، فقال عمر للرجل: ما يقول هؤلاء، فقال الرجل: ضربت فخدي امرأتي بالسيف، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال لهم عمر: ما

(1) الدسوقي، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج4، مرجع سابق، ص239.

(2) محمود أحمد طه محمود، مرجع سبق ذكره، ص155.

(3) أبو داود، سنن أبي داود، ج4، ص246، حديث رقم 4772.

- الترميذي، سنن الترميذي الجامع الكبير، ج3، ص82، حديث رقم 1421.

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، دار الفكر بيروت، ط2، 1412-1992، ص560.

(5) أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج6، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417، ص531.

(6) ابن قدامة، ج10، مرجع سبق ذكره، ص353.

(7) محمود أحمد طه محمود، نفس المرجع السابق، ص155.

(8) الصادق عبد الرحمن الغرياني، ج4، مرجع سابق، ص472.

- الدسوقي، نفس المرجع السابق، ص239.

(9) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5، دار الكتب العلمية، دت.ن، ص510.

(10) الماوردي، الحاوي الكبير، فقه مذهب الإمام الشافعي، ج13، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419-1999، ص457.

يقول الرجل، قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي إمرأته، فأصاب وسط الرجل فقطعه إثنين، فقال عمر للرجل، إن عادوا فعد(1). فهذه الحادثة بينة، كون أولياء المقتول كانوا حاضرين معترفين بالواقعة، وعليه فالواقعة فيها معاينة وإعتراف(2).

ويرى الفقهاء أن الزاني المقتول محصنا كون العقوبة المقررة له الرجم حتى الموت أما البكر فعقوبته الجلد(3). إلا أن هناك من يرى أنه يستوي أن يكون الزاني محصنا أو بكرا كون الحالة النفسية التي يكون فيها الزوج لا تسمح له بالبحث عن كون الزاني محصنا أم بكرا(4) وهذا هو الرأي الراجح. ويتقرر هذا الحق إلى جانب الزوج للأب والأخ(5).

خلاصة القول أن الفقهاء القائلين بوجوب البينة وهي أربعة عدول الرجال يشهدون على نفس الزنى، ويكون القتل محصنا(6)، فلو قبل قوله لأهدرت الدماء وكان كل من أراد قتل رجل أدخله داره وإدعى أنه وجده مع إمرأته(7) إلا أنه في حالة الزوج الذي يرى بعينه ويسمع بأذنه وليس له بينة، إلا الملاءنة، وكان سبب نزول آية الملاءنة، أن هلال بن أمية رأى زوجته في حالة تلبس بالزنى ولم تكن له بينة، فتلاعنا(8).

الخلاصة: لقد سائر المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية فيما يخص دليل إثبات جريمة الخيانة الزوجية، إلا أنه فيما يتعلق بعذر الإستفزاز الوارد في نص المادة 279 من قانون العقوبات، الذي هو قتل أحد الزوجين لزوجته في حالة ضبطه متلبسا بالزنى، أهمل المشرع عنصر دليل الإثبات، كما هو الحال في الشريعة الإسلامية التي تشترط أربعة عدول على نفس الفعل.

المطلب الثالث: حماية الزوجة من الإهمال والعنف

إن الأصل في الزواج من الناحية النفسية، هو توفر الاطمئنان والسكينة، الناتجين عن المودة، التي هي ليست من فعل البشر، وإنما أودعها المولى عز وجل، في قلب كل زوج لزوجته بدليل قوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" (9) ومن الناحية المادية أن يراعي كل زوج الجوانب التي يحتاج فيه الزوج الآخر إلى تكملتها، فيكملها لتتشق سفينة الأسرة عباب بحر الحياة في أمان وتصل بأفرادها إلى شاطئ النجاة

(1) محمد أبو زهران، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.ن، ص394.

(2) نفس المرجع السابق.

(3) الماوردي، نفس المرجع السابق.

(4) الدسوقي، نس المرجع السابق.

(5) نفس المرجع السابق.

- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، مرجع سابق، ص66.

(6) النووي، شرح النووي على مسلم، ج10، مرجع سابق، ص121.

(7) ابن القيم، ج5، مرجع سابق، ص362.

(8) ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424-2003، ص350.

(9) سورة الروم، الآية 21.

المنشود. وهذا إذا سارت الأمور كما ينبغي لها أن تسير. غير أنه ليس هذا دائما ما يكون فقد تنحرف الأمور عن مسارها الطبيعي لسبب أو لآخر وتتحول العلاقة الزوجية إلى عكس ما كان يجب أن تكون عليه فتكون سببا في وقوع جرائم عدة، كالعنف الزوجي بمختلف أشكاله الجسدية التي قد تقضي إلى الجرح الخفيف أو الخطير وحتى إلى الوفاة أحيانا، والنفسي المنفصي إلى عاهات نفسية تصعب معالجتها وتدارك آثارها.

وقد يسلك الزوج سبيل الهروب من مواجهة مسؤولياته المترتبة عن رباط الزواج الذي ربطه مع زوجته فيعتمد إلى إهمالها وتركها، وكلها تعتبر من قبيل الجرائم ضد الأسرة عموما والزوجة بصفة خاصة، وذلك ما سنتم معالجته من خلال:

الفرع الأول: جريمة العنف الزوجي.

الفرع الثاني: جريمة إهمال الزوجة.

الفرع الأول: جريمة العنف الزوجي

تنص المادة 266 مكرر من قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾ على: "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي:

1- بالحبس من سنة (1) إلى ثلاثة (3) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق 15 يوما.

2- بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما.

3- بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.

4- بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها. وتقوم الجريمة، سواء كان الفاعل يقيم أولا يقيم في نفس المسكن مع الضحية، كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف، إذا كانت الضحية حاملا، أو معاقة، أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر، أو تحت التهديد بالسلاح.

(1) القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437/ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية عدد 71.

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين الأولى و الثانية.

تكون العقوبة السجن من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات في الحالة الثالثة، في حالة الصفح".
تنص المادة 266 مكرر1: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات كل من ارتكب ضد زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية.
يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل زوج سابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

لا يستفيد الفاعل من التخفيف إذا كانت الضحية حاملا ومعاقبة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح. يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".
تنص المادة 330 مكرر: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.
يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

إن سبب استحداث المشرع الجزائري لهذه المواد السابق سردها، عند تعديله لقانون العقوبات، كان نتيجة تصاعد ظاهرة العنف ضد المرأة بصفة عامة والزوجة بصفة خاصة، حيث احتل الأزواج المُعنفين المرتبة الأولى⁽¹⁾، ويؤكدوا المختصون أن الرقم المعلن عنه لا يمثل الواقع كون الكثير من النساء لا يتقدمن بالشكوى خشية النظرة المجتمعية السلبية، بالإضافة إلى اعتبار الأسرة وحدة مقدسة لا يمكن المساس بها.

من الملاحظ أنه لا يوجد أسوأ من أن تكون المرأة ضحية عنف من قبل الشريك الحميم، والذي كان من المفروض أن يكون الحامي الأول لها، وعليه ستتم دراسة هذا الموضوع من خلال البندين التاليين.

البند الأول: مفهوم العنف وتحديد أشكاله

البند الثاني: أركان جريمة العنف الزوجي والعقوبة المقررة لكل شكل.

(1) جزيبرس، جريدة الكترونية يوم 2008/11/28.

- الإذاعة الجزائرية يوم 2014/11/24 - 2015/11/24. www.radioalgerie.dz

- براهمة نصيرة، المرأة والعنف في المجتمع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة ورقلة، العدد 18 مارس 2015. Revues-Univ-ouargla.dz.

البند الأول: مفهوم العنف وتحديد أشكاله

أولاً: مفهوم العنف

يعرف العنف على أنه سلوك أو فعل إنساني يتسم بالقوة والإكراه والعدوانية، صادر من طرف قد يكون فرداً أو جماعة أو دولة، وموجه ضد الآخر بهدف إخضاعه واستغلاله في إطار علاقة قوة غير متكافئة، مما يتسبب في إحداث أضرار مادية أو معنوية لفرد أو جماعة أو طبقة اجتماعية أو دولة⁽¹⁾، كما يعرف على أنه: "ممارسة القوة والإكراه ضد الغير عن قصد، وعادة ما يؤدي ذلك إلى تدمير أو إلحاق الأذى والضرر المادي أو غير المادي بالنفس أو الغير"⁽²⁾.

كما يعرف أنه يمثل إيقاع الألم والإيذاء بالمرأة الضحية⁽³⁾.

أما الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة فقد عرفه بأنه: "أي فعل عنيف يدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه أذى، أو معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل، أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء أوقع ذلك في الحياة العامة أو الخاصة"⁽⁴⁾.

ويتدرج العنف بدأ بمرحلة الإيذاء وإلحاق الضرر، إلى حد القضاء على الحياة والقتل، أما منظمة الصحة العالمية فقد عرفت على أنه: "الاستعمال المتعمد للقوة الفيزيائية (المادية) أو القدرة، سواء بالتهديد أو الاستعمال المادي الحقيقي ضد الذات أو ضد شخص آخر أو ضد مجموعة أو مجتمع بحيث يؤدي إلى حدوث (أو رجحان حدوث) إصابة أو موت أو إصابة نفسية أو سوء النماء والحرمان"⁽⁵⁾.

أما العنف الأسري فهو كل سلوك استخدام للقوة، أو السلطة من شخص بالغ في العائلة ضد أفراد آخرين منها، وهذا يدل على تفاقم الأزمة داخل العائلة، وعلى تآكل المقاييس والمعايير الأخلاقية⁽⁶⁾. يتميز العنف الأسري عن سواه إضافة إلى كونه إساءة لاستخدام السلطة والقوة، بكونه إساءة لموقع الحميمة والثقة.

(1) حسين درويش العادلي، العنف ضد المرأة، الأسباب والنتائج، العدد 78 رجب 2005، شبكة النبا المعلوماتية، صحيفة إلكترونية. www.annaba@.org/1bahome/1ho78/014.htm

(2) رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2011، ص19.

(3) شهبال دزي، العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، دراسة تأصيلية وتحليلية وقانونية واجتماعية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص71.

(4) المادة 1 من الإعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة، المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 107/48 المؤرخ في 20 ديسمبر 1993.

(5) منظمة الصحة العالمية، التقرير العالمي حول العنف والصحة، جنيف، صدرت الطبعة العربية في المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، القاهرة، 2002، ص5.

(6) أنتوني عدنز، علم الاجتماع مع مدخلات عربية، ترجمة وتقديم فايز الصياغ، مؤسسة ترجمات، بيروت، ط4، 2005، ص268.

تعريف العنف الزوجي: هو سلوك يصدر في إطار العلاقة الزوجية، ويسميه الغرب بالعنف المنزلي⁽¹⁾، هو عدوان أو إيذاء صادر من الزوج ويمس سلامة جسم الزوجة، بحيث يؤدي إلى الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف جسم الزوجة، أو ينقص من تكاملها، أو يحدث ألما لم تكن موجودة من قبل، سواء كان جسدياً أو نفسياً (معنوياً) أو اقتصادياً، أو بالتهديد والحرمان بطريقة تعني مصادرة حق الزوجة في المساواة مع زوجها، وإلزامها مركز التبعية ضمن نسق العلاقات الزوجية⁽²⁾.

لقد أصبح العنف الزوجي ظاهرة منتشرة، فبات يشكل خطورة كبيرة على الفرد والمجتمع على السواء، كونه يصيب الخلية الأولى والأساسية في المجتمع بالخلل.

وحتى تقوم جريمة العنف الزوجي، يشترط وجود ركن مفترض يشمل عنصرين:

-العنصر الأول: وهو الجاني، والذي يجب أن يكون الزوج هو الذي وقعت منه الأفعال المعنفة.

-العنصر الثاني: وهو المجني عليه، والذي يجب أن تكون الزوجة هي التي وقع عليها فعل التعنيف.

وتعتبر هذه الجريمة من جرائم الاعتداءات التي تقع على جسم الإنسان، فتزهق روحه أو تلحق به الأذى، وقد تكون عمدية أو غير عمدية، وتدخل ضمن جرائم القتل والجرح والضرب والعقوبة تكون حسب جسامة النتيجة، كما يعاقب قانون العقوبات على الأفعال التي تثير الاستفزاز.

ثانياً: أشكال العنف

أشكال العنف عديدة بحسب الزاوية التي ينظر منها، وستتم معالجة الأشكال المحددة في النصوص القانونية السابق ذكرها فقط، حيث حددت ثلاث أنواع من أشكال العنف، وهي العنف الجسدي، العنف النفسي أو المعنوي، والعنف الاقتصادي أو المادي.

1- العنف الجسدي: و يعتبر من أشد أنواع العنف، ومن أكثر الأشكال وضوحاً، فهو عنف مباشر⁽³⁾ وظاهر للعيان، وهو ظاهرة شائعة جداً في المجتمع العربي، وكذا المجتمعات الأخرى فقد يكون باستخدام القوة الجسدية، أو باستخدام أدوات صلبة وحادة، فهو يحبط من كرامة الزوجة، ويلحق بها الأذى الجسدي والنفسي في آن واحد.

(1) يسميه الغرب العنف المنزلي، كونهم يعترفون بالعلاقات خارج الزواج وأن العنف يقع بين من يجمعهم منزل فقط.

(2) عبد الرحمان العيسوي، علم النفس الجنائي، أسسه وتطبيقاته العلمية، الدار الجامعية، بيروت، 1990.

(3) أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص211.

ويشمل العنف الجسدي، الركل، الدفع، الشد من الشعر، التكبيل بالحبال، توجيه اللكمات في الأنف والعين وغيرها، وقد يصل إلى استعمال السلاح الأبيض (كالكسين)، الحرق بالنار أو الماء الساخن، أو مواد التنظيف... وقد يفضي إلى القتل⁽¹⁾.

2- العنف النفسي: فهو كل سلوك يقوم على الإساءة النفسية، لإضعاف ثقة المرأة بنفسها والإخلال بإحساسها، الإذلال والعزلة، يبدأ بالنقد غير المبرر، والتهكم، والسخرية، والإهانة، واستخدام التهديد، والإحراج، وتوجيه اللوم.

فالعنف النفسي من أخطر أنواع العنف، كونه غير ملموس، وليس له أثر واضح، وبالتالي يصعب إثباته من الناحية القانونية⁽²⁾، أما أثاره فهي مدمرة تقع على الصحة النفسية للضحية. والأذى النفسي أشد من الأذى الجسدي، لأنه غالبا ما يؤدي إلى حالات الانهيار العصبي، والأزمات النفسية المتكررة⁽³⁾، كما أن الأفعال ذات الطابع النفسي، لا تكون إلا في شكل أفعال مادية، فتؤدي إلى إعاقة الحركة أو اعتلال في الصحة⁽⁴⁾.

3- العنف الاقتصادي: ويتمثل في قيام الزوج بالسيطرة على موارد العائلة المالية، والتحكم بطرق استخدام المال، بهدف عدم تلبية احتياجات الزوجة الشخصية، وهو أيضا استغلال الزوج للموارد الاقتصادية الخاصة بزوجه، بحيث يحرمها من مرتبها الشهري، أو يأخذ إرثها غصب عنها، أو سرقة ممتلكاتها من الذهب والأثاث، وقد يصل به الأمر إلى حرمانها من الأكل بإتباع سياسة التجويع ومنع الطعام عنها.

البند الثاني: أركان جريمة العنف الزوجي والعقوبة المقررة لكل شكل من أشكالها

إن قيام جريمة العنف الزوجي يشترط أن يكون الجاني (المعتف) هو الزوج غير أن المشرع الجزائري لم يجعله شرطا أساسيا حيث ينص أنه يكفي أن يكون العنف المرتكب على صلة بالعلاقة الزوجية السابقة، كما لا يشترط أن يكون الزوج يقيم في نفس المسكن مع الضحية.

أما فيما يخص أركان وعقوبة جريمة العنف الزوجي فستتم دراسة كل شكل من أشكال العنف على حدى كمايلي:

(1) يترتب على هذا النوع من العنف آثار سلبية تؤدي إلى هدم الكيان الأسري، ومن ثم نشر جيل من الأبناء غير الطبيعيين الذين ينتهجون سلوكات منحرفة بسبب هذا التأثير السيء.

(2) رجاء مكي، سامي عجم، إشكالية العنف، العنف المشرع والعنف المدان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر مجد، بيروت، الطبعة 1، 2008، ص 91.

(3) عبد الحميد إسماعيل، العنف ضد المرأة، مجلة العربي، العدد 548، جويليا 2004، ص 26.

(4) فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 335.

أولاً- أركان جريمة العنف الزوجي الجسدي وعقوبتها

1- أركان جريمة العنف الزوجي الجسدي

أ- الركن المادي: يتكون الركن لمادي من ثلاثة عناصر هي: الفعل والنتيجة والعلاقة السببية.

- **الفعل:** ويتمثل في مجموعة من السلوكات المادية التي تقع من الجاني (الزوج)، وتشكل اعتداء على سلامة جسم المجني عليها (الزوجة)، والتي عبر عنها المشرع بـ "الضرب والجرح" فما معنى الضرب وما معنى الجرح؟

تعريف الضرب: هو كل تأثير يقع على جسم الإنسان، ولا يلزم في الضرب أن يحدث في المجني عليه أثراً⁽¹⁾ أو جروحاً أو يستوجب علاجاً، كما لا يشترط أن يكون على درجة من الجسامة، بحيث يعاقب الجاني على الضرب مهما كان بسيطاً، كما يعتبر ضرباً ما لم يمزق أنسجة الجسم ويكون سطحياً⁽²⁾. وقد يقع الضرب بأداة كالعصا والحجر، وقد يقع بقبضة اليد أو الركل بالقدم، أو باللطم بالكف والضغط على الأعضاء والصدم وال جذب العنيف، وقص الشعر بالقوة، أو جذب الأذن، أو القذف بالماء، أو البصق في الوجه⁽³⁾، كما يعرف الضرب على أنه، كل ضغط أو دفع أو احتكاك بجسم المجني عليه، سواء ترك به أثراً أو لم يترك وسواء كان بآلة أو بدون آلة⁽⁴⁾.

تعريف الجرح: هو كل قطع أو تمزيق في الجسم، أو في أنسجته⁽⁵⁾، ولا يشترط أن يترك أثراً يدل عليه⁽⁶⁾، كالعض، والحروق، والكسر، والتسلخ، مهما كانت باطنية أو ظاهرية، ويحدث الجرح بأي شيء مادي يلامس الجسم، ويصدمه كالسلاح الناري، والعصا أو الحجر، أو أداة حادة قاطعة كالسكين، أو الإبرة وغير ذلك، وقد يحصل الجرح بفعل تحريض حيوان كالكلب...⁽⁷⁾.

وينقسم كل من الضرب والجرح إلى صنفين الأول يؤدي إلى عجز لمدة معينة والآخر يؤدي إلى عاهة مستدامة.

(1) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2010، ص116.

(2) أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 1988، ص226.

- محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص434.

(3) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص44.

(4) عبد الخالق نوي، التشريع الجنائي في الشريعة والقانون الوضعي، المكتبة العصرية، لبنان، 1973، ص360.

(5) مفلح بن مناجي السبيعي، السراية في الجنابات والعقوبات (دراسة مقارنة تطبيقية) رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، لكلية الدراسات العليا، قسم العدالة، 2008، ص17.

(6) مروت نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص120.

(7) محمود صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مرجع سابق، ص50.

- بن الشيخ الحسين، مذكرات في القانون الجزائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص والجرائم التطبيقية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2002، ص62 وما بعدها.

الجرح والضرب المؤدي إلى عجز لمدة معينة: هو ذلك الضرب والجرح الذي يمنع الشخص من مباشرة عمله، بصفة عادية، إذ غالبا ما يبلغ من الجسامة، درجة، ينتج عنها ضرر، يؤدي إلى عجز من يقع عليه، عن القيام بعمله لمدة معينة، قد تطول وقد تقصر، تتطلب معها حالة المضرور تلقي علاجا خاصا، كعلاج الكسور والإصابات في الرأس والأعصاب، إضافة إلى العمليات الجراحية التي يتطلب شفاء المريض منها مدة طويلة من العلاج والنقاهة.

النتيجة: وهي الآثار التي تحدثها تلك الأفعال، أو الضرر الذي يصيب جسم المجني عليها، أي أن النتيجة التي يجرمها القانون هي مساس بحق الإنسان في سلامة جسمه. ويتحقق الاعتداء عندما لا يتمكن الجسم من الاحتفاظ بمستواه الصحي الذي كان يتمتع به قبل حصول الاعتداء عليه⁽¹⁾ فحسب درجة جسامة النتيجة تتحدد درجة العقوبة.

علاقة السببية: ومعنى هذا أن يكون الفعل المرتكب من طرف الزوج هو سبب الضرر الحاصل للزوجة، أي أن يكون الجرح والضرب الحاصل للزوجة بفعل سلوك الزوج الجاني لا غير.

ب- الركن المعنوي: تعتبر جريمة العنف الجسدي (الضرب والجرح) من الجرائم العمدية وبذلك فهي تستلزم القصد العام بعنصرية الإرادة والعلم، بالإضافة إلى القصد الخاص⁽²⁾، فعنصر القصد يتوفر بمجرد ارتكاب فعل الاعتداء مع العلم أن هذا الفعل من شأنه إحداث ضرر، أي أن يكون الفاعل يعلم أن فعله يترتب عليه المساس بسلامة جسد الإنسان، وأن إرادته قد اتجهت إلى تحقيق تلك النتيجة⁽³⁾، كما أنه يسأل عن القصد الاحتمالي، أي أنه يسأل عن جميع النتائج حتى ولو كانت غير متوقعة من قبله.

2- عقوبة جريمة العنف الزوجي الجسدي (الضرب والجرح)

تعددت العقوبات المتعلقة بجريمة العنف الزوجي بحسب جسامة الأذى اللاحق بالزوجة الضحية، فقد يكون جنحة وقد يكون جنابة.

أ- العنف المصنف كجنحة

الحالة الأولى: العنف الزوجي (الضرب والجرح) غير المؤدي إلى مرض أو عجز عن العمل: لقد جرم المشرع الجزائري أعمال العنف (الضرب والجرح) التي تمس بسلامة جسم الزوجة، إلا أنها لم تلحق لها مرضا، أو عجز كلي عن العمل، حيث نصت الفقرة 1 من المادة 266 مكرر على أنه "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر (15) يوما".

(1) محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 361.
(2) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الثامنة، 1985، ص 113.
(3) مزهر جعفر عبيد، شرح قانون الجزاء العماني، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأفراد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 113.

حتى تطبق هذه العقوبة يشترط المشرع تحقق شرطين:

- ألا يؤدي الضرب والجرح إلى مرض أو عجز كلي عن العمل.
- ألا تتجاوز مدة المرض والعجز 15 يوما.

الحالة الثانية: العنف الزوجي (الضرب والجرح) المؤدي إلى مرض أو عجز عن العمل: أما إذا

كان العنف (الضرب والجرح) قد أحدث مرضا أو عجز عن العمل يفوق خمسة عشرة (15) يوما، فقد تكفلت الفقرة 2 من المادة 266 مكرر بتحديد العقوبة بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات، إذن لا بد من تحقق الشروط التالية:

- أن يؤدي الضرب والجرح إلى مرض أو عجز كلي عن العمل.
- أن تتجاوز مدة المرض أو العجز 15 يوما.

كما لا يستفيد الجاني (الزوج) من ظروف التحقيق في الحالتين السابقتين:

- إذا كانت الزوجة حامل
- إذا كانت الزوجة معاقة
- إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر
- إذا ارتكبت الجريمة تحت التهديد بالسلاح
- كما أن صفح الضحية في الحالتين السابقتين يضع حدا للمتابعة الجزائية.

ب- العنف المصنف كجناية (الظروف المشددة)

الحالة الأولى: العنف الزوجي (الجرح والضرب) المؤدي إلى عاهة مستدامة.

- **تعريف العاهة المستدامة:** لم يعرف المشرع الجزائري العاهة المستدامة، أما بالنسبة للفقهاء فهي كل نقص نهائي في منفعة أحد أعضاء الجسم، ولو كان جزئيا، وذلك بقطع العضو أو فصله⁽¹⁾ أو تعطيل منفعته⁽²⁾، ومثالها، كف البصر، أو فقد إحدى العينين، بتر الذراع، فقد جزء من فائدة الذراع بصفة عامة، خلع الكتف، وعسر دائم في الحركة، فقد سلامة أحد أصابع اليد، وعدم إمكان ثني أصبع اليد، عدم انطباق الفك العلوي عن الفك السفلي، العسر في حركات العنق من رفع أو خفض أو إلتفات يمينا أو شمالا، وفقد جزء من عظام الرأس وفصل صوان الأذن بأكمله، واستئصال الطحال بعد تمزقه جزاء الضرب⁽³⁾.

(1) رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم العام، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005، ص 871.
 (2) حسني مصطفى، جرائم الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986، ص 128.
 (3) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 52.

لقد جرم المشرع الجزائري جريمة التعدي على سلامة الجسم، ففي ما يخص العنف (الجرح والضرب) المؤدي إلى عاهة مستدامة تضمنتها الفقرة 4 من المادة 266 مكرر "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) إذا نشأ عن الجرح والضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو إحدى العينين، أو أية عاهة مستدامة أخرى".

جريمة العنف الزوجي (الجرح والضرب) المفضي إلى عاهة مستدامة من الجرائم العمدية يعاقب الجاني (الزوج) على النتيجة، حتى ولو لم تكن نيته قد اتجهت إلى إحداث العاهة المستدامة، إنما يشترط أن يكون الزوج تعمد الضرب الذي نشأت عنه العاهة المستدامة فيحاسب على أساس النتائج المحتملة لفعل الضرب الذي تعمد⁽¹⁾، ويستوي أن يكون قد قصد إحداث العاهة أو لو يقصدها، فالمهم أن يكون هناك علاقة بين فعل الإيذاء والنتيجة، وهي العاهة المستدامة التي لحقت المجني عليها. ولا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف إذا كانت الزوجة (الضحية) حامل، أو معاقة، أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح، وصفح الضحية لا يوقف المتابعة الجزائية وإنما يستفيد الجاني من تخفيف العقوبة لتصبح السجن من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات.

الحالة الثانية: العنف الزوجي (الجرح والضرب) المفضي إلى وفاة الضحية (الزوجة): تناولت الفقرة رقم 4 من المادة 266 مكرر هذا الموضوع حيث نصت على "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها".

ويشترط المشرع في هذه الجناية أن تكون الوفاة بسبب الضرب أو الجرح (علاقة السببية) وأن لا يكون هناك قصد في إحداث الوفاة، فإذا ما كان القصد هو إزهاق روح المجني عليه (الزوجة) كانت الجريمة القتل العمدى⁽²⁾ وليس ضربا وجرحا مفضيا إلى الموت⁽³⁾، وسواء توفيت الزوجة في الحال أو كان الموت لاحقا.

ويتعين أن تتحقق هذه النتيجة فعلا، ومن أجل ذلك يتعين عدم محاكمة المتهم إلى غاية انتظار النتيجة النهائية لعلاج المجني عليها من الإصابات التي لحقت بها، حتى يصنف الفعل على أنه جنائية إذا انتهت هذه الإصابة بالوفاة⁽⁴⁾. وأن تكون هناك علاقة سببية بين فعل العنف (الإيذاء) الجرح والضرب،

(1) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 53.

(2) يطبق عليه نص المواد 254 وما بعدها من قانون العقوبات.

(3) رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 123.

(4) محمود نجيب حسن، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 445.

وبين النتيجة وهي موت المجني عليها، والتي تعتبر عنصرا أساسيا في قيام جريمة العنف (الجرح والضرب) المفضي إلى الموت.

ثانيا- أركان وعقوبة جريمة العنف الزوجي النفسي

1- أركان جريمة العنف الزوجي النفسي

أ- الركن المادي

- **الفعل:** ويتمثل في الاعتداء اللفظي والسلوكات المهنية أو أي تهديد أو ترهيب بسبب الخوف لدى الزوجة كما أن العنف النفسي يحدده المناخ أو نمط السلوك المنتج مع مرور الوقت، وعلى هذا يعتبر عنصري الاستمرار والتكرار عنصريين أساسيين في تحقيق هذا النوع من العنف.

- **النتيجة:** وتمثل في الآثار التي تخلفها تلك الأفعال، وهو التأثير على سلامة الزوجة النفسية، وهذا بدوره يؤثر على السلامة البدنية لها. إن إزعاج الزوجة بصفة مستمرة كتخويفها يجعلها تعيش في رعب دائم مما يسبب اكتئاب نفسي⁽¹⁾.

علاقة السببية: لا يكفي لقيام هذه الجريمة أن يكون هناك فعل ونتيجة ضارة لهذا الفعل، وإنما يجب أن تكون هناك علاقة سببية تربط هذا الفعل بتلك النتيجة حتى يتحمل الفاعل عبئ النتيجة التي أفضى إليها فعله، فإذا قامت العلاقة السببية بين هذا الألم النفسي وبين ما حدث من آثار ضارة على سلامة جسم الإنسان قامت جريمة العنف النفسي.

ويقع عبئ إثبات ذلك على الزوجة، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 266 مكرر 1 على أن لها إثبات العنف الزوجي النفسي بكافة الوسائل.

ب- الركن المعنوي:

وكسائر الجرائم يشترط القصد العام لدى الجاني بعنصرية العلم والإرادة، أي علم الجاني بأن ما يأتيه من أفعال مضرّة بالطرف الآخر، وأن إرادته اتجهت إلى هذا السلوك قصد الحصول على مبتغاه، وهو السيطرة والهيمنة والتخويف، وبالتالي يسأل عن جميع النتائج حتى وإن لم تكن متوقعة لديه.

2- عقوبة جريمة العنف الزوجي النفسي (المعنوي)

حددت عقوبة العنف النفسي المادة 266 مكرر 1 بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات، وعليه فهذه الجريمة مصنفة كجنحة.

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كان الفعل المجرم تم على زوجة حامل، أو معاقة، أو كان بحضور الأولاد القصر أو تحت التهديد بالسلاح. يضع صفة الضحية حدا للمتابعة الجزائية.

(1) محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص 114.

ثالثا: أركان وعقوبة جريمة العنف الزوجي الاقتصادي

1- أركان جريمة العنف الزوجي الاقتصادي

أ- الركن المادي

الفعل: يتمثل في الأفعال التي يمارسها الزوج، كالإكراه والضغط، والتخويف، بإتباع سياسة "هذا وإلا".

النتيجة: وتتمثل في الآثار التي تحدثها تلك الأفعال، وهي رضوخ الزوجة المعنفة لطلبات الزوج المعنف، نتيجة الطمع للاستيلاء على أموالها.

علاقة السببية: وكما سبقت الإشارة إليه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل والنتيجة، بمعنى لولا هذا العنف والضغط والتخويف من قبل الجاني (الزوج)، ما تنازلت الزوجة المجني عليها عن حقوقها المالية له.

ب- الركن المعنوي:

ويتمثل في قصد الجاني، علمه وإرادته أن هذه الأفعال من شأنها إضعاف المجني عليها، والتضييق عليها، حتى تتحقق النتيجة التي يرغب في الحصول عليها، وهي الاستيلاء والتصرف في ممتلكات وموارد زوجته المالية.

2- عقوبة جريمة العنف الزوجي الاقتصادي

حددت المادة 330 مكرر عقوبات جزائري الجزاء المقرر قانونا لهذا النوع من الجرائم، حيث نصت على أنه يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) كل من مارس على زوجته، أي شكل من أشكال الإكراه، أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية".

إذن تعتبر هذه الجريمة جنحة

وصفح الضحية يضع حد للمتابعة الجزائية.

الفرع الثاني: حماية المرأة من الإهمال الزوجي

حظي نظام الزواج العلاقة مقدسة بعدة ضمانات أخلاقية واجتماعية، وقانونية، وعلى هذا الأساس تحضى الآثار والنتائج الناجمة من هذه العلاقة بنفس الضمانات، وأي إخلال بهذه النتائج يعرض فاعله لجزاءات قانونية.

فلقد جرم المشرع الجزائري إهمال الأسرة بصفة عامة، وخص الزوجة بحماية خاصة بها ضد الإهمال، كونها عمود الأسرة الفقري.

وبما أن موضوع البحث حماية المرأة ستنم دراسة موضوع إهمال الزوجة فقط.

والإهمال لغة هو ترك الشيء أو عدم استعماله عمداً أو نسياناً⁽¹⁾، وهو مساو لعدم بذل ما يستحقه الشيء من الاهتمام⁽²⁾، والإهمال هو ما يؤدي إلى الضياع⁽³⁾، فالإهمال هو الحالة التي يقف الفاعل فيها موقفاً سلبيًا، يتمثل في ترك أو امتناع عن اتخاذ ما يستوجب الحيلة والحذر، مما يترتب عليه الإضرار بالحقوق والمصالح المحمية قانوناً⁽⁴⁾. وإهمال الزوجة هو إخلال الزوج بواجباته نحو زوجته وتركها عمداً.

ويختلف إهمال الزوجة في مفهومه الحديث، بعد تعديل قانون العقوبات عما كان عليه قبل التعديل حيث:

كانت تنص المادة 330 في فقرتها 2 قبل التعديل: "الزوج الذي يتخلى عمداً، ولمدة تتجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي".
أما بعد التعديل فأصبحت كالتالي: "الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة شهرين (2) عن زوجته وذلك لغير سبب جدي".

وكما هو واضح فإن عنصر من عناصر الركن المادي لقيام هذه الجريمة اختفى والذي يتمثل في وجود حمل وعلم الزوج بذلك، والذي كان محل نقد حيث لم تكن الحماية مقررة للزوجة، وإنما الحماية كانت للجنين، طفل المستقبل، و بانتفاء عنصر الحمل، تنتفي الجريمة ولا وجه للمتابعة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فمع وجود حمل وعدم علم الزوج بذلك، لا تقوم الجريمة أيضاً، وهذه أدلة قاطعة على أن الحماية كانت مقررة للجنين وليس للزوجة (قبل التعديل).

أما بعد التعديل، فالحماية واضحة هي مقررة للزوجة متى تحقق شروطها.
ستتم معالجة أركان جريمة الإهمال من خلال:

البند الأول: أركان جريمة إهمال الزوجة.

البند الثاني: إجراءات المتابعة والعقوبة المقررة لجريمة الإهمال.

البند الأول: أركان جريمة إهمال الزوجة

لا تقوم جريمة إهمال الزوجة إلا بتوفر شرط أساسي أو ركن مفترض يتمثل في وجود علاقة الزوجية إلى جانب الركن المادي والركن المعنوي كالتالي:

(1) جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، ط7، 1992، ص292.
(2) محمد قلنجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988/1408، ص96.
(3) أبو الهلال العسكري، الفروق اللغوية، دار العلم والثقافة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.
(4) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2000، ص559.

أولا- الركن المفترض

تنص الفقرة رقم 02 المادة 330 على أنه "الزوج الذي يتخلى عمدا... عن زوجته..." تشترط في هذه المادة توافر صفة في الجاني وصفة في المجني عليها، فبالنسبة للجاني يجب أن يكون زوجا للمجني عليها، وتكون هذه الأخيرة زوجة للجاني، ومعنى ذلك أنه لا يعتد بالعلاقة غير الشرعية، فيجب أن تكون الزوجية موجودة وقائمة عند ارتكاب الزوج لجريمة إهمال زوجته⁽¹⁾.
والأصل أن يكون الزواج رسميا، مثبتا بشهادة زواج مستخرجة من سجل الحالة المدنية، وهذا ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

وهنا يثار التساؤل حول الزواج العرفي، هل يعتد به لقيام جريمة إهمال الزوجة؟

في هذه الحالة، لا يمكن للمحكمة التأكد من وجود زواج حقيقي، متوفر على جميع أركان الزواج طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة، وطبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة، على الزوجة المهمة تسجيل الزواج عن طريق حكم قضائي قبل تقديم شكاواها، ومتى ثبت هذا الزواج تكون الجريمة قائمة منذ تحقق أركانها وليس من تاريخ إثبات الزواج، وتسجيله في الحالة المدنية لأن شرط صفة الزوج في الجاني، يشترط توفرها وقت ارتكاب فعل التخلي عن الزوجة، فزوالها قبل الفعل المجرم ينفي عنه صفة الجاني ولا محل لقيام جريمة إهمال الزوجة.

ثانيا- الركن المادي:

يتحقق توفر الركن المادي لجريمة إهمال الزوجة، بتحقيق الأفعال المكونة لهذه الجريمة، وهي ترك الزوج لمسكن الزوجية وتخليه عن زوجته، وأن تستمر مدى تخليه عن زوجته أكثر من شهرين، وأن لا يكون هناك سبب جدي دفعه إلى مغادرة مسكن الزوجية.

1- ترك الزوج لمقر الزوجية: ويتمثل هذا العنصر في مغادرة الزوج لمسكن الزوجية عمدا، ولا ينحصر هذا الفعل (التخلي) في هذه الصورة فقط، فهناك صور أخرى للتخلي دون أن يغادر الزوج مسكن الزوجية، كما هو الحال في حالة إجبار الزوج زوجته على التخلي وترك مسكن الزوجية، بمعنى أنه يقوم بطردها منه، فإنه في هذه الحالة تقوم جريمة الإهمال والتخلي عن الزوجة.
كما تقوم الجريمة أيضا في حالة ترك الزوج زوجته عند أهلها، أو في أي مسكن آخر بنية التخلي عنها.

غير أن خروج الزوجة بمحض إرادتها، ورفضها العودة إلى مسكن الزوجية، وإقامتها في موطن مستقل عن زوجها، لا يخولها حق رفع دعوى⁽²⁾ إهمال وتخلي.

(1) عبد الحليم بن مشري، الجرائم الأسرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الجنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص418.

(2) عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق، ص420.

2- تخلي الزوج عن زوجته مدة أكثر من شهرين: حتى تقوم جريمة الإهمال والتخلي يجب أن تستمر مدة غياب الزوج أكثر من شهرين ومعنى ذلك أنه إذا كانت مدة الغياب أقل من شهرين، لا يجعل من الفعل عنصرا من العناصر المكونة لجريمة التخلي وإهمال الزوجة، المعاقب عليها بنص المادة 330 الفقرة 2، كما أنه يشترط أن يستمره الغياب خلال هذه المدة دون انقطاع، فإذا تخلله انقطاع بالعودة إلى مقر الزوجية فإن ذلك يوحي بالرغبة في استئناف الحياة الزوجية، ويزيل عن الفعل صفة التخلي عن الزوجة، ويجعل الجريمة كأن لم ترتكب⁽¹⁾.

فإذا ادعت الزوجة الشاكية أن زوجها قد تركها وتخلّى عنها لمدة أكثر من شهرين وأنكر الزوج ذلك، فعليها إثبات ذلك.

3- غياب السبب الجدي للتخلي والمغادرة: لا تقوم جريمة إهمال الزوجة والتخلي عنها بمجرد غياب الزوج وتركه لمقر أسرته لمدة تفوق شهرين بل يجب أن يكون هذا التخلي خلال هذه المدة، بدون سبب جدي أو شرعي، ومن الأسباب الجدية، ذهاب الزوج لتأدية الخدمة الوطنية وترك زوجته عند والديه، أو السفر إلى بلد أجنبي، من أجل متابعة تعليمه العالي، أو إقامته بالمستشفى من أجل العلاج، سواء داخل الوطن أو خارجه... إلى غير ذلك من الأسباب الجدية والشرعية، وإذا انتفى السبب المجرم انتفى معه سبب العقاب⁽²⁾، وإذا انتفى السبب الجدي قامت الجريمة.

ثالثا- الركن المعنوي (القصد الجنائي)

جريمة التخلي عن الزوجة وإهمالها من الجرائم العمدية، التي تتطلب لقيامها، توافر القصد الجنائي، المتمثل في العلم والإرادة، فمن غير المنطقي أن لا يعود الزوج إلى مقره الزوجي، لمدة تفوق الشهرين بدون سبب، إلا أن تكون نيته قد اتجهت إلى الإضرار بالزوجة وإلحاق الأذى بها.

البند الثاني: إجراءات متابعة الزوج المهمل وعقوبته

تعتبر جريمة التخلي عن الزوجة وإهمالها، من الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، والتي من خلالها قيد المشرع النيابة العامة للقيام بالمتابعة بتقديم شكوى من المعني بالأمر الضحية. وهنا على الزوجة المهملة تقديم شكوى إلى الجهات المختصة، التي حددها المشرع وأوكل لها هذه المهمة، مع الأدلة التي تثبت قيام العلاقة الزوجية، والتخلي والإهمال أكثر من شهرين، لتتمكن هذه الأخيرة من القيام بإجراءات المتابعة، فإن باشرت هذه الأخيرة إجراءات المتابعة دون تقديم شكوى من الضحية، تعتبر إجراءات مخالفة للقانون ويترتب عنها البطلان، ولا يجوز للمحكمة إلا الحكم بعدم قبول الدعوى⁽³⁾.

(1) سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص19.

(2) نفس المرجع السابق، ص20.

(3) سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص17.

أما فيما يخص الجزاء فقد نصت الفقرة 2 من المادة 330 على أنه "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج...". وقد كانت العقوبة قبل التعديل "الحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 إلى 10.000" وكما هو واضح فقد شدد المشرع الجزائري العقوبة على جرائم الإهمال العائلي نظرا لخطورة هذه الأفعال على نظام الأسرة، ولكثرة القضايا من هذا النوع على مستوى المحاكم حيث ظهر أن الجزاء لم يكن يردع بعض الأشخاص الذين يسارعون ويتهافون على الزواج ثم يتملصون من المسؤولية، ويتخلون عن واجباتهم الأسرية سواء المادية منها أو المعنوية.

وحسنا فعل المشرع للحد من هذا النوع من الجرائم التي تمس كيان الأسرة عامة والزوجة خاصة(1).

(1) يوسف دلاندة، قانون العقوبات (منقح وفق التعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001، مزود باجتهادات قضائية)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص165.

الباب الثاني

حماية المرأة في التشريع الجزائري فرع القانون الخاص

الفصل الأول: حماية المرأة في تشريعات العمل

الفصل الثاني: حماية المرأة في قانون الاسرة

حماية المرأة في التشريع الجزائري فرع القانون الخاص

يقول المولى عز وجل: "فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سُجْدِينَ..."⁽¹⁾ أي ونفخت فيه من قدرتي⁽²⁾، وتعتبر القدرات العقلية من أهم النعم التي أنعم بها عز وجل على عباده في الأرض، فكان سعيهم دائما دؤوبا وحثيثا نحو تأمين حياة كريمة، يعتبر العدل أهم ركائزها، ليعم السلام والمحبة كل جنباتها، ولقد شعرت البشرية منذ نشأتها بأهمية هذه القيم من حيث أن حاجتها إليها توازي أو حتى تفوق حاجات الكائن البشري البيولوجية الأخرى، وتلكم السمة التي ميزت الإنسان عن غيره من الكائنات، فقد خلق تَوَاقًا إلى قيم الحرية والعدالة والسلام، كارهًا في أعماقه الظلم والتعدي⁽³⁾، ولكي يتمكن الإنسان من بلوغ أسمى المراتب أنزل الله عليه الشرائع، ثم سنت القوانين الوضعية لتنظيم حياة الناس تبعًا لتطورها، وتجدد احتياجاتها في مختلف مجالات الحياة، وفي إطار معالجة موضوع حماية المرأة في التشريع الجزائري، يخصص الباب الثاني في هذا في فصله الأول إلى حماية المرأة في تشريعات العمل، وفي فصله الثاني حماية المرأة في قانون الأسرة.

(1) سورة ص، الآية 72..

(2) الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج20، دار هجر للطباعة، ط1، 1422-2001، ص144.

(3) خياطي مختار، دور القضاء الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري في مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزيو،

2011

الفصل الأول

حماية المرأة في تشريعات العمل

المبحث الأول: المرأة ومبدأ المساواة في العمل

المبحث الثاني: الحماية الخاصة بالمرأة العاملة

يعتبر قانون العمل من أحدث القوانين الوضعية، وهو دائم التطور بسبب استمرار تطور وسائل وعلاقات العمل، وتعتبر المرأة طرفاً أساسياً في مجال العمل، ويتعزز وجودها به يوماً بعد يوم، ولقد نصت المادة 55 من الدستور: "لكل المواطنين الحق في العمل..."، فالعمل حق لجميع المواطنين، أياً كان جنسهم ذكراناً كانوا أم إناثاً دون تمييز على أي أساس كان، وهو في نفس الوقت واجب على كل قادر مستطيع كل في حدود وسعه، ذلك أن الكون كله إنما يعمر وتدب فيه الحياة بالجد والعمل، ولقد جاءت الأديان كلها وتبعتها قوانين الأرض جميعها داعية وحاثة على العمل، فالعمل ضمان لاستدامة الحياة على الأرض وإعمارها وهو الوسيلة الأساسية لاستمرار الإنتاج.

العمل هو الجهد الابتكاري، الذي يمزج بين المهارة العقلية والحركة الذي يبذله الإنسان لتلبية حاجاته المختلفة، لتحسين وضعه المادي والاجتماعي⁽¹⁾. إن التغيرات التي حدثت في البنية الاقتصادية للمجتمعات المختلفة، سمحت للمرأة بالمشاركة بشكل مكثف في الحياة المنتجة، في كل القطاعات، ودخولها ميادين العمل المنتج، جعل منها إنساناً جديداً له مميزاته، وخصائصه النفسية المميزة عن الخصائص القديمة للمرأة، التي كانت فيها لا يتعدى محيطها الأسرة والمنزل والأهل والأقارب⁽²⁾. لا مُشاحة في أن المرأة شريك الرجل على هذه الأرض، وفي هذه الحياة، وهي فيما عدا خصائصها الأنثوية، التي حباها الله بها، لا تختلف عنه في شيء، وقد تتفوق عليه في مجالات عدة، لذلك كان من الطبيعي أن يكون لها دور أساسي في نهضة عالمها الذي تعيش فيه، وبذلك يعتبر عمل المرأة من الضروريات، لأن رأس مال أي أمة ناهضة، هو جهد بنيتها رجالاً ونساءً، وكدهم وراء الرزق، واعتصارهم أسباب الحياة من الصخور، وعلى الدولة شق ميادين العمل لكل قادر، واستنفاد الطاقات المختزنة في الأجساد لمصلحة الفرد والجماعة⁽³⁾.

تساهم المرأة في الإنتاج من خلال مساهمتها في العمل جنباً إلى جنب مع الرجل، داخل وخارج المنزل في الزراعة ورعاية المواشي وإنتاج الأغذية المنزلية والحياة والنسيج ودخول المرأة عالم الشغل، واقتحامها التدريجي للعديد من المجالات، أثار مشاكل ذات طبعة مغايرة لتلك التي تتعلق بالرجل فرضتها طبيعة المرأة.

دخلت المرأة سوق العمل، عاملة وموظفة في القطاع العام ومهنية وصاحبة عمل في القطاع الخاص، ومن المرجح أن تزداد نسبة النساء العاملات في سوق العمل، قد اشتغلت المرأة بالتدريس

(1) ناصر قاسمي، دليل مصطلحات علم الاجتماع، التنظيم والعمل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2011، ص95.

(2) سليم نعام، سيكولوجية المرأة العاملة، أضواء عربية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص50.

(3) محمد الغزالي، الإسلام والأوضاع الاقتصادية، دار القلم، دمشق، ط2، 2005، ص159.

وتتلمذ على يدها أفضل الرجال⁽¹⁾. ولذلك حظي عمل المرأة باهتمام منظمة العمل الدولية، التي قامت باعتماد معايير دولية لحماية وتأمين شروط وظروف عمل لائقة وكريمة لها.

وفي إطار هذا الاهتمام، أخذت مسألة مساواة المرأة بالرجل وعدم التمييز بينهما في شروط وظروف العمل تنال تركيزا واهتماما خاصا على مختلف المستويات، باعتبار أن هذه المساواة حقا من حقوق الإنسان، وأحد أهم المبادئ والحقوق الأساسية اللازمة لتوفير الحماية الملائمة للمرأة العاملة، والارتقاء والنهوض بأوضاعها المهنية، وقد برز هذا الاهتمام بوضوح في جهود وأنشطة منظمة العمل الدولية التي عملت على تعزيز تكافؤ الفرص والمساواة بين الجنسين في مختلف مسائل العمل، والتي عززتها الأمم المتحدة بإصدار مجموعة من المواثيق والإعلانات التي تؤكد ذلك، وصاغت دساتير الدول وتشريعاتها الخاصة بالعمل.

وقبل هذا وذاك، فإن حقوق المرأة المسلمة رسخت منذ أربعة أشهر قرنا، حين قرر الإسلام حق المرأة في العمل ووفر لها الحماية الكافية⁽²⁾، فقد اهتم الإسلام اهتماما كبيرا بالمرأة، حيث كرمها ورفع شأنها إلى حد بلغت فيه مكانة عالية، لم تبلغها في أية أمة، ذلك أن تكريم الإسلام للإنسان تشترك فيه المرأة والرجل على حد السواء⁽³⁾، فمبدأ المساواة في التكريم يقتضي أن تشترك بعامل الناس بالتساوي دون أي تحيز أو تمييز.

كما أكد الإسلام على حق المرأة في العمل، حيث أمر الله سبحانه وتعالى الإنسان بالعمل، والإنسان هو الرجل والمرأة حيث قال تعالى: "وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ" ^ط(4). و كما قال تعالى: "فَأَسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْتِي" ^ط(5). وضمن الإسلام للمرأة حياة السعادة والتقدم إن هي التزمت خط الإيمان، وسلكت طريق العمل الصالح كالرجل تماما، وفي ذلك يقول المولى عز وجل: "مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْتِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً" ^ط(6).

(1) كاميليا عبد الفتاح، سيكولوجيا المرأة العاملة، دار الثقافة العربية للطباعة، القاهرة، ط1، 1972، ص54.
(2) سعيد أبو الفتوح محمد بسيوني، الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، دار الوفاء للطباعة، المنصورة، ط1، 1988، ص379.

- محمد حسن أبو يحيى، اقتصادنا في ضوء القرآن والسنة، دار عمار، عمان، ط1، 1989، ص181.

- هاني الطعيمات، حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الشروق، عمان، 2006، ص309.

(3) محمد بن عبد الله بن صالح السحيم، الإسلام أصوله ومبادئه، بحث منشور على الأنترنت، ص38.

(www.alukah.net)

(4) سورة التوبة، الآية 105.

(5) سورة آل عمران، الآية 195.

(6) سورة النحل، الآية 97.

وأي عمل تقوم به المرأة لله تعالى فلا ينكر لها جزاؤه وثوابه، فعمل المرأة محترم كعمل الرجل عند الله تعالى لأنهما من مصدر واحد وعلى مستوى واحد، فهي شريكة الرجل في الجنة كما هي شريكته في دار الدنيا، وفي ذلك يقول الحق عز وجل "وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا (1)".

ويشهد التاريخ على أن المرأة المسلمة قدمت خدمات جليلة للمجتمع الإسلامي وللإنسانية جمعاء وساهم عملها في تقدم المجتمع ورفقيه، فقد عملت المرأة المسلمة في قطاع التجارة، كما هو الحال في عمل أم المؤمنين السيدة خديجة (رضي الله عنها) (2)، كما عملت المرأة في مجال إدارة الأعمال وتقديم الاستشارات الخاصة بالأسواق التجارية كما هو الحال مع الشفاء بنت عبد الله بن عبد شمس، التي كان الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كثيرا ما يستشيرها في شؤون السوق (3).

بما أن العمل يتأثر كما ونوعا بصحة القائم به وبظروفه النفسية والاجتماعية كتأثره بكفاءته ومهارته الفنية، لذا فلا بد من أن توفر للعامل ظروف مناسبة للعمل حتى يكون قادرا على العطاء الأمثل (4).

وعليه فالمرأة العاملة يجب أن توفر لها الظروف الملائمة لطبيعتها كأنتى، فتحاط بسياج من الضمانات القانونية التي تساعد على التمكن من أداء دورها في خدمة مجتمعها على أكمل الوجوه، وانطلاقا من هذا كان الاهتمام البالغ للمجتمع الدولي والتشريعات المختلفة بشأن عمل المرأة.

كما قررت تشريعات العمل الجزائرية حماية خاصة للمرأة، ليس باعتبارها عاملة وإنما لكونها أرملة عامل، خصها التشريع بحقوق مالية تؤول إليها بعد وفاة زوجها العامل.

وعليه ستتم معالجة هذا الفصل من خلال ثلاث مباحث، يتضمن الأول؛ المرأة ومبدأ المساواة في العمل، ويتضمن الثاني: الحماية الخاصة بالمرأة العاملة. والمبحث الثالث: حماية أرملة العامل حسب تشريعات العمل.

(1) سورة النساء، الآية 124.

(2) عمر عبد السلام تدموري، السيرة النبوية لابن هشام، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1410-1990، ص212-213.

(3) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عصام النمري القرطبي، الاستيعاب في معرفة الاصحاب، ج4، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412-1992، ص1869.

- احمد بن عمر بن الضحاك بن مخلد الشيباني، الأحاد والمثاني، ج6، دار الراية الرياض، ط1، 1411-1991، حديث رقم 3179، ص4.

- عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص280.

(4) حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 2004، ص9.

المبحث الأول: المرأة ومبدأ المساواة في العمل

تعد المساواة إحدى الركائز الأساسية للمجتمع، حيث لا يمكن له أن يرقى ويزدهر إلا إذا سادت فيه المساواة، وهي تعني التمتع بجميع الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية دون تمييز، بسبب الدين أو اللون أو اللغة أو الجنس أو المستوى الاجتماعي. وتعد المساواة بين الناس على اختلاف الأجناس والألوان واللغات، مبدأ أصيلاً في الشرع الإسلامي، فهي في المفهوم الإسلامي، تعني التسوية بني البشر في حقوق الكيان الإنساني الذي يتساوى فيه كل الناس.

فالمرأة في الإسلام مكلفة مثل الرجل بما أمر الله به وما نهى عنه، وجزاءها مثله، قال تعالى: "وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ" (1) وقوله تعالى: "مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَوةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ" (2).

إن إقرار مبدأ المساواة أو ما يسميه البعض "المماثلة" بين الرجل والمرأة في ميدان الشغل، وضمان تكافؤ الفرص في العمل، من بين أهم اهتمامات منظمتي العمل الدولية والعربية، ولقد تفاوتت التشريعات المقارنة في النص على مبدأ مساواة المرأة بالرجل في مختلف الميادين، فجاء بعضها بنص صريح وجاء البعض الآخر بعبارات عامة، سواء كان ذلك على صعيد التشريعات الأساسية (الدساتير)، أو على صعيد التشريعات العادية (القوانين).

وكيف فسرت منظمتا العمل الدولية والعربية مبدأ المساواة، وهل عملت التشريعات المقارنة عموماً والتشريع الجزائري على الخصوص على تكريس هذا المبدأ بطريقة فعالة ميدانياً؟.

ستتم الإجابة على هذا السؤال المحوري من خلال مطلبين يتضمن:

المطلب الأول : حماية حق العاملة في المساواة في حقي التشغيل والأجر

المطلب الثاني: حماية حق العاملة في المساواة في الترقية والتقاعد.

المطلب الأول: حماية حق العاملة في المساواة في حقي التشغيل والأجر

يمثل النساء نصف الطاقة البشرية لأي مجتمع كان، من غير المعقول ألا تستغل هذه الطاقة للمساهمة في الدفع بدولها للنمو والتطور في شتى المجالات(3)، كما أصبح عمل المرأة في العالم المعاصر ضرورة اقتصادية، وحتى ضرورة إجتماعية وثقافية، وحصولها على قسط وافر من التعليم وفر لها إمكانيات وفرص كبيرة للدخول إلى سوق العمل في مختلف القطاعات الاقتصادية، والقول بأن للمرأة الحق في العمل لا يكون بالاعتراف لها بهذا الحق فحسب، إنما يجب تعزيز هذا القول بالفعل، بأن

(1) سورة النجم، الآية 39 إلى 40.

(2) سورة النحل، الآية 97.

(3) أوقاسي لونييس، المرأة العاملة في مضمون الاتفاقيات الدولية، ص 74.

تمنح لها كل الإمكانيات اللازمة، وأن تتاح لها جميع الفرص، حتى تتمكن من المشاركة في بناء الصرح الوطني مثلها مثل شقيقها الرجل.

ستتم معالجة هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حماية حق العاملة في المساواة في التشغيل

الفرع الثاني: حماية حق العاملة في المساواة في الأجر

الفرع الأول: حماية حق العاملة في المساواة في التشغيل

يعد التشغيل أول محطة تواجه المرأة الراغبة في الحصول على عمل، ويقصد بالتشغيل أو التوظيف تلك المرحلة التي تسبق الدخول الفعلي للعمل، وهو ما يعبر عنه بالفرنسية (le recrutement)، وهو أهم محطة ترسم معالم الطريق للمرأة وبها يتحدد مستقبلها⁽¹⁾ إما عاملة أجرة وإما غير ذلك.

البند الأول: المساواة في التشغيل وفقا للمعايير الدولية والعربية

اهتمت منظمة العمل الدولية ومنذ نشأتها على احترام حقوق الإنسان والعدالة الاجتماعية، عن طريق وضع العديد من الاتفاقيات تهدف إلى إقرار مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، ومناهضة التمييز الذي قد تتعرض له بعض الفئات، سواء في فرص الحصول على عمل، أو حرمانهم من ظروف عمل ملائمة تنعدم فيها المساواة الحقيقية⁽²⁾.

منعت هذه المنظمة أي تمييز في مجال الاستخدام والمهنة، وجعلته من بين أهدافها الأساسية.

كما يشكل إعلان فيلادلفيا لسنة 1944 جزءا مكملًا لدستور منظمة العمل الدولية، والذي يؤكد على مبدأ تكافؤ الفرص في العمل بين المرأة والرجل، حيث ينص على: "يحق لكل إنسان، بغض النظر عن عنصره أو ديانتها أو جنسه، السعي إلى الرفاهية المادية والنمو الروحي في ظروف من الحرية والكرامة والأمن الاقتصادي وتكافؤ الفرص".

وتوج مجهود منظمة العمل الدولية بصور الاتفاقية رقم 111 المتعلقة بالتمييز في الاستخدام والمهنة⁽³⁾، حيث نصت المادة الأولى منها على حظر كل أشكال التمييز المبني على أساس الجنس، حيث تمنع هذه الاتفاقية كل تفريق أو استبعاد أو تفصيل من شأنه إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المعاملة في الاستخدام والمهنة، كما ألزمت هذه الاتفاقية الدول الأعضاء والمصادقين عليها بصياغة

(1) تاج عطاء الله، المرأة العاملة في تشريع العمل الجزائري بين المساواة والحماية القانونية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص94.

(2) محمود سلامة جبر، الحماية الدولية والعربية للمرأة العاملة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 23، العدد الثاني، 2 جوان 1999، ص292.

(3) الاتفاقية رقم 111 الصادرة بتاريخ 25 جوان 1958 الخاصة بحظر التمييز في الاستخدام والمهنة. - صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في 22 ماي 1969 بموجب الأمر 31-69 المؤرخ في 6 ربيع الأول 1389 الموافق لـ 22 ماي 1969، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخ في 21 ربيع الأول 1389 الموافق لـ 6 يونيو 1969.

وتطبيق سياسة وطنية ترمي إلى تكريس واحترام هذا المبدأ حسب الظروف والممارسات الوطنية حتى يتم القضاء على أي تمييز في هذا المجال⁽¹⁾، كما تضع على عاتق الدول الأعضاء مهمة اتخاذ جميع التدابير اللازمة والمناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في العمل والالتزام بمحتوى الاتفاقية⁽²⁾.

ورغم جميع النصوص الهادفة إلى منع التمييز على أساس الجنس، غير أنه بقي قائماً وأن مبدأ المساواة لم يكتسب قوة قانونية ملزمة، مما دفع بالمجتمع الدولي ومبادرة من هيئة الأمم المتحدة لإيجاد نص شامل لكافة الحقوق من أجل تعزيز مكانة المرأة في المجتمع، وبناء عليه تم اعتماد الاتفاقية الدولية، التي أطلق عليها اسم "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" "سيداو" من قبل الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، وقد ألزمت هذه الاتفاقية، الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، وأن تكفل لها على أساس المساواة مع الرجل نفس الحقوق⁽³⁾، ولم يتوقف الاهتمام بمسألة التمييز ضد المرأة عند هذا الحد، حيث أعلن المؤتمر العالمي الرابع للمرأة الذي انعقد ببيكين⁽⁴⁾، على وجوب اتخاذ كافة التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وإزالة كل العقبات التي تعترض مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، وأوصى بتمكين المرأة من المشاركة الكاملة على قدم المساواة مع الرجل في جميع جوانب الحياة، على أساس أن حقوق المرأة من حقوق الإنسان.

وقد نحت منظمة العمل العربية بدورها نفس المنحى، فمنعت التمييز بين الجنسين في مجال الالتحاق بالعمل، حيث جعلت الاتفاقية العربية رقم (01) لعام 1966 بشأن مستويات العمل والمعدلة بالاتفاقية رقم (06) لسنة 1976، من العمل العامل الأساسي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، والتقدم الاجتماعي، يمثلان مسألة أساسية عاجلة تأتي في المرتبة الأولى من أهداف الدول.

وكان مضمون الاتفاقية الحث على إقامة المساواة بين العمال وأرباب العمل في الحقوق والواجبات، وعلى إقامة علاقات عمل أساسها التكافل، مع مراعاة الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية ومقتضيات العدالة والصالح العام للمجتمع، فنصت المادة 04 من الاتفاقية على واجب الدول في تهيئة فرص العمل بقدر الإمكان، كما تضيف الفقرة الأولى من المادة الثامنة على حظر التمييز على أساس الجنس، أو الأصل العنصري أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي.

(1) أنظر المادة الثالثة (03) من الاتفاقية رقم 111 السالفة الذكر.

(2) أنظر المادة الرابعة (04) من الاتفاقية رقم 111 السالفة الذكر.

(3) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، "سيداو CEDAW" تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 ودخلت حيز التطبيق في 3 سبتمبر 1981 انضمت إليها الجزائر في 22 يناير 1996، بموجب المرسوم الرئاسي 96/51، الجريدة الرسمية عدد 6 ، بتاريخ 24 يناير 1996.

(4) المؤتمر العالمي الرابع للمرأة ، مؤتمر بكين من 04 إلى 15 سبتمبر 1995.

وخلاصة القول أن الاتفاقيتين السالفتي الذكر، قد نصتا بصفة عامة على مبدأ تكافؤ الفرص في العمل، والمساواة في التشغيل، كما حثت على أن تكون معايير العمل واحدة ولا تقوم على أية تفرقة على أساس الجنس.

غير أن الاتفاقية رقم (05) لسنة 1976 بشأن المرأة العاملة، جاءت أكثر توضيحا وتفصيلا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في كافة مجالات العمل، بداية من تكافؤ الفرص في الاستخدام إلى التساوي في المؤهلات والصلاحيات⁽¹⁾. كما تنص على عدم التفرقة في مجال الترقية الوظيفية⁽²⁾. هذا بالنسبة للمعاهدات والاتفاقيات فما هو موقف التشريع الجزائري من هذا الحق.

البند الثاني: المساواة في التشغيل وفقا للتشريع الجزائري:

حرصت العديد من التشريعات العربية⁽³⁾ على إقرار مبدأ المساواة صراحة، في مجال العمل بين الجنسين، وعدم التمييز بينها، وكذا تشجيع تكافؤ الفرص، بحيث يقوم الشخص على أساس كفاءته وليس على أساس جنسه.

وقد ألزمت الاتفاقيات الدول الأعضاء باتباع سياسات وطنية ترمي إلى تشجيع مبادئها، وقد صادقت الجزائر على الاتفاقية رقم 111⁽⁴⁾، ويعتبر حق العمل في التشريع الجزائري مضمون، كرسته جميع الدساتير المتعاقبة بدأ بدستور 1963 مروروا بدستور 1976 في مادته 59، ودستور 1989 في مادته 52، ثم دستور 2008 في نص المادة 55 التي أوردت أنه: "لكل المواطنين الحق في العمل"، وقد نصت القوانين على هذا المبدأ ومنها القانون رقم 31-75، والقانون 12-78⁽⁵⁾، كما نص القانون 90-11 المنظم لعلاقات العمل⁽⁶⁾ في الفقرة 03 من المادة 06 على: "الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير القائم على أهليتهم واستحقاقهم". وأكدت على هذا المبدأ المادة 17 من نفس القانون، إذ نصت أنه: "تعد باطلة وعديمة الأثر كل الاتفاقيات الجماعية أو عقد العمل الذي يكون من شأنه التمييز بين العمال كيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل على أساس السن أو الجنس أو الوضعية

(1) المادة 03 من الاتفاقية رقم 05 لسنة 1976 بشأن المرأة العاملة.

(2) صلاح محمد أحمد دياب، الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، منشورات جامعة البحرين، المنامة، ط1، 2006، ص128.

(3) اعتمدت جل الدول مبدأ المساواة بين الجنسين في مجال العمل.

- محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص644.

- صلاح محمد أحمد دياب، مرجع سابق، ص128.

(4) صادقت الجزائر على الاتفاقية رقم 111 لسنة 1958 المتعلقة بالتمييز في الاستخدام والمهنة في 22 ماي 1969 بموجب الأمر 31-69، الجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 21 ربيع الاول 1389 الموافق ل 6 جوان 1969.

(5) القانون 12-78 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ح ر عدد 32 بتاريخ 18 أوت 1978.

(6) القانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ج س العدد 17 بتاريخ 1990/04/25.

الاجتماعية..."، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها⁽¹⁾. فلا تمييز بين العمال في نفس المؤهلات والكفاءة، ويخضعون لنفس الشروط المهنية، وحماية لهذا المبدأ قرر المشرع الجزائري بموجب نص المادة 142 من القانون 90-11، عقوبة تمثل في غرامة مالية تتراوح بين 2000 و5000 دج على كل من يوقع اتفاقية جماعية، أو اتفاقا جماعيا للعمل، تتضمن أحكامه إقامة التمييز بين العمال في مجال الشغل والراتب أو ظروف العمل.

وفي حالة العود تكون الغرامة ما بين 2000 و10000 والحبس مدة ثلاثة أيام أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

هذا في مجال تطبيق القانون الخاص، أما في مجال الوظيف العمومي فقد نصت المادة 74 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيف العمومي⁽²⁾، كما هو واضح من خلال النصوص القانونية، فإن المشرع الجزائري كرس مبدأ المساواة بين النساء والرجال في مجال العمل واستبعد كل ما من شأنه ممارسة أي تمييز وأن مخالفة أحكام القانون تعرض صاحبها للعقاب، غير أنه يؤخذ على العقاب المنصوص عليه قانونا ضالة المبالغ المقررة، وحتى العقوبة مما يجعل أثرها يكاد يكون منعما إلا من حيث الجانب المعنوي، فالعقوبة المقررة لا تساوي الضرر، وعليه حبذا لو يعاد النظر في نص المادة 142 من القانون 90-11 خاصة وأنها تتعلق دائما بأرباب العمل، ورغم ذلك فإنه من خلال ما تقدم يتضح جليا مدى تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المساواة.

الفرع الثاني: حماية حق العاملة في المساواة في الأجر

يعد عنصر الأجر من العناصر الأساسية والمهمة، بل هو أهمها في حياة العامل، ومن أجل ذلك لم تقف منظمة العمل الدولية والعربية على إقرار مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في ميدان الشغل وضمان تكافؤ الفرص عند الاستخدام، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك لإقرار مبدأ المساواة عند تحديد الأجر، حيث قررت احترام وتطبيق مبدأ الأجر الواحد على نفس الكفاءة، وهذا ما يدل على منع التمييز في هذا المجال⁽³⁾.

ستتم معالجة هذا المبدأ وفقا للمعايير الدولية والعربية ثم موقف المشرع الجزائري من ذلك.

(1) قرار المحكمة العليا الملف رق 501846 القرار مؤرخ في 05-06-2009 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2009، ص421.

(2) الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويليا 2006 يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ح ر عدد 46 بتاريخ 16 جويليا 2006.

(3) عبد العزيز عنيقي، محمد القرني اليوسفي، محمد الشرفاوي: دراسة تحليلية نقدية لمدونة الشغل المرتقبة مشروع 1998، دار النشر للجسور، وجدة، 1999، ص159.

البند الأول: المساواة في الأجر في منظمتي العمل الدولية والعربية

تسعى منظمة العمل الدولية جاهدة لتحديد مبدأ المساواة ومنع التمييز حيث تصدر مبدأ "تكافؤ الأجر لدى تكافؤ العمل" دستور المنظمة التي أنشئت عام 1919 ذلك أن المنطق يقتضي البدء بالمطالبة بالتساوي بالأجر قبل المطالبة بالتمتع بالمساواة في حقوق أخرى مثل فرص التدريب والترقية، فالأجر هو أهم عنصر في علاقات العمل على الإطلاق⁽¹⁾.

ومن الاتفاقيات الصادرة في موضوع المساواة بين الجنسين في الأجر الاتفاقية رقم 100⁽²⁾ بشأن التساوي في الأجر حيث انتهت إلى اعتماد مبدأ مساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل، ومعنى ذلك أن تكون معدلات الأجور المحددة دون تمييز بسبب اختلاف الجنس. حيث تلزم الاتفاقية الدول الأعضاء باتخاذ جميع التدابير والأساليب المعتمدة داخل الدولة من أجل كفالة تطبيق مبدأ المساواة بين العمال والعاملات في الأجر⁽³⁾، ثم ألحقت بهذه الاتفاقية التوصية رقم 90 لسنة 51 بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية، وتعتبر هذه التوصية مكملة للاتفاقية.

أما بالنسبة لمنظمة العمل العربي فقد سعت، بدورها إلى إقرار مبدأ المساواة في الأجور بين العمال والعاملات من خلال المادة 42 من الاتفاقية العربية رقم 06 لسنة 1976 "المعدلة" بشأن مستويات العمل، فنصت على مبدأ المساواة في الأجور بين المرأة والرجل متى تماثلت أوضاع عملهم⁽⁴⁾.

ثم جاءت الاتفاقية رقم 15 لعام 1983 بشأن تحديد وحماية الأجور لتأكيد ما جاءت به الاتفاقية السابقة، وهو مبدأ المساواة في الأجر بين الجنسين متى تماثل العمل⁽⁵⁾. مبدأ المساواة في الأجر مبدأ عالمي تبنته كل المنظمات الدولية والعربية وسارت على نهجه أغلب التشريعات.

البند الثاني: المساواة في الأجر في التشريع الجزائري

حرصت معظم الدول على تكريس مبدأ المساواة في تشريعاتها السامية باعتباره الوسيلة الأساسية لتقرير الحماية القانونية المتكافئة للحقوق والحريات. والمساواة في الأجر جزء لا يتجزأ من

(1) محمد أحمد إسماعيل، التنظيم القانوني لعمل المرأة في القانون المصري المقارن (مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص)، دار النهضة العربية 2000، ص14.

(2) الاتفاقية رقم 100 بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية بدأ نفاذها في 23 ماي 1953، صادقت عليها الجزائر في 19 أكتوبر 1962.

(3) أنظر المادة 02 من الاتفاقية رقم 100.

(4) محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص645.

(5) المادة 19 من الاتفاقية رقم 15 لعام 1983 بشأن تحديد وحماية الأجور

مبدأ المساواة، إن سعي الدول إلى حماية هذا الحق اختلف، فمنهم من جعله حق دستوري، ومنهم من تكفلت به من خلال التشريعات العادية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى الدستور نجده اهتم اهتماما كبيرا بمبدأ المساواة، ومنع التمييز مهما كان شكله وخاصة على أساس الجنس، فقد جعل العمل حق دستوري في نص المادة 55 من دستور 2008، بينما المساواة في الأجر لم ينص عليه بصفة مباشرة ولكن نستشف من خلال النصوص 32-34-63 من الدستور الجزائري لسنة 2016. حيث تنص المادة 32 على: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

وتنص المادة 34 على: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية".

أما المادة 63 فتتنص: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أي شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون". فجميع المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات في جميع المجالات، فهم متساوون أمام القانون، كما للمواطنين نفس الحق في تقلد الوظائف، ويخضعون لنفس الشروط دون تمييز يعود سببه إلى الجنس أو الرأي، العرف...

وتعتبر المساواة في الأجر بين العمال والعمالات من ضمن الحقوق التي نص عليها المشرع متى تماثل العمل، ولفهم هذا الموضوع بدقة، وتأكيدا على تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المساواة في الأجر، لا بد من الرجوع إلى التشريعات العادية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المساواة في الأجر المقصودة هي المساواة التي تأخذ بعين الاعتبار المؤهلات والمهارات والخبرات المتساوية.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها⁽¹⁾ أنها لا تمييز بين عمال نفس المؤسسة من حيث الأجر، يخضع الأجر لشروط منصوص عليها في عقد العمل أو الاتفاقية الجماعية أو شبكة الأجور.

يتم تحديد الأجر وفق معايير ذات صلة بالمؤهلات العلمية والمهنية".

والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا هذا الاهتمام بالأجر؟

إن سبب اهتمام المشرعين بالأجر كونه من الحقوق الأساسية للعامل والمصدر الرئيسي لدخله، وقد يكون المصدر الأساسي للفرد والمورد الوحيد⁽²⁾، وتستخدم كلمة أجر على وسيلة الدفع للأفراد العاملين ويطلق كلمة راتب على شاغلي الأعمال الإدارية (الموظفين).

(1) ملف رقم 501846، قرار 06-05-2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2009، ص 421.

(2) Paul Duran et Vitu André, traité de droit du travail, Paris, Dalloz, 1950, p241.

تنص المادة 80 من قانون العمل⁽¹⁾ أن الأجر هو مقابل للعمل المؤدي، فلقاء التزام العامل بأداء العمل يلتزم صاحب العمل بأداء الأجر، إذن التزام صاحب العمل بأداء الأجر يعد سببا لالتزام العامل بأداء العمل والعكس صحيح⁽²⁾، ويجب أن يتناسب الأجر ونتائج العمل، واستحقاق الأجر يكون بناءً على عقد صحيح⁽³⁾ بين العامل وبين مشغله⁽⁴⁾. لأن عقد العمل هو المصدر القانوني لطلب العامل لأجره⁽⁵⁾، وهو أهم عناصر علاقة العمل على الإطلاق⁽⁶⁾، كما أن العامل يقضي في سبيل الحصول عليه جميع وقته في العمل بحيث لا يكون لديه فرصة للعمل في مجال آخر⁽⁷⁾.

كما أن تحديد عقد العمل يكون بكل حرية بين أطرافه، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادتين 08 و09 من قانون العمل، فقد يتم تحديد الأجر في عقد العمل بصفة مباشرة كما يمكن أن يحدد بصفة غير مباشرة وذلك بمقتضى اتفاقيات العمل الجماعية، مع احترام الأجر الوطني الأدنى المضمون. وإذا انعقد العقد دون تحديد الأجر، ولم يكن محددًا في اتفاقيات العمل الجماعية، وفي حالة الخلاف يحدد من طرف المحكمة وفقا للعرف الجاري به العمل.

إن إنتظام الحصول على الأجر من شأنه أن يضمن الحياة اليومية للعامل وأسرته⁽⁸⁾، ونظرا لأهمية الأجر سواء بالنسبة للعامل أو العاملة منع المشرع التمييز بين العمال حيث نصت المادة 17 من قانون العمل الجزائري: "تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال، كيفما كان نوعه في مجال الشغل أو الأجرة أو ظروف العمل، على أساس السن و الجنس أو الوضعية الاجتماعية...".

(1) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991.

(2) حسن عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص304.

- محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص109.

(3) لم يعرف المشرع الجزائري عقد العمل على غرار الكثير من التشريعات تاركا هذه المهمة للفقهاء أهمها "أنه عقد لتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم وتحت إشرافه وتوجيهه، مقابل أجر محدد ولمدة محددة أو غير محددة". أنظر: توفيق حسن فرج، قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص3410.

- بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، ط2، 2003، ص57.

(4) عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، علاقة الشغل الفردية، ج1، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، 2004، ص250.

(5) محمد حسين منصور، نفس المرجع سابق، ص109.

- مصطفى حنين، القانون الاجتماعي، علاقة الشغل الفردية، مطبعة سلكي إخوان، ط1، 2004، ص97.

(6) محمد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص4.

(7) عبد اللطيف الخالفي، نفس المرجع السابق، ص252.

(8) حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1991، ص156.

وكما هو واضح من خلال هذا النص فإن الأحكام الواردة في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية والتي تميز في الأجر بين العمال والعاملات تعتبر باطلة وعديمة الأثر، ومخالفة نص هذه المادة يعرض صاحبه لجزاءات حددتها المادة 142 من قانون العمل بغرامة مالية من 2000 إلى 5000 دج وفي حالة العود تكون الغرامة من 2000 إلى 10000 دج، وبالحبس مدة ثلاثة أيام أو بإحدى هاتين العقوبتين. وما يمكن ملاحظته أن العقوبة مقررّة لمخالفة القاعدة القانونية المحددة في نص المادة 17 رمزية إلى درجة أنها لا تعطي لمبدأ المساواة في الأجر الأهمية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، وعليه على المشرع إدراك هذا الخلل ورفع العقوبة إلى الحد الذي تتماشى فيه وجسامة الخطأ، كما سبقت الإشارة عند معالجة مبدأ المساواة في التشغيل⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حماية حق العاملة في المساواة في حقي الترقية والتقاعد

إلى جانب الحقوق السابق ذكرها، تعتبر الترقية والتقاعد من الحقوق الأساسية للعامل فالترقية هي الصعود والارتقاء في المناصب، أما التقاعد فهو حالة من حالات انتهاء علاقة العمل متى تحققت شروطها.

فهل للمرأة العاملة حق الاستفادة من هذين الحقين دون تمييز متى توفرت شروطهما؟

ستتم دراسة حق الترقية في الفرع الأول من هذا المطلب والتقاعد في فرعه الثاني.

الفرع الأول: حماية حق العاملة في المساواة في حق الترقية

يقصد بالترقية لغة الصعود والارتقاء أي انتقال المستخدّم إلى مركز أعلى من حيث المسؤولية والسلطة من مركزه الحالي، وفي معظم الأحوال تكون مصحوبة بالزيادة في الأجور والمراتب⁽²⁾، وتقسم الترقية إلى قسمين، الترقية في السلم والترقية في الرتبة.

الترقية في السلم تعني رفع مستوى العامل ونقله من درجة إلى درجة أعلى منها مع بقاءه في نفس المنصب، والاختيار يكون على أساس الجدارة والاستحقاق.

أما الترقية في الرتبة يتم من خلالها ترقية العامل من الرتبة الأدنى إلى الرتبة الأعلى داخل السلم نفسه، شريطة توفره على المدة المطلوبة للترقية، ومن أسس ومعايير الترقية:

- أقدمية العامل⁽³⁾ أي (السنوات التي قضاها العامل أو الموظف في الوظيفة الحالية أو في خدمة المؤسسة).

(1) أنظر المادة 142 من قانون علاقات العمل 90-11، مرجع سابق.

(2) أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1978، ص332.

- محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فعالية الإدارة، دار النهضة العربية القاهرة، 1973، ص22.

(3) نفس المرجع السابق، ص83.

- كفاءة العامل أو نجاحه في الفترة الماضية ثم قدرته على القيام بأعباء ومسؤولية الوظيفة الجديدة⁽¹⁾.

وتعتبر الترقية حافزا ماديا ومعنويا، فالصفة المادية توجد إذا تضمنت الترقية زيادة في الراتب، أما الصفة المعنوية فهي أكثر أهمية حيث تعمل على رفع الروح المعنوية للعمال⁽²⁾، إذ يقوي لديهم دافع احترام النفس وتأكيد الذات، وتعرف الحوافز على أنها قوة تدفع الفرد وتوجهه إلى ناحية معينة⁽³⁾. وتعتبر الترقية من ضمن حقوق العمال، وتتم هي الأخرى على أساس احترام مبدأ المساواة بين جميع العمال، فهي من حق كل عامل تتوفر فيه الشروط المطلوبة لذلك، دون أي تمييز كان. وتعتبر المرأة العاملة، طبعاً، من بين الذين لهم الحق في الترقية متى توفرت فيها الشروط المطلوبة، وذلك ماكرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي من أهم أهدافه المساواة بين جميع بني البشر في الحقوق والحريات⁽⁴⁾.

البند الأول: المساواة في حق الترقية في المعايير الدولية والعربية

لقد نصت اتفاقية العمل الدولية رقم 111⁽⁵⁾ في مادتها الثانية على مبدأ المساواة، كما نصت المادة 08 من اتفاقية الدول العربية بشأن مستويات العمل رقم 1 لسنة 1966 على أن تكون الحماية التي تقررها تشريعات العمل واحدة، ولا تتطوي على أي تفريق بين العمال خاصة التفريق على أساس الجنس، وكما هو مبين لم يتم النص على حق الترقية بصفة منفصلة، كونه من حقوق العمال، وتم النص على المساواة وعدم التمييز في مجال العمل ومستوياته، لأن العمال يستفيدون من مجموعة من الحقوق، بما فيها حق الترقية متى توفرت الشروط اللازمة لذلك مع منع أي تمييز بين العمال والعاملات. وقد اهتمت بذلك أيضاً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽⁶⁾. التي من أهم أهدافها المساواة في الحقوق ومنع التمييز على أساس الجنس فقد نصت في الفقرة 1-ج من المادة 110 على أنه "على الدول اتخاذ جميع التدابير التي من شأنها القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل من بينها الحق في حرية اختيار العمل والحق في الترقية والأمن الوظيفي...".

(1) صلاح الدين عبد الباقي، إدارة الموارد البشرية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 321.

- فوزي حبش، الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين، بيروت، لبنان، 1986، ص 83.

(2) نبيل الحسيني النجار ومحدث مصطفى راغب، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، الشركة العربية للنشر، القاهرة، 1992، ص 502.

(3) عادل حسن، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1974، ص 446.

(4) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10-12 سنة 1948 لاسيما المواد 1-2-7-22-23.

(5) اتفاقية العمل رقم 111 لسنة 1958 المتعلقة بالتمييز في الاستخدام والمهنة صادقت عليها الجزائر، مرجع سبق ذكره.

(6) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/24 المؤرخ في 18/12/1979 ودخلت حيز التطبيق في 3/09/1981.

هذا بالنسبة للاتفاقيات أما بالنسبة للتشريع الفرنسي لم يضع نصا خاصا بالمساواة بين الجنسين في الترقية لكن ضمنه في إطار القواعد العامة لقانون العمل حيث نص على عدم التمييز على أساس الجنس أو الحمل في الأجر أو التكوين أو التأهيل أو الترقية المهنية⁽¹⁾، كما وضع المشرع الفرنسي آليات عملية بهدف تجسيد مبدأ المساواة في ميدان الترقية، حين نص على اتخاذ إجراءات لصالح النساء لاستدراك النقص الملحوظ في ميدان المساواة بين الرجال والنساء فيما يتعلق بشروط التكوين، والتشغيل والترقية المهنية وظروف العمل، وذلك في إطار الاتفاقيات الجماعية للعمل⁽²⁾، كما شجع المؤسسات، ومنحها مساعدات مالية، تشجيعا لها على تبني برامج طموحة تهدف إلى جعل المساواة، في كل الحقوق ومن بينها حق الترقية، واقعا ملموسا⁽³⁾. كما جرم المشرع الفرنسي في قانون العقوبات التمييز في الحقوق ومن بينها الحق في الأجر والتكوين والتأهيل والتصنيف وكذلك الترقية المهنية خاصة على أساس الجنس أو الحمل وقرر لذلك عقوبات⁽⁴⁾، ولقد كرست جميع تشريعات العمل الحديثة حق الترقية بوصفه جزاء مثابرة العامل في ظل القانون الفرنسي.

البند الثاني: المساواة في حق الترقية في التشريع الجزائري

أما المشرع الجزائري فقد أورد في المادة 05 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، مجموعة من الحقوق اعتبرها أساسية وأتبعها في المادة 06 بالنص على: "يحق للعمال أيضا في إطار علاقة العمل ما يأتي: ...التكوين المهني والترقية في العمل" وعبارة -أيضا- المستعملة في المادة 06 تفيد إلحاق مجموعة الحقوق الواردة بها بسابقتها الواردة في المادة 05، أي بمعنى أن مجموعة الحقوق الواردة في المادة 05 تعتبر أساسية، فالمجموعة الواردة بالمادة 06 التي من بينها الحق في الترقية، أيضا تعتبر كذلك. ذلك رغم أنه قد يثور التساؤل حول سبب تقسيم المشرع لحقوق العمال إلى مجموعتين في المادة 05 والمادة 06 وقد قيل أن الحقوق الواردة في 05 هي وحدها حقوق أساسية، لأنه تضمنها الدستور، وهذا القول مردود لأنه من بين الحقوق الواردة في 06 أيضا ما تضمنه الدستور كحق السلامة البدنية والمعنوية الواردة في المادة 41 من الدستور، وكذا الحماية من أي تمييز المنصوص عليه في المادة 32 من الدستور، ما عدا التمييز القائم على الأهلية والاستحقاق، وإن كان الدستور لم ينص على حق الترقية صراحة، فقد نص في نفس المادة على أن: "كل المواطنين سواسية أمام القانون" والترقية حق قانوني لكل عامل إجازة له على تنمية معارفه ومؤهلاته المهنية بتعيينه في منصب عمل جديد يخول

(1) Nul ne peut...

C) Prétendre en considération du sexe ou de grossesse toute mesure notamment en matière de rémunération, formation...qualification, classification.

- أنظر المادة 123.1.C من قانون العمل الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2006-340 المؤرخ في 23 مارس 2006.

(2) Arti : 1.123.3.1 du code de travail.

- تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 139.

(3) نفس المرجع السابق.

(4) Arti : L 123.1.C code pénal français.

له تبوء رتبة أعلى من رتبته السابقة وهدف ذلك تشجيعه على المواصلة والتطور في حياته المهنية، وعادة ما يستفيد العامل من الترقية إذا أمضى فترة زمنية معتبرة في المنصب الذي يشغله، باعتبار أن نتائج عمله ومؤهلاته تظهر بمرور الزمن، ونزولا عند مبدأ عدم التمييز والمساواة بين العمال المنصوص عليه في المادة 06 من القانون 90-11 فإنه متى تحققت الشروط اللازمة في العاملة يكون على صاحب العمل منحها هذا الحق الذي يضمنه لها القانون، غير أنه من الملاحظ أن المشرع الجزائري، ماعدا نص المادة 137 من القانون 90-11 التي وردت عامة⁽¹⁾، لم يضع ضمانات في حالة ممارسة التمييز وخرق مبدأ المساواة، بخلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، الذي جرم في قانون العقوبات فعل التمييز في الحقوق ومن بينها الحق في الأجر والتكوين والتأهيل والتصنيف والترقية المهنية خاصة على أساس الجنس أو الحمل، وقرر لذلك عقوبات كما سبقت الإشارة، إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري غالبا ما يترك السلطة التقديرية للمستخدم، الذي غالبا ما يفضل ترقية العمال على العاملات، وذلك لعدة اعتبارات⁽²⁾.

الفرع الثاني: حماية حق المرأة العاملة في التقاعد

التقاعد هو انتقال العامل المؤمن اجتماعيا بعد استيفائه لمدة العمل القانونية المطلوبة وبلوغه السن القانونية من حالة النشاط المهني إلى إحالته على المعاش (التقاعد)، وستتم دراسة هذا الموضوع من خلال بندين:

البند الأول: حماية حق المرأة في التقاعد في الاتفاقيات الدولية والتشريع المقارن (الفرنسي).

البند الثاني حماية حق المرأة في التقاعد في التشريع الجزائري

البند الأول: حماية حق المرأة العاملة في التقاعد في الاتفاقيات الدولية والتشريع الفرنسي

أصدرت منظمة العمل الدولية الاتفاقية رقم (35) لسنة 1933⁽³⁾، وحددت المادة 05 منها شروط الاستفادة من معاش التقاعد وهي:

قضاء مدة معينة في الخدمة، أو دفع أقساط الاشتراكات اللازمة، وكما هو واضح فإن هذه الاتفاقية لم تحدد المدة اللازمة قضائها في الخدمة بل تركت أمر تحديد لها لتشريع كل دولة. ثم عدلت هذه الاتفاقية بالاتفاقية رقم (128) لسنة 1967⁽⁴⁾، والتي على خلاف سابقتها تم فيها تحديد مدة الخدمة بـ30 سنة أو المساهمة في دفع الأقساط الشهرية، وهذا في الحالة العادية أما في حال المعاش الجزئي، فيشترط دفع الأقساط لمدة 05 سنوات على الأقل لضمان الحد الأدنى، ولم تورد الاتفاقيتين السالفتي الذكر أي

(1) تنص المادة 137: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف انتقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية".

(2) أنظر تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 142-143.

(3) الاتفاقية رقم 35 لسنة 1933 حول تأمين الشيوخوخة في الصناعة وغيرها.

(4) الاتفاقية رقم 128 لسنة 1967 حول تأمين الشيوخوخة في الصناعة وغيرها.

امتياز بالنسبة للمرأة العاملة بصفة عامة أو الأم العاملة على وجه الخصوص⁽¹⁾، حيث يظهر أنها تحت على مبدأ المساواة ومنع التمييز فيما يخص هذا الحق، وعلى هذا المنوال سارت منظمة العمل العربية، فنصت على حق العامل في التأمينات ومن بينها التأمين على الشيخوخة (التقاعد)، وأبقت تحديد المدة والسن متروكا للتشريع الوطني لكل دولة⁽²⁾، وعلى عكس ذلك فإن المشرع الفرنسي إلى جانب تحديده للقواعد العامة للتقاعد خص المرأة العاملة ببعض الامتيازات والمنح، حيث تمنح العاملة المؤمنة طبقا لنص المادة L351.4 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي⁽³⁾، زيادة تقدر بـ 4 فصول عن كل طفل وذلك بسبب تأثيرات الأمومة لاسيما الحمل والولادة كما تمنح 4 فصول أخرى (لأحد الوالدين) بسبب تربية طفل خلال السنوات الأربع بداية من ميلاده أو من تبنيه.

كما أدرج القانون الفرنسي ما أسماه (Bonus) أي علاوة تقدر بـ 10% بالنسبة للمولدين الذين قاما بتربية ثلاثة أطفال على الأقل⁽⁴⁾، وتضاف نسبة 5 عن كل طفل في حدود 30% كحد أقصى⁽⁵⁾.

البند الثاني: حماية حق المرأة العاملة في التقاعد في التشريع الجزائري

تنص المادة 3 من القانون 83-12 المتعلق بالتقاعد⁽⁶⁾ على أنه: "يشكل معاش التقاعد حقا ذا طابع مالي وشخصي يستفاد منه مدى الحياة" يستفيد منه العامل المتقاعد بمجرد توفر جميع الشروط القانونية فيه، ويمكن لهذا الحق أن يؤول إلى ذوي حقوق العامل إذ هو جزءا من الحقوق الاجتماعية والمهنية، وذلك وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 5 من نفس القانون، ومن التأمينات المشمولة بنظام الضمان الاجتماعي المكرسة في الاتفاقية الدولية التي تنص على أن الضمان الاجتماعي يغطي ثمانية حالات من بينها حق التقاعد، التي صادقت عليها الجزائر وسن في إطارها القانون 83-12 الذي نصت المدة 33 منه على أنه حق ذا طابع شخصي ومالي للعامل، كما هو معترف به كذلك في القانون الأساسي العام للعامل.

وهو حق معترف به لجميع أصناف العمال مهما كان نشاطهم المهني، على أن يمارسوا نشاطهم بصورة قانونية ورسمية حسب نص المادة 04 من القانون 83-12 التي تحيل على المادتين 3 و4 من

(1) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 277-278.

(2) الاتفاقية العربية رقم (3) لعام 1971 بشأن المستوى الأدنى للتأمينات الاجتماعية.

(3) Art.L351.4 du code de la sécurité sociale français modifier par la loi 2013-404 du 18 mars art 18.

(4) Bonnet.C et Chambaz.C. (2000) « les avantages familiaux dans le calcul des retraités », solidarité santé n°3. www.cor-retraites.cr/Article 101.html.

-Maingueneau. E (2005) « les avantages familiaux a la retraite » l'essentiel, CNAF, n°34 février, p4.

(5) تضاف 5 عن كل طفل آخر إضافة إلى الثلاثة الأولين بـ 10% أي 4 أطفال 15%، 5 أطفال 20%، 6 أطفال 25% و 7 أطفال 30%.

(6) القانون 83/12 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق لـ 2 يوليو 1983 المتعلق بالتقاعد والمعدل بالأمرين:

- الأمر 96-18 المؤرخ في 16 جويلية 1996، الجريدة الرسمية العدد 42 بتاريخ 07 جويلية 1996.

- الأمر 97-13 المؤرخ في 31 ماي 1997، الجريدة الرسمية العدد 38 بتاريخ 4 جوان 1997.

القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية⁽¹⁾، تنص المادة 3 على أنه: "يستفيد من أحكام هذا القانون كل العمال سواء أكانوا أجراء أم ملحقين بالأجراء أيا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه، والنظام الذي كان يسري عليهم قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق" وتنص المادة 4 على أنه: "يستفيد من الأداءات العينية الأشخاص الطبيعية غير الأجراء الذين يمارسون بالفعل لحسابهم الخاص نشاطا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو فلاحيا أو أي نشاط آخر مماثل وفقا للشروط المحددة في التنظيم المعمول به" فجميع أنواع العمال يستفيدون من نظام التقاعد، سواء أكانوا أجراء أو غير أجراء يمارسون مهنة حرة لحسابهم الخاص أيا كان نوع النشاط أو الحرفة التي يمارسونها، فنظام التقاعد في الجزائر نظام موحد يحق فيه لكل العمال الاستفادة من معاش التقاعد طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها، وتتمثل الحقوق الممنوحة للمتقاعد وفقا لنص المادة 5 من القانون 83-12 فيما يلي⁽²⁾:

1- معاش مباشر يمنح على أساس نشاط العامل بالذات ويضاف إليه زيادة عن الزوج المكفول.

2- معاش منقول يتضمن

أ- معاش إلى الزوج الباقي على قيد الحياة

ب- معاش لليتامى

ج- معاش للأصول

وتنص المادة 6 على أنه: "يتوقف وجوب استفادة العامل من معاش التقاعد على استيفاء الشرطين التاليين:

بلوغ ستين سنة من العمر على الأقل بالنسبة للرجال وخمسة وخمسين سنة بالنسبة للمرأة.

ينبغي أن تكون المدة الدنيا المنصوص عليها في المادة 59 من هذا القانون خلال فترة تساوي على الأقل نصف تلك المدة قد استوجبت القيام بعمل فعلي ودفع اشتراكات الضمان الاجتماعي من طرف العامل حتى يتسنى له الاستفادة من معاش التقاعد. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة بموجب مرسوم⁽³⁾.

ومن ذلك يتبين أن العامل يمنح إما معاش تقاعد أو منحة تقاعد بحسب توفر الشروط المتمثلة في استيفاء السن ومدة التأمين، فما هي أنواع التقاعد والحماية المقررة للعاملة من خلالها؟

عرفت المنظومة التشريعية الجزائرية خمسة أنواع للتقاعد وهي:

1- التقاعد الكامل

(1) القانون 83-11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ الموافق لـ2 يوليو سنة 1983م المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، الجريدة الرسمية العدد 28 بتاريخ 03 جويلية 1983.

(2) القانون 83-12 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ الموافق لـ2 يوليو سنة 1983م المتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية عدد 28 بتاريخ 03 جويلية 1983.

(3) المرسوم 97-13 المؤرخ في 24 محرم 1418 هـ الموافق لـ31 ماي 1997م الجريدة الرسمية العدد 38 بتاريخ 4 يونيو 1997.

2- التقاعد النسبي

3- التقاعد دون شرط السن

4- التقاعد المسبق.

5- منحة التقاعد.

أولاً- التقاعد الكامل: ويعرف أيضا باسم التقاعد العادي، كرسه القانون 12-83 الذي سبقت الإشارة أنه وحدة أنظمة التقاعد بتوحيده للمبادئ التالية:

القواعد المتعلقة بتقرير الحقوق، والقواعد المتعلقة بتقدير الامتيازات والتمويل. والإحالة على التقاعد في التشريع الجزائري لا تكون إلا بقرار من المستخدم وبناء على طلب المعني بالأمر (العامل أو العاملة) وذلك وفقا لنص المادة 10 من القانون 12-83 المعدلة بالمادة 30 من الأمر 13-97 السالف الذكر، ولا يمكن للمستخدم اتخاذ هذا القرار إلا إذا توفرت الشروط التالية:

1- شرط السن: إذ لا يمكن للعامل طلب الإحالة على التقاعد، كما لا يجوز لصاحب العمل أن يحيل العامل(ة) على التقاعد مالم يبلغ هذا الأخير سن الـ60 سنة على الأقل غير أنه يمكن إحالة المرأة العاملة على التقاعد ببلوغها سن الـ55 سنة على الأقل، بطلب منها وفقا لنص المادة 6 من القانون 83-12 المعدلة بالمادة 2 من القانون رقم 15-16⁽¹⁾. ويمكن تقليص سن التقاعد في الحالات التي أوردها المشرع وهي:

- العمال الذين يعملون في ظروف تتسم بنوع من الخطورة.
- العاملات اللاتي ربين طفلا واحدا أو عدة أطفال طيلة 9 سنوات على الأقل فينخفض السن على أساس سنة واحدة على كل طفل في حدود ثلاثة أطفال.
- العامل المصاب بالعجز التام والنهائي عن العمل.
- المجاهدون الذين شاركوا في الثورة التحريرية الكبرى، حيث يستفيدون من تخفيض السن المطلوب بـ5 سنوات⁽²⁾.

2- شرط مدة العمل المطلوبة: لا يمكن للعامل طلب الإحالة على التقاعد كما لا يمكن لصاحب العمل أن يحيله عليه، إلا إذا استوفى العامل الشرط الثاني وهو قضاء مدة عمل لا تقل عن 15 سنة في العمل، ويتعين على العامل(ة) أن يكون قد قام بعمل فعلي تساوي مدته على الأقل سبع سنوات ونصف،

(1) القانون 15-16 المؤرخ في 6 ربيع الثاني 1438 هـ الموافق لـ2016/12/31م يعدل ويتم القانون 12-83.

(2) الفقرة 1 من المادة 2 من الأمر 13-97 المؤرخ في 31 ماي 1997 المعدل للمادة 10 من القانون 12-83.

مع دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي⁽¹⁾، وتعتبر فترات عمل الأيام التي يتقاضى فيها العامل تعويضات يومية للتأمين عن المرض والولادة وحوادث العمل والأمراض المهنية والبطالة.

يمكن تمديد سن التقاعد المذكور بطلب من العامل(ة) وذلك في مناصب العمل ذات التأهيل العالي، والمهن ذات التأهيل النادر، ويتم تحديد هذه الأعمال وشروط وكيفيات تحويل الحق في تمديد سن التقاعد والقواعد الخاصة بتصفية المعاش عن طريق التنظيم⁽²⁾، ومما تقدم يتبين أن المشرع قد أسس قرار إحالة العامل(ة) على التقاعد على شرطين متلازمين شرط السن وهو بلوغ الستين (60) سنة ويمكن للعاملة تنزيله إلى الخمسة وخمسين (55) بطلب منها إذا رغبت في ذلك. وأن لا تقل مدة العمل عن الخمسة عشر (15) سنة مع احتساب أيام العطل المرضية وإجازات الأمومة وحوادث العمل والأمراض المهنية والبطالة، ويضاف إلى ذلك احتساب سنة عن كل طفل ربه العاملة طيلة 9 سنوات في حدود ثلاثة (03) أطفال.

ثانيا- التقاعد النسبي: كرس هذا النوع من التقاعد بموجب الأمر 97-13⁽³⁾. وقد كان يعتبر امتيازاً بالنسبة للعمال الذين بلغ سنهم 50 سنة فما فوق و20 سنة على الأقل من الخدمة⁽⁴⁾، والإحالة على التقاعد النسبي لا تكون إلا بطلب صريح من العامل إذا توفرت فيه الشروط التالية:

- بلوغ العامل سن الخمسين (50) سنة.
- استيفاء مدة عشرين (20) سنة من العمل والاشتراك في الضمان الاجتماعي على الأقل، بالنسبة للمرأة العاملة بخفض السن ومدة العمل بخمس (5) سنوات لتصبح بلوغ العاملة سن الخمسة وأربعين (45) سنة، واستيفاء خمسة عشر 15 سنة من العمل والاشتراك في الضمان الاجتماعي⁽⁵⁾، وتعتبر باطلة وعديمة الأثر، إحالة العامل على هذا النوع من التقاعد بصفة منفردة من طرف المستخدم⁽⁶⁾، وتدخل في حساب مدة التقاعد الأيام التي تقاضى خلالها العامل(ة) تعويضاً عن تأمين المرض، والأمومة، وحوادث العمل، والبطالة، وكذا فترات العطل القانونية المدفوعة الأجر، وفترات الاستفادة من التعويض عن العطل المدفوعة الأجر التي استفاد منها

(1) المادة 2 من القانون 15-16 المؤرخ في 6 ربيع الثاني 1438 هـ الموافق لـ 2016/12/31م يعدل ويتم القانون 83-12، الجريدة الرسمية العدد 78 بتاريخ 31 ديسمبر 2016.
(2) القانون 15-16، الفقرة 5 من المادة 6 - المرجع السابق.
(3) الأمر 97-13 المؤرخ في 31 ماي 1997 المعدل والمتمم للقانون 83-12 المتعلق بالتقاعد.
(4) أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص280.
(5) الفقرة 03 من المادة 02 من الأمر 97-19 السالف الذكر.
(6) الفقرة 03 من المادة 05 من الأمر 97-19 السالف الذكر.

العامل⁽¹⁾، كما تحتسب في سنوات التقاعد المسبق سنوات المشاركة الفعلية في ثورة التحرير الوطنية بضعف مدتها.

والخلاصة أن التقاعد النسبي يمكن للمرأة العاملة الاستفادة منه إذا طلبته وتوفر فيها شرط بلوغ سن الخمسة والأربعين (45) سنة على الأقل، واستوفت مدة عمل واشتراك في الضمان الاجتماعي لا تقل عن خمسة عشر (15) سنة، إضافة إلى الحالات السالف ذكرها والتي تدخل في حساب المدة.

ثالثا- التقاعد دون شرط السن: في هذا النوع من أنواع التقاعد يمكن للعامل(ة) الاستفادة من معاش التقاعد كاملا بناء على طلبه، إذا كان قد أتم مدة عمل فعلي تعادل 32 سنة على الأقل، نتج عنها دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي طوالها، وفي هذه الحالة يسقط شرط السن ويخضع هذا النوع من التقاعد إلى نفس الإجراءات التي يخضع لها التقاعد النسبي السالف ذكره⁽²⁾.

رابعا- التقاعد المسبق: تم استحداث هذا النوع من التقاعد بموجب المرسوم 94-10⁽³⁾، ويعتبر إجراء استثنائيا لجأت إليه السلطات العمومية في منتصف التسعينات من أجل التغطية الاجتماعية لأجراء القطاعات الاقتصادية، التي كانت تمر بأزمات وصعوبات اقتصادية أجبرت المؤسسات على تقليص عدد عمالها، بتسريحهم من مناصب عملهم.

في هذه الظروف الاقتصادية الصعبة جاء هذا المرسوم التشريعي ليتمكن العمال من الاستفادة من التقاعد المسبق إذا استوفوا الشروط التالية:

- بلوغ سن الخمسين 50 سنة بالنسبة للعمال وسن الخمسة والأربعين 45 سنة بالنسبة للعاملات.
- أن يكون العامل قد أدى مدة عشرين 20 سنة عمل على الأقل، ويكون قد دفع أقساط الاشتراك لمدة 10 سنوات⁽⁴⁾ بصفة كاملة، ومنها السنوات الثلاثة السابقة لنهاية علاقة العمل التي يثبت الحق في التقاعد المسبق وتحوله للعامل.

- أن يرد اسم العامل(ة) ضمن قائمة الأجراء الذي يكونون موضوع تقليص عددهم، أو ضمن قائمة الأجراء الذين هم في وضعية انتهاء نشاطهم القانوني لدى الهيئة المستخدمة⁽⁵⁾، ومن الملاحظ أن المرأة العاملة قد استفادت من تخفيض في السن بخمس 5 سنوات للاستفادة من التقاعد المسبق.

خامسا- منحة التقاعد: إذ بلغ العامل سن الستين 60 سنة ولم يستوف شرط المدة والتأمين المحدد بخمسة عشرة سنة وفقا للقوانين المعمول بها للصندوق الوطني للتقاعد، أن يمنحه منحة التقاعد،

(1) المادة 02 من الأمر 97-19 السالف الذكر.

(2) أحمية سليمان، مرجع سابق، ص280.

- المادة 2 من الأمر 97-13 السالف الذكر.

(3) المرسوم التشريعي 94-10 المؤرخ في 26 ماي 1994 يحدد التقاعد المسبق، الجريدة الرسمية عدد34 بتاريخ 01 جوان 1994.

(4) عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصة للنشر الجزائر سنة 2003، ص310.

(5) المادة 7 من المرسوم التشريعي 94-10 السالف الذكر.

ولتجسيد ذلك يكفي للعامل أن يثبت خمس(05) سنوات أو عشرين فصلا من العمل، ودفع الاشتراكات للضمان الاجتماعي، وتبقى هذه المنحة نسبية حسب عدد السنوات، ويمكن أن يرتفع مبلغها بإضافة منحة الزوج المتكفل به، وقد حددت هذه المنحة عن طريق قرار، من طرف وزير العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي.

بقية الإشارة إلى آخر تعديل لقانون التقاعد تم بموجب القانون 15-16 الذي أورد مادته الثانية التي تعدل المادة 6 من القانون 83-12 أنه تتوقف وجوبا استفادة العامل(ة) من معاش التقاعد على استيفاء الشرطين التاليين:

1- بلوغه(ها) سن ستين 60 سنة على الأقل، غير أنه يمكن إحالة المرأة العاملة على التقاعد بطلب منها ابتداء من سن خمسة وخمسين 55 سنة كاملة.

2- قضاء خمسة عشر سنة على الأقل في العمل.

يتعين على العامل(ة) أن تكون قد قامت بعمل فعلي تساوي مدته على الأقل سبع سنوات ونصف (5,7) مع دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي. وتنص الفقرة الخامسة (5) من المادة 6 من هذا القانون على: "مع مراعاة أحكام المادة 10 أدناه يمكن العامل(ة) أن يختار إراديا مواصلة نشاطه بعد السن المذكورة أعلاه في حدود خمس (5) سنوات لا يمكن الهيئة المستخدمة خلالها إحالته على التقاعد" وبذلك يكون لكل عامل(ة) الحق في المكوث في منصب عمله بعد بلوغه السن الأقصى للإحالة على التقاعد مدة إضافية لا تزيد على الخمس سنوات إذا رغب في ذلك، أي حتى بلوغ سن الخامسة والستين، ولا يمكن لمستخدمه أن يجبره على الإحالة على التقاعد قبل استيفاء مدة خمس سنوات إضافية، إذا رغب العامل(ة) في ذلك، وعلى عكس نص الفقرة الخامسة(ة) من المادة السادسة تنص المادة السابعة(7) على: "يمكن أن تستفيد من معاش التقاعد قبل بلوغ السن المنصوص عليها في المادة 6 أعلاه العامل(ة) الذي يشغل منصب عمل يتميز بظروف جد شاقة، بعد قضاء فترة دنيا في هذا المنصب" أي أن العمال والعاملات الذين يشغلون مناصب عمل مصنفة في خانة الأعمال الشاقة، أن يستفيد أو تستفيد من معاش التقاعد قبل بلوغ سن الستين (60) سنة، ولم يحدد القانون 16-15 مناصب العمل المصنفة على أنها جد شاقة ولا الأعمار المناسبة لها ولا الفترة الدنيا التي يجب على العامل(ة) قضاؤها في المنصب، بل نص على أن بيان ذلك سيتم عن طريق التنظيم.

وأوردت المادة 7 مكرر حالات أخرى يمكن معها تمديد سن التقاعد المذكورة في المادة 6 أعلاه بناء على طلب من العامل(ة)، وذلك بالنسبة للوظائف ذات التأهيل العالي والمهن ذات التأهيل، وقد ترك للتنظيم مسألة تحدي قائمة الوظائف ذات التأهيل العالي والمهن ذات التأهيل النادر، وكذا شروط وكيفيات تخويل الحق في تمديد سن التقاعد والقواعد الخاصة بتصفية المعاش المتعلق بهذه المهن.

ونصت المادة 61 مكرر على: "دون المساس بأحكام هذا القانون وخلال فترة انتقالية مدتها سنتان (2) يمكن منح معاش التقاعد مع الانتفاع الفوري إذا كان العامل(ة) الأجير قد أتم مدة عمل فعلي نتج عنها دفع اشتراكات تعادل اثنتين وثلاثين (32) سنة على الأقل وبلغ أو تجاوز السن الدنيا المذكورة أدناه:

- ثمان وخمسين (58) سنة في سنة 2017،

- تسعة وخمسين (59) سنة في سنة 2018.

تتم الاستفادة من معاش التقاعد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة أعلاه بطلب من العامل(ة) الأجير(ة) دون سواه(ها).

تطبق السن المنصوص عليها في المادة 6 من القانون 12-83 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق لـ 2 يوليو سنة 983 المذكور أعلاه على العمال المذكورين في هذه المادة ابتداء من أول يناير سنة 2019.

وبهذا كل أنواع التقاعد والاستثناءات والتي سبق التعرض لها قد تم إلغاؤها وأعيد التقاعد لسيرته الأولى موحدا في نصوص القانون 12-83 دون سواه.

خلاصة القول أن التقاعد هو إحدى حالات انتهاء علاقة العمل بين العامل ومحيط عمله عند توفر الشروط المطلوبة لذلك، فيه، وهي أساسا شرط السن وشرط مدة العمل القانوني والاشتراك في الضمان الاجتماعي. مهما كان قطاع النشاط الذي ينتمي إليه العامل(ة) والامتياز الاجتماعي بالنسبة للمرأة العاملة هو تحفيظ السن بخمس (05) سنوات كما تستفيد بتخفيض يقدر سنة عن كل طفل ربه طيلة تسع (09) سنوات على الأقل، وذلك في حدود ثلاث اطفال⁽¹⁾ وتدخل ضمن فترات العمل كل فترة تقاضي خلالها المؤمن(ة) تعويضات يومية للتأمينات عن المرض، الأمومة، وحوادث العمل والأمراض المهنية⁽²⁾ ويلاحظ أن التشريع الجزائري يعتبر من بين أكثر التشريعات حماية للعمال سواء فيما تعلق بالتقاعد أو بغيره من أوجه الحماية الأخرى، غير أنه فيما تعلق بالامتياز الممنوح عن تربية الأطفال نجده على خلاف التشريع الفرنسي قد قصره على ثلاثة (03) أطفال، وكأنه يهدف إلى التشجيع على تحديد النسل، أو على الأقل عدم التشجيع على الإنجاب، في حين نجد أن المشرع الفرنسي منح العاملة سنتين عن كل طفل ربه دون تحديد عدد الأطفال، ولم يقتصر هذا على الأم، بل يشترك في ذلك الأم والأب على السواء.

(1) المادة 8 من القانون رقم 12-83 المتعلق بالتقاعد، مرجع سابق.

(2) المادة 11 من القانون 12-83 المتعلق بالتقاعد، مرجع سابق.

المبحث الثاني: الحماية الخاصة بالمرأة العاملة

إن الاهتمام بالمرأة وقضاياها هو اهتمام بكل المجتمع فهي نصف المجتمع ومربية النصف الآخر، فتهميشها يعني تهميش المجتمع ككل.

ونظرا للتكوين الفيزيولوجي للمرأة ومسؤولياتها الثقيلة تجاه أسرتها أحيطت، سواء من قبل المنظمات الدولية أو التشريعات الداخلية بحماية خاصة تتمثل في منع تشغيلها في بعض الأعمال والمهن التي تعتبر شاقة أو خطيرة على صحتها، كما يمنع تشغيل النساء في الأعمال الليلية إلا بشروط وبناءا على ترخيص، كما أحيطت الأمومة بحماية خاصة بداية من الحمل إلى ما بعد الوضع، وهذا ما ستم دراسته من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حماية المرأة العاملة من الأعمال الضارة

المطلب الثاني: حماية الأمومة

المطلب الأول: حماية المرأة من الأعمال الضارة

تتمثل هذه الحماية في منع تشغيل النساء في الأعمال الشاقة والخطرة، والتي لا تتناسب وطبيعة تكوينهن الجسماني وكذا الصحي، فلا يتعلق المنع بأهلية المرأة القانونية بل بطبيعتها وبنيتها العضوية والفيزيولوجية فقط⁽¹⁾، وكذلك الحال في العمل الليلي إذ يحظر تشغيل النساء في هذه الأوقات حماية لصحتهن، وكذا لما يحقق لهن من الحماية الأخلاقية، إلا بشروط وستتم معالجة هذا الموضوع في فرعين:

الفرع الأول: حماية المرأة العاملة من الأشغال الشاقة والخطرة

الفرع الثاني: حماية المرأة العاملة من العمل الليلي

الفرع الأول حماية المرأة العاملة من الشغل الشاقة والخطرة

تتمثل هذه الحماية في منع تشغيل النساء في بعض الأعمال التي تعتبر شاقة وخطيرة ولها تأثير سلبي على صحة المرأة⁽²⁾، فهناك من الأعمال ما يتطلب من القدرة العضلية والجهد ما لا يطيقه إلا الرجال، فالنساء أقل قوة من الرجال⁽³⁾، بالإضافة إل الأضرار التي تصيبها جراء المواد المستعملة التي قد تؤثر على القدرة الإنجابية لديها.

(1) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص294.

(2) دينا مباركة، النظام الحمائي للمرأة العاملة في التشريع الاجتماعي المغربي، مجلة المناظرة، العدد الخامس، 2000، ص76.

(3) أحمد رأفت تركي، حماية حقوق المرأة العاملة في التشريع المصري والمغربي، مجلة الميادين، العدد 4-5، 1989-2000، ص28.

وعلى هذا الأساس أصدرت منظمة العمل الدولية مجموعة من الاتفاقيات والتوصيات أهمها الاتفاقية رقم 45 بشأن تشغيل المرأة تحت سطح الأرض في المناجم بمختلف أنواعها⁽¹⁾، باستثناء المهمة الإدارية والصحية وخدمات الرعاية، وفترة التدريب خلال الدراسة في هذه الأماكن⁽²⁾.

كما اهتمت التوصية رقم 4 بشأن حماية النساء والأطفال من التسمم بالرصاص⁽³⁾ حينما حدثت على حماية النساء والأطفال الأقل من 18 سنة من بعض الأعمال التي من شأنها التأثير على وظيفة الأمومة وعلى النمو البدني للأطفال، كما جددت هذه التوصية الأعمال المتصلة بالرصاص.

وبالنسبة لمنظمة العمل العربية فقد أوردت هذا الحظر في الاتفاقية رقم (06) المتعلقة بمستويات العمل⁽⁴⁾، والاتفاقية رقم (07) بشأن السلامة والصحة المهنية⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي كان أول من منع تشغيل الأطفال والنساء في الأعمال الشاقة والخطرة، خاصة تحت سطح الأرض حتى قبل المنظمات الدولية.

حيث صدر أول قانون في 19 ماي 1874 المتعلق بعمل الأطفال والقاصرات في الصناعة⁽⁶⁾، ثم عدل وتمم بالقانون 2 نوفمبر 1892 المتعلق بعمل الأطفال والقاصرات والنساء في المؤسسات الصناعية⁽⁷⁾.

كما أن أغلب الدول اهتمت بهذا الحظر حماية المرأة من الأضرار الناجمة عن الأعمال الشاقة والخطيرة⁽⁸⁾، وهذا ما يؤكد اهتمام المشرع الاجتماعي بضرورة حماية المرأة، ومراعاة طبيعتها الخاصة، التي تستوجب عدم تكليفها بأعمال شاقة أو مرهقة لا تتناسب مع التكوين الجسماني لها⁽⁹⁾.

بالنسبة للتشريع الجزائري، تخضع النساء العاملات كمبدأ عام، إلى نفس الأحكام، مما يجعلهن تتمتع بنفس الحقوق، وعليهن نفس الواجبات، مثل باقي العمال دون أي تمييز لأي سبب من الأسباب كان، سواء أكان أساسه السن أو الجنس أو الانتماء السياسي أو النقابي... إلخ. مبدأ تكرسه القوانين

(1) صدرت هذه الاتفاقية بمقتضى المؤتمر العام المنعقد في دورته 19 بتاريخ 04 جوان 1935 وبدأ نفاذها في 30 ماي 1938.

(2) أنظر المادة 02 من الاتفاقية.

(3) لقد أصدرت منظمة العمل الدولية هذه التوصية بمقتضى المؤتمر العام المنعقد في واشنطن بتاريخ 29 أكتوبر 1919.

(4) أنظر المادة 68 من الاتفاقية رقم (06) لسنة 1976.

(5) أنظر المادة 06 من الاتفاقية رقم (07) لسنة 1977.

(6) Loi 19 mai 1874 relative au travail des enfants et des filles mineurs dans l'industrie.

(7) Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels.

(8) أنظر: التشريع التونسي، الفصل 77 من مجلة الشغل. التشريع المصري، المادة 90 من قانون العمل.

التشريع المغربي، المادتين 179-181 من مدونة الشغل. التشريع الأردني، المادة 69 من قانون العمل.

(9) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 545.

- منير الدلمي، شرح قانون العمل، القاهرة، 1998، ص 226.

الداخلية لمختلف الدول والاتفاقات الدولية⁽¹⁾، غير أن طبيعة التكوين الفسيولوجي والنفسي المختلف للمرأة، وما تفرضه تعاليم الدين الإسلامي الحنيف والأخلاق والعادات والتقاليد الاجتماعية، استلزمت أن يخص المشرع الجزائري المرأة العاملة بقواعد وأحكام قانونية خاصة تمنع قيامها ببعض الأعمال التي لا تتناسب مع تكوينها، وكذا عملها في بعض الظروف، وبعض الأوقات حماية لها من مختلف الأخطار المادية منها والمعنوية والأخلاقية، وعليه فقد منح القانون الأساسي العام للعامل تشغيل النساء في الأعمال الشاقة أو التي تحتوي على أخطار مضرّة بالصحة، أو تلك التي تنعدم فيها النظافة وكذا كل الأعمال والظروف التي لا تتلاءم مع طبيعة المرأة⁽²⁾.

فقد نصت المادة 260 من الأمر 31/75 على: "يمنع استخدام النساء والأولاد الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة أو المتدربين منهم في مراكز عمل غير صحية أو خطيرة أو مضيئة وكذلك في أعمال تتطلب جهداً لا يتناسب مع قوتهم ومضرة بصحتهم كما يمنع استخدام القصر من الجنسين في أشغال تتنافى مع الأخلاق بالنظر لطبيعتها والظروف التي تتم فيها..."⁽³⁾ ولقد نصت المادة 44 من المرسوم 132/86 على أنه: "لا يجوز أن يشغل أحد في أعمال متصلة بإشعاعات أيونية في الحالات التالية: إذا لم يبلغ من العمر 18 سنة. إذا كان العامل امرأة حاملاً"⁽⁴⁾.

أي بمعنى إذا كان العامل امرأة غير حامل لا يحميها هذا المرسوم بالحماية موجهة للجنين وليس للمرأة، ونصت المادة 11 من القانون 07/88 على أنه: "يتعين على المؤسسات المستخدمة أن تتحقق من أن الأعمال الموكلة إلى النساء والعمال القصر والعمال المعوقين لا تقتضي مجهوداً يفوق طاقتهم مع مراعاة الأحكام التشريعية الجاري بها العمل" إن حماية المرأة العاملة تكون من تعسف رب العمل، فكيف يوكل لهذا الأخير التحقق من أن الأعمال الموكلة للمرأة لا تتطلب مجهوداً يفوق طاقتها؟ ألا يكون رب العمل والحال هذه في موقع الخصم والحكم؟ هذا من جهة ومن جهة ثانية لم يحدد المشرع ما هي الأعمال الشاقة والخطيرة والمضرة بصحة النساء التي لا يجوز تشغيلهن فيها، كما فعل المشرع الاجتماعي في قوانين الدول العربية الأخرى. فقد نصت المدة 69 من قانون العمل الأردني على أنه: "تحدد بقرار من وزير العمل بعد استطلاع رأي الجهات الرسمية المختصة بـ:

(1) أنظر المادة 17 من القانون 78-12 المؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل - ج ر. عدد 32 المؤرخة في 8 أوت 1978.

المادة 17 من القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل.

(2) المادة 12 من القانون 78-12 السالف الذكر.

(3) الأمر 31/75 المؤرخ في 17 ربيع الثاني الموافق لـ 29 أبريل 1975 يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص.

(4) المرسوم 132/86 المؤرخ في 18 رمضان 1406 الموافق لـ 1986/05/27 يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الإشعاعات الأيونية والقواعد المتعلقة بمراقبة حيازة المواد الإشعاعية والأجهزة التي تتولد عنها إشعاعات أيونية واستعمالها.

- (أ) الصناعات والأعمال التي يحضر تشغيل النساء فيها

- (ب) الأوقات التي لا يجوز تشغيل النساء فيها والحالات المستثناة منها⁽¹⁾.

ونصت المادة 29 من قانون العمل الإماراتي على أنه: "يحظر تشغيل النساء في الأعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة صحياً أو أخلاقياً وكذلك في الأعمال الأخرى التي يصدر بتحديد قرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية بعد استطلاع رأي الجهات المختصة" وقد صدر مثل هذا القرار عن وزير العمل الإماراتي وشمل واحد وعشرين 21 عملاً خطراً وشاقاً يحضر على النساء مزاولة⁽²⁾.

الفرع الثاني: حماية المرأة من العمل الليلي

يسير البشر من بداية الخلق على منطق طبيعي، النوم بالليل والعمل بالنهار، لقوله تعالى: "وجعلنا الليل لباساً، وجعلنا النهار معاشاً"⁽³⁾، إلا أن الحضارة الحديثة التي نعيش تحت تأثيرها، ابتكرت بيئة عمل على مدار الـ 24 ساعة، حيث بظهور الصناعات المستمرة والمعامل التي لا تتوقف فيها دواليب الإنتاج، نتيجة للتطور الحاصل في ميدان العمل الذي نتج عن طريق تعاقب وتناوب أفواج العمال، وفق أنظمة تختلف من صناعة إلى أخرى، الشيء الذي كرس معه العمل الليلي واقعا مألوفاً تحت تأثير التطور الحاصل في ميدان الإنتاج⁽⁴⁾، مما جعل المرأة إلى جانب الرجل تعمل بالنهار والليل دون تمييز، وما نتج عنه من سلبيات، حيث أثبتت الدراسات مدى خطورة العمل الليلي على صحة العمال⁽⁵⁾ وعلى صحة المرأة بصفة خاصة⁽⁶⁾ مما يجعل حاجتها للحماية أولى وواجب من حاجة الرجال للحماية⁽⁷⁾، كما أن للعمل الليلي أثاره الاجتماعية والأخلاقية الضارة بالأسرة، فكان ولا بد من توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمرأة لمراعاة ما يتطلبه واجبها من الاهتمام بأسرتها، خاصة إذا كانت أما لديها أطفال بحاجة إلى رعايتها⁽⁸⁾، وعملها الليلي يقلل من ساعات نومها وزيادة إرهاقها فيؤثر على صحتها

(1) صدر قرار من وزير العمل الأردني في هذا الشأن ونشر في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 4201 بتاريخ 1997/04/30.

(2) قرار رقم 1/46 لسنة 1986 وقرار 1/6 لسنة 1981 الجريدة الرسمية الإماراتية العدد 91 لسنة 11، ص 7241. - زيد محمود العقابلية، حقوق المرأة العاملة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة المفكر العدد الثامن، نوفمبر 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ص 417 وما بعدها.

(3) الآية 10-11 من سورة النبأ.

(4) أحمد إذ الفقيه، إشكالية الشغل النسوي، المرأة العاملة والقانون الاجتماعي المغربي، منشورات كلية الشريعة بأكادير، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1996، ص 102.

(5) محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 308.

(6) رحاب القدومي، حقوق المرأة في قانون العمل الأردني، منشورات المركز الإرشادي لحقوق المرأة، عمان، 2000، ص 87.

(7) أحمد رأفت تركي، حماية حقوق العاملة في التشريع المصري والمغربي، مجلة الميادين، العدد 4-5، 1989-1990، ص 26.

(8) أحمد حسن البرعي، تنظيم عمل المرأة وفقاً لمستويات العمل الدولية والعربية، مجلة اتحاد الجامعات العربية، العدد 4 أكتوبر 1996، القاهرة، ص 36.

فينعكس ذلك سلبيًا على صحة أطفالها⁽¹⁾، وأسرتها⁽²⁾. غير أن هناك أعمال ومهن ضرورية ومهمة تتطلب العمل الليلي كالمستشفيات والأمن....

تدخلت منظمة العمل الدولية من خلال الاتفاقية رقم (04) (3) لمنع تشغيل النساء ليلاً مطلقاً ما عدا في المنشآت التي لا يعمل فيها إلا أفراد من نفس الأسرة⁽⁴⁾.

غير أنه في حالات حددتها المادة 04 يمكن رفع حظر تشغيل النساء ليلاً في حالة القوة القاهرة، عندما يحدث في أي مؤسسة توقف عن العمل لم يكن في المستطاع التنبؤ به وليس من طبيعته أن يتكرر. وفي الحالات التي يقتضي العمل فيها استعمال مواد أولية أو مواد طور المعالجة وتكون عرضة للتلف السريع، وكان هذا العمل الليلي ضرورياً للمحافظة على المواد المذكورة من خسارة محققة.

ونتيجة تطور علم الشغل والضغوطات تم تعديل هذه الاتفاقية بالاتفاقية رقم (41) (5)، غير أن هذه الأخيرة لم تكن تختلف عن سابقتها إلا بنص المادة 8، والذي كانت تسمح من خلاله هذه الاتفاقية بعمل المرأة ليلاً إذا كانت تشغل مناصب إدارية مسؤولة، ولا تؤدي عادة أعمالاً يدوية.

ثم أعيد النظر في هذه الاتفاقية وعدلت بأخرى رقم (89) (6)، وهذه بدورها لا تختلف عن الاتفاقية رقم (41) غير أنها أضافت للاستثنائيين السابقين في المادة 5 من الاتفاقية رقم (89) إمكانية رفع حظر عمل المرأة ليلاً، عندما تقتضي المصلحة الوطنية ذلك لمواجهة ظروف طارئة خطيرة.

وما يمكن ملاحظته أن العمل الليلي المحظور حسب الاتفاقيات السالفة في المنشآت الصناعية فقط، حيث اهتمت هذه الاتفاقيات بتعريف المنشأة الصناعية، كما عرفت معنى كلمة "الليل" بتحديد ساعاته.

خلاصة القول أنه وطبقاً للاتفاقية 111 بشأن التمييز في الاستخدام والمهن تحظر التمييز في الشغل وفي شروط الاستخدام وظروفه خاصة على أساس الجنس، أي أنها تحت على المساواة، وهذا يعني أن تعمل المرأة ليلاً مثلها مثل الرجل كأصل عام، والاستثناء هو منع عملها ليلاً في بعض الصناعات والمهن.

أما بالنسبة لمنظمة العمل العربية فإن الأصل هو حظر عمل المرأة ليلاً، والاستثناء هو إمكانية عملها ليلاً في بعض المهن التي يحددها التشريع.

(1) أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقاً لأحداث التعديلات، ط2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص130.

(2) محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص599-646.

(3) الاتفاقية الدولية رقم (04) بشأن عمل النساء ليلاً لسنة 1919، بدأ نفاذها في 13 جوان 1991.

(4) أنظر المادة 03 من الاتفاقية رقم (04) السابقة.

(5) الاتفاقية الدولية رقم (41) بشأن عمل المرأة ليلاً 19 جوان 1934، بدأ نفاذها في 22 نوفمبر 1936.

(6) لمعرفة التفاصيل، راجع المواد 1-2-6-7 من الاتفاقيات رقم (4) -رقم (41)، رقم (9) بشأن عمل المرأة الليلي السالفة الذكر.

حيث نصت المادة 69 من الاتفاقية رقم (06) لسنة 1976⁽¹⁾ "لا يجوز تشغيل النساء ليلاً، وتحدد السلطات المختصة في كل دولة، المقصود بالليل طبقاً لما يتماشى مع جو وموقع وتقاليد كل بلد. وتستثنى من ذلك الأعمال التي يحددها التشريع، والقرارات، أو اللوائح في كل دولة".

أما بالنسبة للتشريعات الداخلية فقد تباينت مواقفها بين مؤيد ورافض، فالمؤيد للحظر أساسه أن العمل الليلي من شأنه الإضرار بصحة المرأة، كما أنها لا تكون آمنة مثل زميلها الرجل عند الانتقال من وإلى العمل، بالإضافة إلى العبء المنزلي الذي تتحمله، أما المناهضين والمعارضين لهذا الحظر فأساسهم أن المنع فيه تمييز للمرأة العاملة⁽²⁾، وخرق لمبدأ المساواة المنادى به.

ومن هذا المنطلق ونظراً لما يستنزفه العمل الليلي من التعب والإجهاد أكثر من العمل بالنهار، فضلاً عما ينطوي عليه الاعتياد على قضاء الليل خارج المنزل من أضرار اجتماعية تؤثر على تماسك الأسرة وحماية الأبناء، فقد ذهبت بعض التشريعات العربية إلى حظر تشغيل المرأة ليلاً، كأصل عام، والاستثناء هو السماح لها بالعمل ليلاً في بعض المهن والأعمال التي يحددها القانون، وهو موقف منظمة العمل العربية.

غير أن هناك من التشريعات من اعتمدت موقف منظمة العمل الدولية⁽³⁾ وجعلت من عمل المرأة الليلي أصلاً⁽⁴⁾ والاستثناء عدم جواز العمل ليلاً في بعض الأعمال والصناعات التي يحددها القانون.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عمل هو الآخر على تنظيم عمل المرأة ليلاً شأنه شأن باقي تشريعات العمل المقارنة، التي تحظر عمل المرأة ليلاً، مراعاة لتكوينها الذي يختلف عن تكوين الرجل⁽⁵⁾، بالإضافة إلى ما يتطلبه العمل الليلي من الجهد، الذي له تأثير على دورها الطبيعي في المجتمع والمتمثل في الإنجاب وتربية الأطفال⁽⁶⁾، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعود السبب الرئيسي في هذا الخطر إلى التكيف مع خصوصيات المجتمع الإسلامي المحافظ والعادات والأعراف الاجتماعية السائدة⁽⁷⁾.

(1) الاتفاقية العربية رقم (06) لسنة 1976 بشأن مستويات العمل (معدلة)

(2) عبد اللطيف خالفي، مرجع سبق ذكره، ص 551 وما بعدها.

(3) صلاح محمد احمد دياب، مرجع سابق، ص 126.

- أحمد رشاد الهواري، شرح قانون العمل البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2010، ص 105 وما بعدها.

(4) التشريع المصري، المادة 89 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003.

- التشريع المغربي، المادة 172 من مدونة الشغل.

- التشريع البحريني، المادة 30 من القانون 36 لسنة 2012 (قانون العمل في القطاع الأهلي).

(5) أحمية سليمان، رجع سابق، ص 106.

- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 185.

(6) دنيا مباركة، مرجع سابق، ص 76.

(7) أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 106.

تنص المادة 1/27 من قانون العمل⁽¹⁾ "يعتبر كل عمل ينفذ بين الساعة التاسعة ليلا والساعة الخامسة صباحا عملا ليليا".

وتنص المادة 29 على: "يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية غير أنه يجوز لمفتش العمل المختص إقليميا بمنح رخصا خاصة عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل".

ومن خلال هذه النصوص يظهر موقف المشرع الجزائري على أنه تبنى موقف منظمة العمل العربية هو حظر العمل الليلي، الذي يتم من الساعة التاسعة ليلا إلى الخامسة صباحا، على المرأة كأصل عام. وكما هو واضح، فالحظر يشمل جميع الأعمال، عكس ما هو منصوص عليه في اتفاقيات العمل الدولية إذ الحظر فقط في المجال الصناعي.

غير أن المشرع أجاز عمل المرأة الليلي في بعض المهن بشرط نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 29 من قانون العمل، وهو الحصول على ترخيص من مفتش العمل المختص إقليميا عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل.

كما رتب المشرع جزاء على مخالفة الأحكام المتعلقة بعمل المرأة الليلي في نص المادة 143 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بغرامة تتراوح من 500 إلى 1000 دج وتطبق العقوبة عند كل مخالفة معارضة وتكرر بحسب عدد العمال.

والجدير بالملاحظة أن تطبيق عقوبة كهذه على رب عمل يعتبر أقرب من المزاح منه إلى العقاب.

المطلب الثاني: حماية الأمومة

تشكل الأسرة اللبنة الأولى في بناء صرح المجتمع، فهي النواة التي تنبثق منها جميع العلاقات البشرية، الأمر الذي جعلها بمثابة وحدة قياس المجتمع الأساسية، إذ يقوى بقوتها ويضعف بضعفها⁽²⁾، ومن أبرز وظائفها تربية الأطفال وتنشئتهم وفق مبادئ ذات المجتمع⁽³⁾، وعليه بات من الضروري الاهتمام بالأسرة، وتوفير كافة الضمانات القانونية لحمايتها، حتى تتمكن من الاضطلاع بمسؤوليتها في المجتمع، وكلما كانت الأسرة قوية وقادرة على التنشئة السليمة، كانت أكثر تماسكا وكانت لديها القدرة على التغلب على الأزمات الاجتماعية والنفسية والاقتصادية⁽⁴⁾.

(1) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل معدل ومتمم بالقانون رقم 91-29 المؤرخ 21 ديسمبر 1991.

(2) محمد نجيب توفيق حسن، الخدمة الاجتماعية مع الأسرة والطفولة، والمسنين، الكتاب الأول، مع الأسرة، مكتبة أنجلو المصرية، القاهرة، 1998، ص 29.

إحسان زكي عبد القادر، الأسرة والطفولة، مكتبة غريب، مصر، 1985، ص 13.

(3) جابر عوض سيد، التكنولوجيا والعلاقات الاجتماعية، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 1996.

(4) سناء حسين الخولي، الأسرة والحياة العائلية، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2011، ص 171.

ولا يمكن تصور طفولة دون أمومة، فالأم هي رمز التضحية والوفاء والإخلاص⁽¹⁾، والأم هي التي ربت وسهرت وأحاطت أبناءها بالرعاية والحنان، فهي الكلمة الأولى التي ينطق بها، والصورة الأولى التي يطلع عليها كل مولود.

والحمل والأمومة يخصان المرأة بشكل بيولوجي، حيث تتأثر المرأة العاملة إلى حد كبير بدورها كأم، ويجب ألا يكون ذلك أساساً للتمييز ضدها، لأنها تكون في هذا الوضع عاجزة مؤقتاً عن أداء عمل مأجور، وبالتالي تظهر ضرورة تفهم الوظيفة المزدوجة التي تمارسها المرأة العاملة، لأن الإنجاب بحد ذاته وظيفة يجب حمايته، وخصها بمعالجة متميزة يتحمل مسؤوليتها المجتمع، فأرهاق المرأة العاملة الحامل يؤثر بالتبعية على صحة الجنين، وبالتالي على الأجيال القادمة⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق كانت قضية حماية الأمومة ضرورة تستوجب الحفاظ عليها وكفالتها وحمايتها من مخاطر العمل، فأستوجب الأمر وضع الضمانات القانونية للمرأة العاملة الحامل من أجل التوفيق بين عملها ورعاية أسرتها⁽³⁾.

فقد اهتمت كل من منظمة العمل الدولية والعربية والتشريعات الداخلية بحماية الأمومة بصفة عامة والمرأة العاملة بصفة خاصة.

وأخذت هذه الحماية عدة مظاهر ستتم معالجتها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: إجازة الأمومة والحقوق المصاحبة لها.

الفرع الثاني: حق المرأة العاملة في رعاية أطفالها.

الفرع الأول: إجازة الأمومة والحقوق المصاحبة لها:

من المعلوم أنه يعترض صحة الأم العاملة عدة تغيرات جسمية ونفسية، تؤثر سلباً على صحتها⁽⁴⁾، وبالتالي على عطائها وإنتاجها العملي، مما يتطلب إفرادها بحماية خاصة كأم ومن أهم مظاهر حماية الأمومة⁽⁵⁾، في مختلف اتفاقيات العمل والتشريعات الداخلية حماية صحة الأم العاملة وحماية صحة جنينها، وفي نفس الوقت، المحافظة على منصب عملها خلال هذه الفترة، بسبب انقطاعها عن العمل، وتمتد هذه الحماية لما بعد الوضع لتمكينها من استعادة عافيتها، ورعاية وليدها، مع ضمان حقها في الأجر خلال فترة الانقطاع هذه، وسيتم التطرق لهذه المواضيع في:

(1) إحسان زكي عبد القادر، مرجع سابق، ص 185.

(2) أحمد حسن البرعي، مرجع سابق، ص 12.

(3) أحمد رشاد أمين، التنظيم القانوني لعمل المرأة في قانون العمل المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص 326.

(4) أحمد رأفت تركي، مرجع سابق، ص 30.

(5) تشمل الأمومة الحمل والولادة النفاس والرضاعة.

البند الأول: مدة إجازة الأمومة.

البند الثاني: التعويض المستحق خلال إجازة الوضع.

البند الثالث: حماية العاملة من الفصل بسبب إجازة الأمومة.

البند الأول: مدة إجازة الأمومة

تعد إجازة الوضع صورة من صور الحماية القانونية المقررة للأم العاملة في قوانين العمل، وتهدف إلى حماية صحة المرأة العاملة وصحة وليدها، فهذه الإجازة تمكنها من التوفيق ما بين دورها في الإنجاب و نشاطها المهني⁽¹⁾.

وتستحق المرأة العاملة إجازة الوضع بصرف النظر عن وجود عقد زواج صحيح، لأن الإجازة لا ترتبط بعقد الزواج في حد ذاته بقدر ارتباطها بحماية الأمومة، حيث تكون المرأة غير قادرة صحياً على القيام بالعمل، إضافة إلى أن رعاية وليدها في هذه المرحلة تتطلب تفرغها التام لذلك⁽²⁾، فما هو موقف منظمات العمل الدولية والمشرع الجزائري من ذلك؟

أولاً: مدة إجازة الأمومة في المعاهدات الدولية والعربية

أولت منظمة العمل الدولية، ومنذ نشأتها اهتماماً كبيراً بالمرأة، خاصة في مرحلة الأمومة فصدت أول اتفاقية رقم (03) (3)، حاولت هذه حماية الأمومة (المرأة الحامل والمرضع) العاملة في المنشآت الصناعية فقط⁽⁴⁾، حيث حددت مدة الإجازة بإثني عشرة أسبوعاً، للعاملة الحق في الاستفادة من ستة (6) أسابيع قبل الوضع⁽⁵⁾، ثم ألحقت بهذه الاتفاقية التوصية رقم (19) (6) التي ألحقت العاملات في المجال الزراعي بالحق من الاستفادة من نفس الحماية المقررة للمرأة العاملة في الاتفاقية السابقة في مجال حماية الأمومة، وعدلت الاتفاقية السابقة بصدور الاتفاقية رقم (103) (7)، فشملت الحماية جميع العاملات في القطاع الصناعي، وغير الصناعي، والأعمال الزراعية وحتى العاملات بأجر في

(1) جلال إبراهيم، الإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع وفقاً لقانون العمل الكويتي، دراسة مقارنة، منشورات مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، جامعة الكويت، 1989.

- محمد إسماعيل، حماية الأمومة في مشروع قانون العمل الموحد ومعايير العمل الدولية والعربية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية السنة 15، عدد جويلية 2001، ص 19 وما بعدها.

- أحمد حسن البرعي، مرجع سابق، ص 8.

(2) صلاح محمد أحمد دياب، مرجع سابق، ص 215.

(3) الاتفاقية رقم (03) المؤرخة في 29 أكتوبر 1919 بدأ نفاذها في 13 جوان 1921 بشأن حماية الأمومة.

(4) أنظر المادة 01 من الاتفاقية رقم (03).

(5) أنظر المادة 09 من الاتفاقية رقم (03).

(6) التوصية رقم (12) المؤرخة في 25 أكتوبر 1921 بشأن حماية النساء العاملات بأجر في الزراعة قبل الوضع وبعده.

(7) الاتفاقية رقم (103) في 04 جوان 1952 والتي بدأ نفاذها في 07 سبتمبر 1955 بشأن حماية الأمومة (معدلة).

منازلهن⁽¹⁾، كما أكدت على أن مدة الإجازة على لا تقل عن إثني عشرة أسبوعاً، وتمدد كلما دعت الضرورة لذلك كحصول مرض قبل أو بعد الوضع بسنة.

ثم ألحقت بها التوصية رقم (95) ⁽²⁾، التي رفعت مدة الإجازة إلى أربعة عشر أسبوعاً⁽³⁾، كما أكدت على تمديداتها قبل وبعد الوضع لفترة أطول كلما دعت الضرورة لذلك، حفاظاً على صحة الأم والطفل، ومنع عمل الحامل في الأعمال الليلية والأعمال الشاقة وأن تخصص لها فترات راحة كافية⁽⁴⁾.

واستكمالاً للحماية التي كرستها منظمة العمل الدولية لحماية الأمومة ولتحقيق المساواة لجميع النساء العاملات، وصحة وسلامة الأم والطفل، وبغية الإقرار بتنوع المنشآت، وتطور حماية الأمومة في القوانين والممارسات الوطنية، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المرأة العاملة والحاجة إلى توفير الحماية للحمل، الذي تتقاسم مسؤوليتها الحكومة والمجتمع⁽⁵⁾ أصدرت الاتفاقية رقم (183) ⁽⁶⁾، التي وسعت من مجال الحماية فأصبح حق الأمومة لكل العاملات، حتى اللواتي تمارسن أشكالاً غير نمطية من العمل لدى الغير⁽⁷⁾، مع الاحتفاظ بالحقوق السابق ذكرها. وعُززت بالتوصية رقم (191) ⁽⁸⁾ التي اقترحت تمديد إجازة الأمومة إلى ثمانية عشرة أسبوعاً على الأقل، وتستفيد منها العاملة في حالة تعدد الولادات، كما للعاملة الحق في تقدير المدة التي تسبق الوضع والتي تليه⁽⁹⁾، لأنها الأعم بحالها وظروف وضعها لحملها.

وتم حظر تشغيل الحامل في الأعمال الشاقة والضارة بصحتها، ومنع تشغيلها في الأعمال الليلية، مع إمكانية نقلها إلى عمل آخر إن كان ذلك ممكناً وإلا نأخذ عطلة مدفوعة الأجر⁽¹⁰⁾.

أما فيما يخص إجازة الأمومة في اتفاقيات العمل العربية فبداية كانت تحدد المدة بـ 7 أسابيع كحد أدنى ويجب أن لا تقل عن خمسة أسابيع بعد الوضع⁽¹¹⁾، ثم رفعت مدة إجازة الأمومة إلى عشرة أسابيع على أن لا تقل بعد الوضع عن ستة أسابيع، ويمنع تشغيل العاملة خلال هذه المدة⁽¹²⁾.

(1) أنظر المادة 1 الفقرة 1 من الاتفاقية رقم (103).

(2) التوصية رقم (95) في 4 جوان 1952 بشأن حماية الأمومة.

(3) أنظر إجازة الأمومة (أولاً) من التوصية رقم (95).

(4) أنظر حماية صحة المرأة أثناء فترة الأمومة، (خامساً) من التوصية رقم (95).

(5) مقترحات الاتفاقية الدولية رقم (183) لسنة 2000.

(6) الاتفاقية رقم (183) في 30 ماي 2000 بشأن حماية الأمومة (معدلة) معتمدة في 15 جوان 2000.

(7) المادة 02 الفقرة 1 من الاتفاقية رقم (183) لسنة 2000 بشأن حماية الأمومة.

(8) التوصية رقم (191) في 30 ماي 2000 تكمل الاتفاقية رقم (183) لسنة 2000.

(9) أنظر المادة "1" إجازة الأمومة من التوصية رقم (191).

(10) أنظر "6" الحماية الصحية من التوصية رقم (191).

(11) المادة 65 من الاتفاقية العربية رقم (01) لسنة 1996 بشأن مستويات العمل، مرجع سابق.

(12) المادة 65 من الاتفاقية العربية رقم (06) لسنة 1976 بشأن مستويات العمل "معدلة"، مرجع سابق.

- المادة 10 من الاتفاقية العربية رقم (05) لسنة 1976 بشأن المرأة العاملة، مرجع سابق.

وفي حالة المرض الناجم عن الحمل أو الوضع تمنح إجازة خاصة⁽¹⁾.

وكما هو واضح لم تول منظمة العمل العربية الحماية اللازمة للمرأة العاملة أثناء الأمومة على عكس ما سارت عليه منظمات العمل الدولية.

ثانياً: مدة إجازة الأمومة في التشريع الجزائري

لقد كان المشرع الفرنسي سابقاً لسن مقتضيات حماية خاصة بالأم العاملة من خلال القانونيين 30 جوان 1913 و 5 أوت 1917 ثم أخذت هذه القضية بعداً دولياً.

اتفقت التشريعات على إعطاء العاملة الحامل الحق في إجازة الأمومة، غير أنها اختلفت في المدة المقدرة وكيفية الاستفادة منها، فهناك من التشريعات من حددتها بصفة إجمالية، وهناك من حددتها على فترتين، فترة قبل الوضع، وأخرى بعده وهو موقف أغلب التشريعات، حتى تتمكن الأم العاملة من القيام بوظيفتها كأم وكمعاملة في آن واحد⁽²⁾، وتكون الفترة التالية للوضع إجبارية بالنسبة للعاملة وبالنسبة لمُشغلها⁽³⁾.

ومن التشريعات التي حددت مدة الإجازة بصفة إجمالية، المشرع التونسي إذ منح الأم العاملة إجازة تقدر بثلاثين (30) يوماً مع إمكانية تمديدتها كل مرة بما قدره خمسة عشرة (15) يوماً إذا وقع تبرير ذلك بشهادة طبية⁽⁴⁾.

ومن بين التشريعات التي حددت المدة على فترتين، المشرع المصري فمنحها إجازة أمومة قدرها تسعون يوماً (90) وتقدر الإجازة بعد الوضع بخمسة وأربعين يوماً (45) ولها الحق في هذه الإجازة مرتين في فترة خدمتها⁽⁵⁾.

المشرع الأردني قدر الإجازة بعشرة أسابيع ولا تقل بعد الوضع عن ستة أسابيع (06) ⁽⁶⁾، أما المشرع المغربي فقد حدد المدة بأربعة عشرة أسبوعاً تقسم إلى فترتين، سبعة (7) أسابيع قبل الوضع وهي اختيارية، و السبعة التي تلي الوضع إجبارية، وإذا تسبب الحمل أو الوضع في مرض العاملة، يمكن تمديد إجازة الأمومة لفترة قبل الوضع بثمانية (08) أسابيع وبعد الوضع بأربعة عشرة (14) أسبوعاً⁽⁷⁾.

-
- (1) المادة 11 من الاتفاقية رقم (05)، مرجع سابق.
 - (2) دنيا مباركة، ضمانات الحرية النقابية من خلال التشريع الحالي ومدونة الشغل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 7، 2007، ص 86.
 - (3) حسن كبيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مطبعة الأطلس القاهرة، 1979، ص 622.
 - (4) الفصل 64 من مجلة الشغل التونسية.
 - (5) المادة 91 من قانون العمل العام المصري.
 - (6) المادة 70 من قانون العمل الأردني.
 - (7) المادة 152-153-154 من مدونة الشغل المغربية.

أما المشرع الفرنسي فقد حددها بستة عشرة (16) أسبوعا، ستة (06) أسابيع قبل الوضع وعشرة (10) أسابيع بعد الوضع⁽¹⁾، وخلال هذه المدة تعفى الأجيعة كليا من الالتزامات التي تقدمها بمناسبة العمل⁽²⁾.

كما يحق للأم العاملة تمديد الإجازة في حالة المرض الناتج عن الحمل أو الولادة مثبت بشهادة طبية، حيث تمدد بأسبوعين قبل التاريخ المتوقع للولادة، وأربعة (04) أسابيع بعد الوضع⁽³⁾ ومنع تشغيلها خلال الستة (06) أسابيع التالية للوضع⁽⁴⁾ أما المشرع الجزائري فقد حدد مدة إجازة الأمومة بأربعة عشرة (14) أسبوعا⁽⁵⁾، على فترتين فلها قبل التاريخ المحتمل للوضع إجازة اختيارية مدتها ستة (06) أسابيع مع ضرورة تقديم شهادة طبية تثبت ذلك⁽⁶⁾، ولها بعد الوضع، إكمال المدة المتبقية حتى إنهاء الأربعة عشر أسبوعا. وفي حالة المضاعفات والمرض بسبب الحمل فإن المشرع الجزائري لم يمدد إجازة الأمومة وإنما تخضع للتأمين عن المرض وذلك بتعويض يقدر بـ 50% فقط من الأجر، أما إذا حدثت مضاعفات بعد الوضع، فقبل تعديل القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية فإذا توقفت العاملة عن العمل بسبب مرض له علاقة بالأمومة ومضاعفاتها بعد انقضاء المدة المحددة قانونا أي ثمانية وتسعين (98) يوما فإنها تستفيد فقط من التأمين عن المرض ونسبته 50%⁽⁷⁾. غير أنه بعد تعديل هذا القانون أصبحت العاملة النفساء وفي حالة الوضع العسير، أو تبعات الوضع المرضي فإن مدة ونسبة الأداءات العينية والنقدية التي تستفيد منها المرأة لا تقل عن مثيلاتها في التأمين عن الأمومة، وكما هو واضح فإن المدة المضافة بعد إنهاء المدة المقررة لإجازة الأمومة لم يحددها المشرع وإنما ترك أمر ذلك للطبيب المعالج شرط موافقة طبيب هيئة الضمان الاجتماعي⁽⁸⁾، هذا فيما يتعلق بإجازة الأمومة والمدة المقررة لها، لكن ماهي الشروط الواجب توافرها للاستفادة من هذه الإجازة؟ وهل الاستفادة تكون لجميع العاملات مهما كان القطاع الذي تعملن فيه؟

(1) المادة L122-26 الفقرة 1 من قانون العمل الفرنسي.

(2) Jean Pelissier, Alin Supiot, Antoine Jeannaud, droit du travail, Dalloz, édition 2000, p382.

(3) المادة L122-26 الفقرة 03 من قانون العمل الفرنسي.

(4) المادة L244-1 الفقرة 2 والتي تنص

Il est interdit d'employer des femmes en couches dans les six semaines qui suivent leur délivrance ».

(5) وهذا مطابق لما نصت عليه المادة 11 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز.

(6) المادة 12 من الأمر 17/96 المؤرخ في 06 جويليا 1996 المعدل للقانون 83/11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

(7) المادة 25 من القانون 83-11 المؤرخ في 02 جويليا 1983 المعدل بالأمر 17/96 المادة 10 منه.

(8) المادة 10 من الأمر 17/96 مرجع سابق.

- تاج عطاء، مرجع سابق، ص192.

فبالنسبة للاتفاقيات الدولية⁽¹⁾ جاء مفهوم المرأة واسعا مهما كان سنّها أو عرقها أو معتقدها متزوجة وغير متزوجة... ومعنى ذلك أن للمرأة الحق في إجازة الأمومة حتى ولو كان الحمل ناتج عن علاقة غير شرعية.

وهو موقف المشرع الجزائري حيث أن القوانين المتعاقبة لم تشترط أن يكون الحمل ناتجا عن علاقة شرعية (زواج) وحتى بالنسبة لقانون الضمان الاجتماعي فالشرط الوحيد للاستفادة من إجازة الأمومة أن تكون العاملة منخرطة في الضمان الاجتماعي، ومعنى ذلك أن العاملة حتى في حالة الأمومة الطبيعية أي الناتجة عن علاقة غير شرعية تستفيد من مزايا الضمان الاجتماعي.

لكن بالرجوع إلى مؤسسات الضمان الاجتماعي نجد أن الاستفادة من عطلة الأمومة مقصورة على المرأة المتزوجة، لأن من جملة محتويات الملف الأساسية لقبول الاستفادة الشهادة العائلية التي من خلالها يمكن التعرف جليا على حالة المرأة العائلية؛ إضافة إلى كون الشهادة العائلية حديثة تحمل اسم المولود الجديد. مع ملاحظة أن السلطات الجزائرية كانت قد ردت بالإيجاب على الأسئلة المطروحة من قبل مجلس إدارة المكتب الدولي للعمل سنة 1998 في إطار التحضير للدورة 268 للمنظمة الدولية التي انعقدت في 08 جوان 1999 حول إمكانية تعديل الاتفاقية الدولية رقم (103) لسنة 1952، فعن السؤال: هل يجب أن يعني مصطلح "المرأة" كل شخص من جنس أنثوي متزوجة أم لا، ومصطلح "طفل" كل طفل سواء كان مولود من زواج أو من غير ذلك؟، أجابت الجزائر "بنعم" بشرط أن تكون مؤمنة اجتماعيا باسمها الشخصي⁽²⁾. مما تقدم يظهر أن هناك تناقض صارخ بين التشريع والتطبيق، هذا من حيث الشروط، أما من حيث الاستفادة فإن قانون التأمينات الاجتماعية عمل على توحيد أحكامه بالنسبة لكافة العاملين، سواء في القطاع العام أو الخاص، وقد كان الهدف من ذلك تعميم المساواة بين العمال سواء في القطاع العام أو الخاص، وقد كان الهدف من ذلك تعميم المساواة بين العمال سواء كانوا عاملين في أجهزة الدولة أو الهيئات العامة أو المؤسسات الإدارية أو في القطاع الخاص، حيث نصت المادة الثالثة من قانون التأمينات الاجتماعية على أنه: "يستفيد من أحكام هذا القانون كل العمال، سواء كانوا أجراء أو ملحقين بالإجراء، أي كان قطاع النشاط الذي يعملون فيه، والنظام الذي كان يسري عليهم قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق"⁽³⁾.

وأضافت المادة الرابعة "يستفيد من الأداءات العينية الأشخاص الطبيعيون غير الأجراء الذين يمارسون بالفعل لحسابهم الخاص نشاطا حرا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو فلاحيا أو أي نشاط آخر مماثل وفق الشروط المحددة في التنظيم المعمول به، كما يستفيد الأشخاص المذكورين أعلاه من أداءات

(1) أنظر الاتفاقية رقم (03) رقم 103-رقم (183) بشأن حماية الأمومة، مرجع سابق.

(2) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 196.

(3) القانون 83-11، مرجع سابق.

التقديم المتمثلة في منحة الوفاة، والعجز" ومفهوم العمال الأجراء وفقا للقانون 90-11⁽¹⁾، حددته المادة الثانية وهم: "كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم".

وقد جاء المرسوم 85-33⁽²⁾ ليفسر نص المادة السالفة الذكر من القانون 83-11 على أنه: "يعد العمال مشبهين بالإجراء قصد الاستفادة من خدمات الضمان الاجتماعي العمال الآتي أسماءهم :
- العمال الذين يباشرون عملهم في المنزل ولو كان يملكون كامل الأدوات اللازمة لعملهم أو جزءا منها.

- الأشخاص الذين يستخدمهم الخواص، لاسيما خدم المنازل، والبوابون، والسواق والخدامات والغاسلات والمرضات، وكذلك الأشخاص الذين يحرسون ويرعون عادة أو عرضا في منازلهم أو منازل مستخدميه الأطفال الذين يأتئمهم عليهم أولياؤهم أو الإدارات أو الجمعيات التي يخضعون لمراقبتها.

- وكلاء الشركات ذات المسؤولية المحدودة بشرط لا يكون لهم أي سهم⁽³⁾ في رأسمالها الاجتماعي.
- الفنانون، والممثلون الناطقون وغير الناطقين في المسرح والسينما، والمؤسسات الترفيهية الأخرى، الذين تدفع لهم مكافآت في شكل أجور وتعويضات عن النشاط الفني.
- البحارة الصيادون بالحصّة الذين يبحرون مع الصياد الرئيس.
- الصيادون الرؤساء بالحصّة المبحرون.
- وحمالو الأمتعة الذين يستخدمون المحطات إذا رخصت لهم المؤسسة ذلك.
- حراس مواقف السيارات التي لا يدفع فيها أجر الوقوف إذا رخصت لهم المصالح المختصة بذلك.
- الطلبة
- المتمهنون.

وعلى عكس ما ذهبت إليه الاتفاقيات في تحديد القطاعات المشمولة بالحماية فإن المشرع الجزائري صنفها على أساس طائفة العمال، فقد جاء النص عاما ليشمل كل العمال في شتى القطاعات سواء كانوا أجراء أو مشتهين بالأجراء ثم زاد في التفصيل فذكر طائفة العمال المشبهين بالأجراء وعددها على سبيل الحصر⁽⁴⁾.

(1) القانون 90-11 المؤرخ في 21-04-1990 متعلق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

(2) المرسوم 85-33 المؤرخ في 19 جمادي الأولى 1405 الموافق لـ 09 فبراير 1985 يحدد قائمة العمال المشبهين بالأجراء في مجال الضمان الاجتماعي، الجريمة الرسمية العدد 9 بتاريخ 24 فبراير 1985.

(3) الأصح لكلمة "حصّة" وليس "سهم".

(4) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 200

البند الثاني: التعويض المستحق خلال إجازة الوضع

طبقا للقواعد العامة فإن عقد العمل خلال تعليق علاقة العمل⁽¹⁾، يصبح موقوفا وهذا يعني إعفاء صاحب العمل من دفع الأجر عن فترة توقفت فيها العاملة عن أداء العمل، غير أن إجازة الأمومة استثناء عن القاعدة العامة حيث تعتبر إجازة مدفوعة الأجر، وهذا ما كرسته الاتفاقيات الدولية⁽²⁾، حيث نصت على منح العاملة خلال إجازة الأمومة إعانة مالية، تكون كافية لإعالتها وإعالة طفلها وفقا لمستوى معيشة لائق على أن لا تقل عن ثلثي (2/3) كسب المرأة السابق أو 2/3 المبلغ الذي يؤخذ في الاعتبار لحساب الإعانات.

ونصت الاتفاقية العربية⁽³⁾ على حق المرأة العاملة في الحصول على الإجازة بأجر كامل قبل وبعد الوضع، وعلى هذا المسار سارت التشريعات الداخلية حيث أعطيت العاملة إجازة أمومة مدفوعة الأجر بكامله بشروط تختلف من دولة إلى أخرى، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص قانون العمل على هذه الضمانات وإنما اكتفى بالنص على المبادئ العامة، كمبدأ استفادة العاملات من عطلة الأمومة أثناء الفترة السابقة واللاحقة للوضع وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 55 من قانون العمل⁽⁴⁾ بنصها "تستفيد العاملات خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها من عطلة الأمومة طبقا للتشريع المعمول به". وبالرجوع إلى التشريع المعمول به وهو القانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية⁽⁵⁾، نصت المادة 28 منه على: "المرأة العاملة التي تضطر إلى الانقطاع عن عملها بسبب الولادة الحق في تعويضه يومية تساوي 100 من الأجر اليومي الذي تتقاضاه في منصبها".

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد راعى جانب المرأة العاملة التي تكون، وخاصة في المراحل الأولى من الوضع، بحاجة إلى الكثير من النفقات لرعاية صحتها ورعاية وليدها⁽⁶⁾. وربما كانت الحكمة من فرض الأجر الكامل خلال إجازة الأمومة حتى لا يكون حرمانها من الأجر دافع لها للعودة إلى العمل قبل انقضاء مدة الإجازة وذلك من أجل سد حاجاتها مما قد يعرضها وطفلها للمخاطر الصحية⁽⁷⁾.

(1) المادة 64 من القانون 11/90.

(2) أنظر المادة 03 من الاتفاقية الدولية رقم (03) لسنة 1919.

- المادة 04 من الاتفاقية الدولية رقم (103) لسنة 1952.

- المادة 06 من الاتفاقية الدولية رقم (183) لسنة 2000 والتوصية الملحق بها رقم (191) لسنة 2000 بشأن حماية الأمومة، مرجع سابق.

(3) المادة (10) من الاتفاقية العربية رقم (05) لسنة 1976 بشأن المرأة العاملة.

- المادة (65) من الاتفاقية العربية رقم (01) لسنة 1966.

(4) القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

(5) القانون 83-11، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق.

(6) سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1، 2004، ص373.

(7) نفس المرجع السابق.

وينتضح من المادة 28 السالفة الذكر أن هيئة الضمان الاجتماعي هي التي تتولى التعويض خلال إجازة الأمومة إذ تحققت الشروط الواردة في نص المادة 21 من الأمر 91-17⁽¹⁾ والتي تنص على "أن تكون المؤمن لها قد عملت خمسة عشر (15) يوما أو مئة (100) ساعة أثناء الثلاثة (03) أشهر التي تسبق تاريخ أول معاينة طويلة الحمل، وإما ستين يوما (60) يوما أو أربع مئة (400) ساعة على الأقل أثناء الإثني عشر (12) شهرا التي تسبق المعاينة الطبية الأولى للحمل". وأضافت المادة 32 من المرسوم 84-27⁽²⁾ أنه: "يجب على المؤمن لها لكي يثبت لها حقها في الحصول على الأداءات النقدية بمقتضى التأمين على الأمومة ألا تكون قد انقطعت عن عملها لأسباب أخرى غير الأسباب التي يدفع الضمان الاجتماعي تعويضات عنها، أثناء المدة التي تتراوح بين تاريخ المعاينة الطبية الأولى للحمل وتاريخ الوضع.

كما يجب على الطبيب أو العون الطبي المؤهل أن يذكر في الشهادة التي يعدها لهذا الغرض تاريخ توقع الوضع، ويجب على الحامل أن تجري الفحوصات الطبية التي تسبق الولادة والتي تلحق بها وهي:

- فحص طبي كامل قبل انتهاء الشهر الثالث من الحمل.

- فحص قبالي "examen obstétrical" خلال الشهر السادس من الحمل

- فحصان يأمر بهما الطبيب المختص بأمراض النساء والتوليد أحدهما قبل أربعة (04) أسابيع من التاريخ المحتمل للوضع في أقرب الآجال، والثاني بعد ثمانية (08) أسابيع من الوضع، في أبعد الحالات، وهذا ما نصت عليه المادة 34.

ويعاقب المشرع من خلال نص المادة 38 من المرسوم 84-27 السالف ذكره، بتخفيض قدره 20 من الأداءات المستحقة في حالة عدم استيفاء الإجراءات المحددة في المادتين 33 و34، إلا في حالة وجود عذر قاهر، كما يجب على العاملة أن تقدم شهادة من المستخدم تبين تاريخ الانقطاع عن العمل ومبلغ الرواتب الأخيرة التي تعتمد أساسا في حساب التعويض اليومي وذلك طبقا لنص المادة 39. وانطلاقا من أحكام هذه المواد يتضح أنه لاستفادة العاملة من تعويض إجازة الأمومة يشترط ما يلي:

- توفر المرأة العاملة على مدة التأمين والاشتراك
- توقف المرأة العاملة عن العمل المأجور
- الفحوصات الطبية التي تثبت الحمل وآخر بعد الوضع
- أن يكون سبب الانقطاع عن العمل هو إجازة الأمومة وليس بسبب آخر.

(1) الأمر 96-17 المؤرخ في 20 صفر 1417 هـ الموافق لـ 6 يوليو 1996 يعدل ويتم القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية الجريدة الرسمية العدد 42 بتاريخ 21 صفر 1417 هـ.

(2) المرسوم 84-27 المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1404 هـ الموافق لـ 11 فبراير 1984 م يحدد كيفية تطبيق العنوان الثاني من القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية (الفصل الثاني التأمين على الولادة) الجريدة الرسمية العدد 7 السنة الواحدة والعشرين الثلاثاء 12 جمادى الأولى 1404 هـ الموافق لـ 14 فبراير 1984.

- إرفاق الملف بشهادة الانقطاع عن العمل تقدم من المستخدم وتشمل الرواتب الأخيرة.
وبتوفر الشروط السالف ذكرها يحق للعملة الاستفادة من التعويض طيلة مدة أربعة عشرة (14) أسبوعاً فقط حيث لا تعوض العاملة عن الفترة التي تمدد فيها إجازة الولادة في حالة المرض الناتج بسبب الحمل والولادة، مما يتطلب إعادة مراجعة هذه الحالة في التشريعات المرتبطة بحماية الأمومة، خاصة وأن القانون 83-11 قد فسر ذلك دون تحديد المدة وترك أمر تقديرها للطبيب المعالج، بشرط موافقة طبيب هيئة الضمان الاجتماعي.

بالإضافة إلى حماية الأمومة السالف ذكرها، فقد أضاف المشرع حماية أخرى للمرأة العاملة الحامل في حالة انقطاع حملها فيمكنها الاستفادة من أداءات التأمين على الأمومة إذا توفرت فيها الشروط السابق ذكرها بالإضافة إلى شرط انقطاع الحمل والذي يجب أن يكون في نهاية الشهر السادس⁽¹⁾، وهذا يفيد أنه إذا انقطع الحمل قبل هذه المدة يسقط حق العاملة في الاستفادة من أداءات التأمين عن الأمومة وإنما تستفيد من التأمين عن المرض.

البند الثالث: حماية العاملة من الفصل بسبب إجازة الأمومة

القاعدة العامة في القانون أن عدم الوفاء بالالتزام يؤدي إلى حل الاتفاق أو العقد، بينما هناك حالات يبقى فيها رغم التوقف عقد العمل قائماً إذا حدث ما يحول دون تنفيذ الالتزامات الواردة به، هذه الحيلولة أو التعليق يؤديان إلى توقف مؤقت للعقد لتستعيد علاقة العمل سريانها بعد زوال العائق أو سبب التوقف⁽²⁾.

من الأسباب التي تؤدي إلى توقف عقد العمل، الحمل والولادة⁽³⁾، فخلال هذه الفترة تكف العاملة عن ممارسة عملها بسبب قرب الولادة⁽⁴⁾، وإن كانت لا تقوم بأي عمل فعلي، تبقى علاقة العمل قائمة على أساس العقد، وهذا يكفي لتمتعها بالحقوق التي ترتبط بقيام هذه العلاقة، حيث لا تستلزم العمل الفعلي⁽⁵⁾.

وللتوقف أثر مؤقت ينقضي بانقضاء السبب ثم يستمر عقد العمل بعد ذلك⁽⁶⁾.

-
- (1) أنظر المادة 35 من المرسوم التنفيذي 84-27، مرجع سابق.
 - (2) راشد راشد، شرح قانون العمل الجزائري، (علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء النصوص التشريعية الحديثة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1986، ص 26.
 - (3) محمد سعيد بنابي، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء 2، 2007، ص 616.
 - (4) دنيا مباركة، النظام الحمائي للمرأة العاملة في التشريع الاجتماعي المغربي، مرجع سابق، ص 88.
 - (5) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 571.
 - (6) محمد سعيد بنابي، نفس مرجع سابق، ص 616.

ونتيجة لهذا الوضع، مددت الحماية إلى منصب شغل العاملة نتيجة الانعكاسات السلبية التي قد تترتب من الحمل والوضع على القدرة الإنتاجية للمرأة العاملة التي تبدأ في الانخفاض، إضافة إلى التغيرات المتوقعة بسبب الحمل في الفترات اللاحقة للوضع⁽¹⁾، الشيء الذي يدفع أصحاب العمل إلى التخلص منها والاستغناء عن خدماتها، وحتى لا تكون الإجازة المقررة لحماية العاملة سببا في إنهاء خدمتها، ومن أجل توفير الأمان والاستقرار الوظيفي للمرأة العاملة، وحماية صحتها وتمكينها لها للوفاء بمسؤوليتها الأسرية لم تقف الاتفاقيات الدولية والعربية وكذلك التشريعات المقارنة مكتوفة الأيدي أمام هذا الوضع، بل نصت على حظر فصل العاملة من العمل بسبب الحمل أو الوضع أو بسبب المرض الذي قد ينشأ عن أي منهما⁽²⁾.

فقد أصدر المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية الاتفاقية رقم (03) لسنة 1919⁽³⁾ والتي تصدت لهذه الوضعية فنصت المادة 4 على أنه: "إذا تغيبت امرأة عن عملها وفقا للفقرة (أ) أو الفقرة (ب) من المادة الثالثة⁽⁴⁾ من هذه الاتفاقية، أو إذا ظلت متغيبية عن عملها مدة أطول نتيجة مرض يثبت بشهادة طبية أنه ناتج عن الحمل أو الوضع ويجعلها غير قادرة على استئناف العمل، لا يجوز قانونا، قبل أن تتجاوز مدة تغيبها حدا أقصى تعيينه السلطة المختصة في كل بلد، أن يندر صاحب عملها بالفصل من عملها أثناء هذا التغيب أو أن يرسل إليها إنذارا بالفصل ينتهي أجله أثناء فترة هذا التغيب".

كما نصت على هذا الحظر المادة السادسة من الاتفاقية الدولية رقم (103) لسنة 1952⁽⁵⁾، كما تؤكد هذا الحظر في الاتفاقية الدولية رقم (158) لسنة 1982⁽⁶⁾، ثم نصت عليه الاتفاقية رقم (183) لسنة 2000⁽⁷⁾ في المادة الثامنة منها على منع صاحب العمل من إنهاء استخدام أي عاملة أثناء حملها أو أثناء إجازة الأمومة أو في الفترة الممتدة من الإجازة بسبب المرض أو المضاعفات بسبب الحمل أو الوضع، ويستثنى من ذلك الحالات التي لا تمت بصلة إلى الحمل أو الولادة أو الإرضاع. كما ألزمت هذه الاتفاقية صاحب العمل بأن يكفل للعاملة حق العودة إلى نفس العمل أو إلى عمل مماثل بنفس معدل الأجر عند انتهاء إجازة الأمومة.

(1) أحمد إذ الفقه، مرجع سبق ذكره، ص182.

(2) عبد اللطيف خالفي، مرجع سابق، ص561.

(3) الاتفاقية الدولية رقم (03) بشأن استخدام النساء قبل الوضع وبعده، مرجع سابق.

(4) تنص المادة 03 من الاتفاقية "في جميع المنشآت الصناعية والتجارية... يجب الالتزام بما يأتي:

(أ) عدم السماح بتشغيل المرأة خلال الأسابيع الستة التالية للوضع.

(ب) تخويل المرأة الحق في أن تنقطع عن العمل إذا قدمت شهادة طبية تفيد ترجيح حصول الوضع خلال ستة أسابيع.

(5) الاتفاقية الدولية رقم (103) لسنة 1952 بشأن حماية الأمومة "معدلة"، مرجع سابق.

(6) الاتفاقية الدولية رقم (158) لسنة 1982 بشأن إنهاء الاستخدام بمبادرة من صاحب العمل.

(7) الاتفاقية الدولية رقم (183) لسنة 2000 بشأن حماية الأمومة "معدلة"، مرجع سابق.

وعلى هذا الأساس سارت كذلك منظمة العمل العربية من خلال الاتفاقيتين رقم (05) ورقم (06)⁽¹⁾ حيث حظرت فصل العاملة خلال إجازة الأمومة أو بسبب مضاعفات ناتجة عن الحمل أو الوضع ويعتبر الفصل خلالها تعسفياً.

كما أن تشريعات العمل الداخلية اتفقت كلها على حظر فصل العاملة خلال إجازة الأمومة وأكدته في تشريعاتها الخاصة بحماية الأمومة. فالتشريع الفرنسي من خلال نص المادة 2-25-L122⁽²⁾ منع إنها عقد عمل عاملة خلال فترة الحمل مثبت بشهادة طبية، أو أثناء فترة توقف عقد عملها بسبب إجازة الولادة، ويكون الفصل نتيجة ذلك باطلاً، غير أنه يمكن فصلها في حالة ارتكابها الخطأ الجسيم حيث يكون الفصل هنا مبني على سبب حقيقي وجدي⁽³⁾.

وتعزيزاً للحماية التي أقرها المشرع الفرنسي للعاملة، فإنه متى قرر صاحب العمل فصلها، يمكنها خلال أجل خمسة عشرة يوماً من تاريخ إبلاغها بقرار الفصل، أن تثبت بشهادة طبية حملها توجهها إلى المشغل بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، حيث يصبح الفصل نتيجة لذلك باطلاً⁽⁴⁾، وعلى المشغل إرجاعها إلى شغلها⁽⁵⁾. وتجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات ارتكاب العاملة خطأ جسيماً يبرر فصلها من العمل يقع على عاتق صاحب العمل⁽⁶⁾.

وعلى هذا النحو سار القضاء الفرنسي، على اعتبار أن هذا التعليق لا يمكنه في كل الأحوال أن يكون سبباً للفصل وإلا عد فصلاً تعسفياً⁽⁷⁾، كما رتب المشرع الفرنسي عقوبة مالية وأخرى جزائية يمكن أن تصل إلى ستة أشهر حبساً⁽⁸⁾، أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد اتفقت كما سبق ذكره على حظر فصل العاملة خلال إجازة الأمومة.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت على هذا الحظر المادة 92 من قانون العمل⁽⁹⁾. وفي التشريع الأردني⁽¹⁰⁾ نصت عليه المادة 27 ومنعت فصلها وحتى توجيه إشعار لها، في حالة الحمل ابتداء من الشهر السادس خلال إجازة الأمومة.

(1) الاتفاقية العربية رقم (05) لسنة 1976 بشأن المرأة العاملة، مرجع سابق.

- الاتفاقية العربية رقم (06) لسنة 1976 بشأن مستويات العمل "معدلة"، مرجع سابق.

(2) المادة 2-25-L122 من قانون الفرنسي المعدل بالقانون 96-604 في 5 جويلية 1996.

(3) Jean Pelissier, le nouveau droit du licenciement collection Sirey, 1977, p154.

(4) الفقرة 2 من المادة 2-25-L122 من قانون العمل الفرنسي

(5) Jean Pelissier, Op.cit, p456.

(6) Jean Pelissier, Alain Supiot, Antoine Jeamand, Droit du travail, ed 200, p384.

(7) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص223.

(8) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص224.

(9) القانون رقم 12 لسنة 2003 يتضمن قانون العمل المصري.

(10) قانون العمل الأردني رقم 08 لسنة 1996.

أما التشريع المغربي فالحظر تضمنته المادة 159 وما بعدها من مدونة الشغل، فقد منع إنهاء عقد الشغل أثناء الحمل أو بعد الوضع وحتى خلال حاله نشوء حالة مرضية بسببهما متى أثبتت العاملة ذلك بشهادة طبية، وإذا بلغت بقرار الفصل قبل أن تقدم الشهادة الطبية فلها خلال مهلة خمسة عشرة يوما إثبات ذلك برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، ويصبح الفصل بذلك باطلا.

كما يعاقب كل مشغل قدم على إنهاء عقد شغل أجيرة حامل أو نفساء خلال الأربعة عشر أسبوعا الموالية للوضع أو تشغيلها خلال السبعة أسابيع الموالية للوضع وبغرامة من 1000 إلى 20000 درهم. أما المشرع الجزائري فقد كان يعتبر باطلا وعديم الأثر كل تسريح مبلغ خلال فترة الأمومة⁽¹⁾ وذلك من خلال الأمر 31-75⁽²⁾ كما اعتبر المرسوم 82-302⁽³⁾ هذا التصرف لاغيا وبدون أثر غير أنه لم يقرر الجزاء في حالة مخالفة هذا الحظر، مما يجعله دون أثر.

أما قانون العمل الحالي رقم 90-11⁽⁴⁾ فقد نصت المادة 55 منه على أنه للعاملات الحق في إجازة الأمومة فترة قبل الوضع وأخرى بعدها طبقا للتشريع المعمول به.

كما ورد نص المادة 64 المتعلق بوقف علاقة العمل والتي تفيد التوقف عن العمل لمدة معينة نتيجة ظروف معينة خاصة، دون أن يتسبب ذلك في إنهاء أو قطع علاقة العمل، وهذا ما يعرف مجالات توقيف أو تجميد علاقة العمل، ومن خلال الأسباب التي أوردتها المادة 64 السالفة الذكر في فترتها الثانية، فإن علاقة العمل تعلق قانونا بسبب عطلة مرضية أو ما يماثلها، وقد اعتبر بعض الفقه أن عطلة الأمومة تدخل ضمن العطل المرضية، غير أن المشرع لم يذكر مبدأ عدم فصل العاملة أثناء إجازة الأمومة، ولكن يفهم من خلال نص المادة 55 من قانون العمل وروحه أنه لا يجوز فصلها كونها عطلة قانونية، هذا من جهة ومن جهة أخرى، تعتبر إجازة الأمومة من فترات العمل التي على أساسها يتم احتساب مدة العطلة السنوية وذلك طبقا لنص المادة 46 من قانون العمل، وتعتبر المادة 3/73 من نفس القانون تعسفا كل تسريح يتم خرقا لأحكام قانون العمل 90-11.

هذا فيما تعلق بالتسريح الذي يقع خلال مدة العطلة القانونية المحددة بـ 14 أسبوعا لكن ما حكم إذا تسبب الحمل أو الوضع في مضاعفات أو مرض للعاملة أدى إلى اضطرارها للاستمرار في التوقف عن العمل، رغم أن قانون التأمينات الاجتماعية ينص على ذلك، ويشترط أن تثبت العاملة ذلك بشهادة طبية يصادق عليها الطبيب التابع لهيأة الضمان الاجتماعي. غير أنه أمام خلو قانون العمل من النص على هذه الحماية، يتعذر على القاضي إنصافها. ولذا بات لزام على المشرع إدراج مواد قانونية من شأنها حماية

(1) القانون رقم 99-65 المتعلق بمدونة الشغل المغربية.

(2) الأمر 31-75 المؤرخ في 29-04-1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص.

(3) المرسوم 82-302 المؤرخ في 23 ذي القعدة 1402 الموافق لـ 11 سبتمبر 1982 يتعلق بكيفية تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، المادة 36.

(4) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 224.

العاملة الأم خلال هذه الفترة، وتقرير عقوبات جزائية رادعة لمن يخرق أحكام المواد القانونية المتعلقة بإجازة الأمومة.

الفرع الثاني: حق المرأة العاملة في رعاية أطفالها

من المسلم به أن الأسرة هي الخلية الأولى في البناء الاجتماعي، فلا يمكن تصور حياة إنسانية دون وجود أسرة فهي أساس البقاء والاستقرار في الحياة الاجتماعية، وتعتبر الأم العمود الفقري في بناء البيت وتربية الأبناء⁽¹⁾.

إن إنجابها الأطفال ليس كافياً بل يجب عليها أن تقدم لهم العناية اللازمة والكاملة منذ ميلادهم باعتبارها محضن ومعهد للتربية الذي يتربى ويتعرع فيه الطفل⁽²⁾، فقد أثبتت الدراسات النفسية والتربوية أن الطفل يصاب بأمراض نفسية عندما تبتعد عنه أمه⁽³⁾، وتعتبر التربية عملية مستمرة تبدأ بولادة الطفل وتستمر خلال حياة الفرد كلها، وبفضل هذه العملية يتعلم الطفل أساليب الاتصال مع الآخرين⁽⁴⁾، ويترتب على عمل المرأة حرمانها من أداء رسالتها الطبيعية ووظيفتها الأساسية وهي الأمومة⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس أجريت عدة دراسات تهدف إيجاد طريقة لمساعدة الأم على التوفيق بين مهامها الأسرية ومهامها المهنية⁽⁶⁾، بالإضافة إلى مطالبة المرأة العاملة لنفسها بضمانات تساعد على التوفيق بين مسؤولياتها المتعارضة⁽⁷⁾، وبذلك اهتمت منظمات العمل الدولية والعربية وكذلك التشريعات الداخلية، بحماية صحة الطفل ضمن حماية الأمومة، حيث كفلت للعاملة بعد نهاية إجازة الأمومة والالتحاق بالعمل الحصول على فترة أو فترات لإرضاع طفلها، كما قد يكون المولود بحاجة لأمه في هذه السن حتى تتمكن من الاهتمام به، فكيف عولجت هذه المواضيع؟ سنتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال البندين التاليين:

البند الأول: حق العاملة في فترة لإرضاع طفلها.

البند الثاني: حق العاملة في إجازة لرعاية طفلها (الاستدياع)¹.

-
- (1) مها عبد العزيز، مشاكل الطفل الطبية والصحية والتربوية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2005، ص108.
 - (2) عبد المتعال الجبري، المرأة في التصور الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 1986، ص110.
 - (3) محمد رفعت، تربية الطفل صحياً ونفسياً، من الولادة وحتى العاشرة، منشورات دار البحار، بيروت، 1986، ص252.
 - (4) عبد المتعال الجبري، مرجع سابق، ص116.
 - (5) حسين عبد الحميد أحمد رشوان، علم اجتماع المرأة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1988، ص94.
 - (6) أحمد رشاد أمين، مرجع سابق، ص370.
 - (7) أحمد حسن البرعي، مرجع سابق، ص20.

البند الأول: حق العاملة في فترة من أجل إرضاع طفلها

يضم هذا الموضوع موقف الاتفاقيات الدولية والعربية من حق الرضاعة ثم موقف التشريع الجزائري مقارنا بالتشريعات الداخلية الأخرى.

أولاً: حق الرضاعة وفق المعاهدات الدولية والعربية

تشجيعاً للرضاعة الطبيعية عامة وبالنسبة للمرأة خاصة، فقد شدد الكثير من المتخصصين في مجال الأمومة والطفولة على أهمية الرعاية وتوفير حق الطفل في الرضاعة الطبيعية، التي يجب أن تظل محفوظة له حتى خلال وقت عمل المرأة، بما يحقق له هذه الرعاية، مؤكدين ضرورة تجنيد كل طاقات المرأة على تشجيع استمرار الأم العاملة في إرضاع طفلها، لأن هذا حق من حقوقها وحقوق طفلها. وعليه أصبح هذا الأمر جزءاً من السياسات الصحية الدولية والوطنية لما لها من فوائد صحية هامة، فضلاً عن رفع الروح المعنوية للمرأة في خفض معدلات تغيبها عن العمل إلى أدنى حد ممكن على نحو يحقق التوازن بين المسؤوليات العائلية والمسؤوليات المهنية.

اهتمت منظمة العمل الدولية بحماية صحة الطفل ضمن حماية الأمومة، حيث كفلت للعاملة المرضع الحق في الحصول على فترات تحسب من ساعات العمل لإرضاع طفلها، وحددت الاتفاقية رقم (103) (1) المدة بنصف ساعة من الراحة مرتين يومياً، أما الاتفاقية رقم (103) (2) كفلت للعاملة المرضع نفس الحق دون تحديد المدة الزمنية وإنما ترك أمر ذلك للتشريعات واللوائح الداخلية، أما بالنسبة للاتفاقية رقم (183) (3) فقد أوجدت حلاً آخر إلى جانب الفترات من أجل الإرضاع فيمكن تخفيض ساعات عمل العاملة المرضع ويترك تحديد ذلك للقوانين الداخلية والاتفاقيات الجماعية.

ونفس الموقف تضمنته التوصية رقم (95) حيث اقترحت ألا تقل مدة الرضاعة في مجملها عن ساعة ونصف الساعة خلال يوم عمل، ويسمح بتغيير فترات الرضاعة من ناحية تواترها ومدتها بناءً على شهادة طبية(4).

ونفس الحق نصت عليه منظمة العمل العربية من خلال الاتفاقيتين رقم (1) ورقم (06) (5) حيث اعترفت بحق العاملة المرضع في فترة أو فترات كاملة يومياً وتركت أمر تحديد مدتها لتشريع كل دولة.

ثانياً: حق العاملة في الحصول على فترات لإرضاع طفلها في التشريع الجزائري

أضحى تشجيع الرضاعة الطبيعية جزءاً من السياسات الصحية الوطنية لما لها من فوائد صحية، وهذا ما يدعم الجهود التي ترمي إلى إقامة التوازن بين المسؤوليات العائلية والمسؤوليات المهنية للمرأة

(1) المادة الثالثة الفقرة د من الاتفاقية رقم (03) لسنة 1919، مرجع سابق.

(2) المادة الخامسة، الفقرة من الاتفاقية رقم (103) لسنة 1952، مرجع سابق.

(3) المادة العاشرة، الفقرة من الاتفاقية رقم (183) لسنة 2000، مرجع سابق.

(4) الاتفاقية العربية رقم (01) ورقم (06) لسنة 1976، مرجع سابق.

(5) التوصية الدولية رقم (95) لسنة 1952، مرجع سابق.

العاملة، وعليه اعترف المشرعون في قوانين العمل بعد إجازة الوضع واستئناف العمل، يحق العاملة في الحصول على فترة أو فترات لإرضاع طفلها، على أن تحسب هذه الفترات ضمن ساعات العمل الفعلية، كما يجوز لها ضمها مع فترات الراحة المقررة لجميع العمال، ولا يترتب عليها تخفيض الأجر واختلفت التشريعات في تحديد المدة فمثلا القانون الكويتي⁽¹⁾، أعطى للعاملة فترة رضاعة تقدر بساعة واحدة في اليوم وخلال سنة واحدة، أما القانون المصري⁽²⁾ والقانون المغربي⁽³⁾ والقانون الفرنسي⁽⁴⁾، قدرت المدة بفترتين، نصف ساعة في الصباح ونصف ساعة بعد الظهر، وبالنسبة للمشرع المصري خول للعاملة هذا الحق لمدة الثمانية عشرة شهرا التالية للوضع مع الحق في ضمها، والمشرع المغربي قدر المدة بإثنا عشرة (12) شهرا بعد استئناف العاملة للعمل من إجازة الوضع وهناك من الدول من خفضت ساعات العمل كالتشريع اليمني⁽⁵⁾ حددت ساعات العاملة المرضع بخمس ساعات في اليوم ولمدة ستة أشهر، والتشريع السوداني⁽⁶⁾ خفضها بساعة واحدة في اليوم لمدة سنتين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فكان يمنح للعاملة المرضع الحق في الحصول على فترة لإرضاع طفلها تقدر بساعة واحدة في اليوم، يمكن للعاملة توزيعها على فترتين كل واحدة منها ثلاثين (30) دقيقة لمدة سنة واحدة وتكون مدفوعة الأجر⁽⁷⁾.

ثم عدل المرسوم 302/82⁽⁸⁾ هذه الفترة حيث أصبحت تقدر بساعتين كل يوم لمدة الستة أشهر الأولى من يوم الولادة وساعة واحدة في اليوم لمدة ستة أشهر الموالية ويمكن أن توزع على فترتين، تقدر بساعة واحدة لكل فترة أو توزيعها على فترات تقدر كل فترة بثلاثين دقيقة حسب الحالة وحسب طلب المعنية. وكما هو واضح فأحكام هذا المرسوم أكثر نفعا وأفضل للمرأة العاملة المرضع من المقاييس الدولية⁽⁹⁾. فالمادة 46 من المرسوم 302-82 نصت على أن مدة الستة الأشهر الأولى من الرضاعة يبدأ حسابها من يوم الولادة، فكيف ذلك وفي هذه الفترة تكون العاملة في إجازة الأمومة، وكان على المشرع أن يدرج عبارة تبدأ من التحاقها بعملها بعد إجازة الوضع، أما القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل فيخلو تماما من النص على هذا الحق، وقد يعزى هذا السكوت إلى أن الرضاعة حق

(1) المادة 71 من قانون العمل الأردني.

(2) المادة 93 من قانون العمل المصري.

(3) المادة 151 من مدونة الشغل المغربية.

(4) المادة R.224.1 من قانون العمل الفرنسي رقم 244-2008 المؤرخ في 07-03-2008.

(5) المادة 43 الفقرة 01 من قانون العمل اليمني رقم 05 لسنة 1995.

(6) المادة 42 الفقرة 03 من قانون العمل السوداني.

(7) المادة 233 من القانون 31/75 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، مرجع سابق.

(8) المرسوم 302/82 المؤرخ 23 ذي القعدة 1402 الموافق لـ 11 سبتمبر 1982 يتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية عدد 37 بتاريخ 14 سبتمبر 1982.

(9) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص 259.

مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمومة كنظام⁽¹⁾. وحتى أحكام الأمومة ذاتها لم يفصل فيها وترك أمر تفصيلها إلى قانون التأمينات الاجتماعية، وخلق قانون العمل من النص على هذا الحق يعطي لأرباب العمل سلطة واسعة في عدم الالتزام بهذا الحق، كون الحق يجب أن تتضمنه قاعدة قانونية وجزاء يسلط على من يخالفها، إلا أن هذا الحق موجود في قانون الوظيفة العمومية⁽²⁾.

وعليه يجب على المشرع تعديل قانون العمل بما يتماشى والحقوق المخولة للعاملة، فرغم وجود نصوص قانونية هناك خروقات وانتهاكات، فمابالك بحالة عدم وجود نص قانوني أصلاً !!.

البند الثاني: حق العاملة في إجازة لرعاية طفلها (الاستيداع)

في ظل خروج المرأة للعمل على نطاق واسع وعلى قدم المساواة مع الرجل، أضحى الأمر في حالة ملحة إلى إيجاد سياسات تساعد على توفير الرعاية لهؤلاء الصغار خاصة في حالة عمل الأب والأم معاً، وفي وقت أضحى فيه توفير المرافق لرعاية الأطفال يتطلب تكاليف باهضة، فضلاً على نوعيته، فكان ولا بد من إتاحة الفرصة للمرأة العاملة من أجل الحصول على إجازة من عملها لرعاية طفلها الصغير⁽³⁾ حتى يبلغ سن يمكنه الفصال عن أمه، لذا انتهجت المنظمات الدولية مسلكاً راعت فيه المسؤولية العائلية للمرأة العاملة ومنحتها الفرصة اللازمة من أجل الحصول على إجازة من عملها لرعاية طفلها الصغير، وذلك صيغة توصيات موجهة للدول لتضمينها في تشريعاتها الداخلية، غير أن هناك من الدول من أغفلت النص على هذا الحق مع تقييده بشروط. وهذا ما سيتم التعرض له في الاتفاقيات الدولية والعربية وكذا موقف المشرع الجزائري مقارناً ببعض التشريعات الداخلية الأخرى.

أولاً: إجازة رعاية الطفل في الاتفاقيات الدولية والعربية

وكعادتها في الاهتمام بحماية المرأة تعتبر الإجازة لرعاية الطفل من الأمور التي عالجتها منظمة العمل الدولية، وأول ما صدر في هذا الحق التوصية رقم (123)⁽⁴⁾ التي طرحت انشغالات العاملات ذوات المسؤوليات العائلية، ورغبتهم في الحصول على إجازة إضافية دون تخليهن عن عملهن مع الحفاظ على كامل حقوقهن المترتبة على عملهن⁽⁵⁾.

ثم صدرت بعد هذه التوصية الاتفاقية رقم (156)⁽⁶⁾، والتوصية رقم (165)⁽⁷⁾، حيث أعطت للعمال رجالاً ونساء الحق في الحصول على إجازة أبوية من أجل رعاية وإعالة أطفالهم، وتركت أمر

(1) نفس المرجع السابق.

(2) المادة 146 من الأمر 03-06 مؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 16 جويلية 2006.

(3) محمد إسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 70.

(4) التوصية رقم (123) لسنة 1965 بشأن استخدام النساء ذوات المسؤوليات العائلية.

(5) البند 10 الفقرة 1 من التوصية رقم (123) لسنة 1965.

(6) الاتفاقية رقم (156) لسنة 1981 بشأن العمال ذوو المسؤوليات العائلية.

(7) التوصية رقم (165) لسنة 1981 بشأن العمال ذوو المسؤوليات العائلية.

تحديد المدة والشروط للتشريعات الداخلية. وتعتبر الإجازة الأبوية جزءا من نهج متكامل وغير معزول عن سائر المبادرات التي قد تساهم في التوفيق بين المسؤوليات العائلية، ومسؤوليات العمل من جهة وتعزيز مبدأ المساواة بين الجنسين عموما من جهة أخرى، فمهمة التربية طبقا للقانون الدولي ليست مقصورة على الأم وحدها بل تشترك فيها مع الأب أيضا⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمنظمة العمل العربية فقد ورد النص على إجازة رعاية الطفل في الاتفاقية رقم (05)⁽²⁾، التي نصت في مادتها 14 على أنه للمرأة العاملة الحق في الحصول على إجازة بدون أجر للتفرغ لتربية طفلها، وذلك طبقا للشروط والمدة التي يحددها التشريع في كل دولة، وتحفظ المرأة العاملة بوظيفتها خلال هذه المدة.

ثانيا: إجازة رعاية الطفل في التشريع الجزائري

سبقت الإشارة إلى أن هذه الإجازة، الهدف منها، رعاية الطفل، وهي إجازة بدون أجر، بسبب توقف علاقة العمل خلالها بطلب من العامل(ة) مع الاحتفاظ بحقه(ها)، في منصب عمله(ها). وفقا للشروط والمدة التي يحددها تشريع كل دولة على حدة.

رغم هذه النصوص (الدولية والعربية) التي تحت على واجب كل الدول، مساعدة العمال ذوي المسؤوليات العائلية بصفة عامة والمرأة العاملة بصفة خاصة، فهناك من الدول من اعتمدت هذا الحق في نصوصها التشريعية، ومنها من تركت المجال مفتوحا يخضع لاتفاق طرفي علاقة العمل، ومنها من أغفلت هذا الحق تماما.

ومن التشريعات التي كانت سباقة في تكريس هذا المبدأ التشريع الفرنسي من خلال قانون العمل سنة 1966⁽³⁾، الذي أعطى العاملة الحق في الحصول على إجازة من أجل تربية طفلها، ولها ذلك متى رغبت فيه مباشرة بعد انتهاء عطلة الأمومة، شريطة إخطار الهيئة المستخدمة بذلك خلال الخمسة عشرة (15) يوما السابقة لانقضاء إجازة الأمومة، بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام. والحماية الوحيدة المقررة للعاملة المستفيدة من هذه الإجازة، أن جعل القانون على عاتق رب العمل، إذا رغبت العاملة في استئناف العمل، أن يتم تشغيلها بالأولوية، وأن تستعيد كل الحقوق التي كانت قد اكتسبتها قبل الإجازة، لأن هذه الإجازة تقطع علاقة العمل ولا تعلقها مثلما هو الحال في إجازة الأمومة.

يمتاز هذا النظام كونه لا يضع شروطا للاستفادة من الإجازة لأجل رعاية الطفل إلا أنه لا يضمن للعاملة حق استئناف العمل وإنما يضمن لها حق التشغيل في السنة الموالية لقطع علاقة العمل بالأولوية إذا رغبت العاملة في ذلك وكان بالإمكان.

(1) تاج عطاء الله، مرجع سابق، ص70.

(2) الاتفاقية العربية رقم (05) لعام 1976 بشأن المرأة العاملة.

(3) Loi n°66-1044 du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité.

وتداركا للسلبات استحدث قانون آخر رقم 77-766⁽¹⁾، الذي ضمن للمرأة حماية أكثر من سابقه فأورد انه بالمؤسسات التي تشغل عادة أكثر من مئتي (200) عامل، يكون للمرأة العاملة التي تثبت سنة أقدمية في العمل على الأقل بتاريخ ولادة طفلها أو وصول متبناها إلى البيت، الحق في عطلة تربية للأبوين (congé parental d'éducation) لمدة أقصاها سنتين، يكون خلالها عقد العمل موقوفا:

- عند نهاية التربية أو خلال الشهر الموالي لتاريخ طلبها المسبب في الرجوع إلى العمل، ترجع المرأة العاملة إلى منصب عملها السابق أو إلى منصب عمل مماثل بأجر مساو لأجرها السابق.

- تحتفظ العاملة بجميع المزايا التي كانت قد حصلت عليها قبل عطلة التربية، ويؤخذ نصفها في الحساب عند احتساب المزايا المتعلقة بالأقدمية.

- يكون للمرأة العاملة الحق في عطلة تربية عند كل ولادة أو تبني شريطة أن تكون قد زاولت العمل الفعلي لمدة سنة على الأقل بعد انتهاء عطلة التربية الأولى⁽²⁾.

واصل المشرع الاجتماعي الفرنسي تطوير أحكام حماية المرأة العاملة بصور القانون 604-96 المؤرخ في 5 جويلية 1996 المتعلق بالتبني⁽³⁾، حيث ورد بالمادة 54 المعدلة للمادة L122-28-1 من قانون العمل...للعمال الحق في الاستفادة من عطلة تربية يكون خلالها عقد العمل معلقا، أو يكون الحق في تخفيض لمدة عمله بخمس (1/5) على الأقل من مدة العمل المطبقة في المؤسسة دون أن تقل مدة العمل الجزئي عن ستة عشرة (16) ساعة في الأسبوع.

- تنتهي عطلة التربية أو التخفيض من ساعات العمل عند بلوغ الطفل سن الثالثة.

- لعطلة التربية أو العمل الجزئي مدة أولية تقدر بسنة على الأكثر، يمكن تحديدها لمرتين تنتهي ببلوغ الطفل السن المحددة. بهذا التعديل ألغيت كل الشروط التي كانت تعيق بعض العاملات من الاستفادة من هذه العطلة.

خلال هذه العطلة تعلق علاقة العمل ولا يستفيد خلالها العامل من الترقية غير أنه يحسب له نصف المدة في الأقدمية كما يستفيد من المنح العائلية للتربية (allocation parental d'éducation) من قبل هيئة الضمان الاجتماعي⁽⁴⁾.

ووفقا للاتفاقية الجماعية قد يستفيد العامل (ة) من الأقدمية كليا أو جزئيا ويحظر على المستفيد (ة) من عطلة التربية، ممارسة أي نشاط مأجور⁽⁵⁾. في حال الفصل التعسفي للعامل يعرض المستخدم نفسه لعقوبات مدنية بتعويض العامل عن الضرر اللاحق نتيجة هذا الفصل⁽⁶⁾، وفي حالة فصل العامل

(1) Loi n°77-766 du 12 juillet 1977 instituant un congé parental d'éducation Joraf du 13/7/1977, p3696.

(2) Art : 122-28-1 de la loi 77-766 du 12 juillet 1977.

(3) Loi n°96-604 du 05 juillet 1996 relative à l'adoption ? (Joraf) du 6/7/1996.

(4) Art L.532-1 et suivant du code de sécurité social, français.

(5) Art L122-28-5 code de travail français.

(6) Art L.122-30 code de travail français.

دون مراعاة الشروط المنصوص عليها قانونا يعاقب رب العمل بسنة حبس وغرامة قدرها 3750 أورو⁽¹⁾.

إن بعض التشريعات العربية، اعتمدت هذا الحق ضمن قوانينها:

فالقانون الأردني⁽²⁾ نص على إمكانية حصول العاملة على إجازة لرعاية طفلها متى توفرت فيها الشروط المطلوبة لذلك وهي:

- إذا كانت المؤسسة تشغل عشرة (10) عمال أو أكثر.

- لا تزيد مدة الإجازة على سنة مع ضمان حقها في العودة إلى عملها.

- إذا عملت العاملة خلال العطلة بمؤسسة أخرى بأجر تفقد عملها.

أما القانون المصري⁽³⁾، فقد أعطى المرأة العاملة في منشأة تستخدم خمسين (50) عاملاً فأكثر، الحق في الحصول على إجازة بدون أجر لمدة لا تتجاوز سنتين من أجل رعاية طفلها، ولا تستحق هذه الإجازة لأكثر من مرتين طوال مدة خدمتها.

أما القانون المغربي⁽⁴⁾ فقد منح الأم الأجيعة إمكانية الحصول على عطلة غير مدفوعة الأجر شريطة الاتفاق بينها وبين مشغلها وذلك لمدة سنة لتربية وليدها، غير أن شرط الاتفاق هذا يجعل حصول العاملة على العطلة غير ملزم لرب العمل.

مما تقدم يمكن أن نستشف أن تسميه هذه العطلة بـ (congé parental d'éducation) أي ما يمكن ترجمته بـ (عطلة تربية للأبوين) أو (عطلة أبوية للتربية) غير أن كلمة أبوية قد لا يفهم منها نسبة العطلة للأبوين مثل كلمة (parental) بقدر ما يفهم منها نسبتها للأب في اللغة العربية، والمهم أن هذه التسمية لم ترد سوى في الاتفاقيات الدولية وفي التشريع الفرنسي.

أما بالنسبة للاتفاقيات والتشريعات العربية التي أخذت بهذا الحق فهو ممنوح للمرأة العاملة لوحدها وتحت تسمية الإجازة أو العطلة من أجل تربية الطفل.

هذا فيما تعلق بالمعاهدات الدولية والعربية والتشريعات المقارنة، فماذا عن المشرع الجزائري؟ لم يعرف المشرع الجزائري عطلة تربية الطفل على غرار التشريعات العربية الأخرى كما يستعمل مصطلح "عطلة تربية للأبوين" (congé parental d'éducation) لأن هذا المصطلح حديث النشأة حيث كان أول ظهور له في الاتفاقية الدولية رقم (156) والتوصية رقم (165) لسنة 1981⁽⁵⁾ أما قبل هذا التاريخ فكانت هذه الإجازة مقصورة على العاملات فقط.

(1) Art, R.152-3 code de travail français.

(2) قانون العمل الأردني المادة 108 الفقرة 05 من نظام الخدمة المدنية رقم 30 لسنة 2007.

(3) المادة 94 من قانون العمل الموحد- المصري- رقم 12 لسنة 2003.

(4) مدونة الشغل المغربية المادة 156 الفقرة 02.

(5) الاتفاقية الدولية رقم (156) والتوصية رقم (165) لسنة 1981 بشأن العاملات ذوات المسؤوليات العائلية.

تعرف هذه الوضعية في التشريع الجزائري بحالة الاستيداع، وهو حق مكفول لجميع العمال من الجنسين في الاستفادة من انقطاع قانوني مؤقت عن العمل، لأسباب قاهرة تعيقه عن الاستمرار في أداء عمله، وتكون له الفرصة للتفرغ لما أراد التفرغ له، دون حدوث انفصال نهائي عن العمل. تتمثل هذه الوضعية في إيقاف مؤقت لعلاقة العمل، يتوقف معه راتب العامل وحقوقه في الأقدمية والتقاعد والترقية، ولا يحتفظ العامل في هذا الوضع إلا بالحقوق التي كان قد اكتسبها في رتبته الأصلية عند تاريخ إحالته على الاستيداع، وحقه في الرجوع إلى منصب عمله بعد انتهاء مدة الاستيداع⁽¹⁾. ويلاحظ أن القانون 11/90 لم يحدد مدة قصوى لوضعية "الاستيداع"، بخلاف القوانين السابقة، التي كانت تحددها بسنة قابلة للتجديد أربع مرات، وإنما ترك ذلك للاتفاقيات الجماعية، ولقد كان القانون 82-06 أكثر تفصيلاً في هذا الموضوع⁽²⁾ حيث حدد شروط الاستفادة من عطلة الاستيداع، بأنها تحقق للعاملة المرسمة من أجل تربية الطفل الذي يقل عمره عن خمس (05) سنوات، أو كان مصاباً بعاقة تتطلب علاجاً متواصلاً، وجعلت هذا الحق قانونياً للعاملة متى توفرت فيها الشروط، تستفيد منه بقوة القانون دون حاجة لموافقة الهيئة المستخدمة، وحددت المادة مدة العطلة بسنة واحدة قابلة للتجديد أربع مرات، يمنع على العاملة خلالها ممارسة أي نشاط مأجور، وعند انتهاء عطلة الاستيداع على العاملة أن تقدم طلباً خطياً قبل انقضاء عطلة الاستيداع بشهر واحد⁽³⁾، وقد أعطى المشرع الهيئة المستخدمة الحق في إجراء التحريات اللازمة للتأكد من صحة الأسباب المقدمة لتبرير الحصول على الإحالة على الاستيداع⁽⁴⁾، ولقد تم التخلي عن كل الحماية التي كانت متوفرة للعمال والعاملات خاصة، من خلال التعديلات القانونية التي جاء بها القانون 90-11 عوض الاستزادة من الحماية مسايرة للتطورات الواردة بالمعاهدات الدولية والعربية والتشريعات المقارنة المتطورة كالتشريع الفرنسي. فلقد نصت المادة 64 من القانون 11/90 على:

"تعلق علاقة العمل للأسباب التالية:

اتفاق الطرفين المتبادل ... " ومعنى ذلك أن إجازة رعاية الطفولة تخضع لاتفاق طرفي عقد العمل العامل ورب العمل، فإذا لم يحصل اتفاق فلا حق للعاملة في إجازة تربية الطفل، لأنه يكفي عدم موافقة رب العمل، وبالتالي لا يمكن الكلام، والحال هذه، عن أية حماية قانونية في هذا المجال. وبما أن هذا النوع من الحماية لم يدخل في إطار التشريع، يكون قد تدحرج إلى المستوى التنظيمي الذي يدخل في

(1) أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 93 و 94.

- عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 329.

(2) القانون 82-06 المؤرخ في 03 جمادى الأولى عام 1402 هـ الموافق لـ 27 فبراير 1982 يتعلق بعلاقات العمل الجريدة الرسمية عدد 09 بتاريخ 02 مارس 1982.

(3) المواد 52، 53، 55، 57 من القانون 82-06 السالف الذكر.

(4) المادة 4 من القانون 82-06.

إطار الاتفاقيات الجماعية، ويعتبر هذا تراجعاً من المشرع عن حقوق كان يضمنها القانون السابق⁽¹⁾، ونصت وأكدت عليه الاتفاقيات الدولية والعربية مما يعتبر إجحافاً في حق المرأة العاملة، لأن ترك أمر كهذا لاتفاق طرفين غير متكافئين في مركز القوة، أحدهما رب عمل قوي والثاني عامل عنده وهو طرف ضعيف، ولنا أن نتصور اتفاقاً يتم بين هذين الطرفين. وعليه يكون لزاماً على المشرع الجزائري تدرك هذا الوضع الناتج عن تفهقر أحكام حماية المرأة في القانون 11/90 عما كانت عليه فيما سبقه من تشريعات وطنية.

المبحث الثالث: حقوق أرملة العامل المالية حسب تشريعات العمل

الوفاة هي النهاية الحتمية لأي إنسان⁽²⁾، يقول المولى عز وجل: "كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ.." (3). ويقول: "كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ"⁽⁴⁾، فالموت هي النهاية المؤكدة لحياة الإنسان العملية ولا أحد يعرف متى يكون حقه، فالموت من الغيبات، وبسببه تتعرض أسرة المعيل المتوفي إلى بؤس الحاجة والعوز، لذلك شرعت قوانين التأمينات الاجتماعية لتوفير الحماية لأسرة المؤمن عليه في حالة وفاته، ففقدان المعيل يؤدي حتماً إلى فقدان الدخل الذي كانت تعتمد عليه في توفير احتياجاتها اليومية، مما يعرضهم للفاقة والعوز، خاصة إذا كان أفراد أسرة العامل المتوفى غير قادرين عن العمل و دون أي دخل يواجهون به أعباء الحياة⁽⁵⁾، ولذا تقرر أغلب التشريعات الاجتماعية منح معاش للمستحقين من ذوي حقوق المتوفى إذا توافرت فيهم الشروط القانونية حتى تضمن حياة مستقرة لأسرة المتوفى في مستوى يقارب المستوى الذي كانت عليه قبل وفاة معيلها.

يقصد بتشريعات العمل "مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية والاتفاقية، التي تحكم تنظيم مختلف أوجه العلاقات القائمة بين كل من العمال والمؤسسات المستخدمة، وما يترتب عنها من حقوق والتزامات ومراكز قانونية للطرفين"⁽⁶⁾.

(1) القانون 06-62، مرجع سابق.

(2) سامي نجيب، التأمين عماد الاقتصاد القومي واقتصاديات الأسرة والمشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 298.

(3) سورة آل عمران، الآية 185.

(4) سورة الرحمن، الآية 24.

(5) محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للتأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة، دار النهضة

(6) أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 62.

- عبد الرسول عبد الرضا، الوجيز في قانون العمل الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1978، ص 2.

- محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 12.

- حسن كيرة، مرجع سابق، ص 17.

ولا يهمننا في إطار هذا البحث من هذه التشريعات إلا ذلك الجزء الذي يعني أرملة العامل كواحدة من بين ذوي حقوقه، الذين يستفيدون بعد وفاته مما يكون قد تم اقتطاعه من راتبه خلال سنوات عمله، ليكون له بمثابة الادخار يستعين به ذووا الحقوق هؤلاء بعد فقدهم لمعيلهم.

وتجدر الإشارة إلى أنه خلافا لبلدان أخرى، فقد عمد المشرع الجزائري إلى توحيد نظام التأمينات الاجتماعية، بموجب القانون 11/83⁽¹⁾ الذي يسري على جميع الفئات، من جميع النشاطات، بجميع انتماءاتها وجميع الأصناف⁽²⁾، مغطياً جميع المخاطر المحيطة بالعامل، من مرض، وولادة أثناء مدة عمل المرأة، وعجزه، سواء أكان بسبب حادث، أو مرض مهني، أو تقدم في السن، وكذا حالة وفاة العامل⁽³⁾، حيث ينتقل حقه في الاستفادة من الاقتطاعات المدخرة له إلى ذوي حقوقه المعرفين في المادة 67 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية⁽⁴⁾.

ومن بين ذوي حقوق المؤمن له⁽⁵⁾، زوجته أي أرملته بعد وفاته، فمما تستفيد هذه الأخيرة، وما هي الحقوق المخولة لها بموجب تشريعات العمل ؟
وتتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال:

- المطلب الأول: التأمينات الاجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية التي يتكفل بمعالجتها القانون رقم 11/83 و 13/83 حيث تستفيد الأرملة من خلال القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية .

- المطلب الثاني: معاش أرملة المتقاعد وأرملة المفقود والغائب، ويتكفل بمعالجتها القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد .

المطلب الأول: التأمينات الاجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية

ستتم دراسة مستحقات أرملة العاملة من خلال القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية والقانون 12/83 المتعلق بالتقاعد من خلال الفرعين التاليين:
الفرع الأول: التأمينات الاجتماعية.

الفرع الثاني: حوادث العمل والأمراض المهنية.

-
- (1) تنص المادة 1 من القانون 11/83 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق 2 يوليو 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية على "يهدف هذا القانون إلى إنشاء نظام وحيد للتأمينات الاجتماعية".
 - (2) تنص المادة 3 من القانون 11/83 على أنه "يستفيد من أحكام هذا القانون كل العمال سواء أكانوا أجراء أم ملحقين بالأجر أيا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه والنظام الذي كان يسري عليهم قبل دخول هذا القانون حيز التطبيق".
 - (3) تنص المادة 2 ق. 11/83 "تغطي التأمينات الاجتماعية المخاطر التالية: المرض، الولادة، العجز، الوفاة".
 - (4) المادة 67 من قانون رقم 11/83 المعدلة بالمادة 30 من الأمر 17/ 96 المؤرخ في 20 صفر 1417 هـ الموافق 06 يوليو 1996 جريدة رسمية رقم 42 بتاريخ 7 يوليو 1996.
 - (5) المادة 67 من القانون 11/83 المؤرخ في 21 رمضان 1403 هـ الموافق ل 2 يوليو 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية الجريدة الرسمية عدد 28 بتاريخ 1983/7/5 ص 1792 وما بعدها.

الفرع الأول: التأمينات الاجتماعية

هو النظام الذي يشمل بالحماية كافة الأشخاص العاملين فوق التراب الوطني، مهما كانت جنسيتهم أو طبيعة عملهم أو مدته، أو القطاع العاملين به⁽¹⁾. كما يستفيد أيضا العاملون لحسابهم الخاص، سواء كانوا في التجارة أو الصناعة أو الفلاحة أو أي نشاط أو حرفة أخرى⁽²⁾، وكذا أصحاب المعاشات والمعوقين والطلبة⁽³⁾. غير أن المشرع الجزائري خصّ بعض الفئات الاجتماعية بتشريعات خاصة إما لمكانتها في المجتمع، كالمجاهدين وأرامل وأبناء الشهداء وغيرهم، وإما لظروف استثنائية كضحايا الإرهاب والمأساة الوطنية، ونترك معالجة هذه النصوص الخاصة إلى نهاية المبحث.

في إطار أحكام القانون 11/83 وبموجب المادة 66 منه، تستفيد أرملة المؤمن له⁽⁴⁾ من:

البند الأول- الأداءات العينية: ويشمل هذا النوع من الحقوق التي تستفيد منها الأرملة ما يلي:

1- التأمين العيني عن المرض.

2- التأمين العيني عن الأمومة.

أولا- التأمين العيني عن المرض.

وهو التكفل بالأرملة في حالة إصابتها بمرض، حيث أوردت المادة 8 من القانون 11/83 تعداد أهم المصاريف المشمولة في إطار هذا التأمين، وأبقت الباب مفتوحا في حالة الحاجة إلى إضافة مصاريف أخرى قد تتبين ضرورتها لاحقا، ويتم ذلك بواسطة التشريع عن طريق المراسيم⁽⁵⁾، يضاف إلى ذلك حق الاستفادة من مصاريف التنقل في حالة الاستدعاء من طرف هيئة الضمان الاجتماعي بغرض المراقبة الطبية. وكذا في حالة ما إذا تطلب العلاج ضرورة الانتقال إلى مكان خارج مقر الإقامة⁽⁶⁾، ويشمل تكفل صندوق الضمان الاجتماعي بتعويض 80% من مصاريف الفحوص الطبية وشراء الأدوية، وقد يكون التكفل بصفة كاملة في بعض الأحيان⁽⁷⁾.

(1) المادة 3 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

- أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 146.

(2) المادة 4 من القانون 11/83.

(3) المادة 5 من القانون 11/83 - أحمية سليمان- مرجع سابق، ص 147.

(4) تستفيد أرملة السجين الذي يقوم بعمل تنفيذ لعقوبة جزائية من الأداءات العينية عن المرض ومن رأس مال الوفاة وفقا لنص المادة 68 من القانون 11/83 المعدل بالمادة 31 من الأمر 17/96 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق ل 6 يوليو 1996.

(5) المادة 8 من القانون 11/83.

(6) المادة 9 من القانون 11/83.

(7) المادة 28 من القانون 11/83.

- المادة 4 من المرسوم 27/84 المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1404 الموافق 11 فبراير 1984 يحدد كليات تطبيق العنوان الثاني من القانون 11/83.

- المواد من 23 إلى 27 من القانون 11/83. حيث أوردت هذه المواد تحت عنوان التأمين عن الولادة غير أن المرسوم 27/84 في بابه الثاني استعمل مصطلح التأمين عن الأمومة وهو في اعتقادنا مصطلح أشمل من الأول كونه يشمل فترتي الحمل والولادة وما بعدهما.

ثانيا- التأمين العيني عن الأمومة.(1)

في حالة ما إذا توفي العامل تاركا أرملة في حالة حمل، تستفيد هذه الأخيرة من التكفل بجميع المصاريف الناجمة عن الحمل والوضع وما يتبع ذلك(2)، وتستفيد أرملة العامل المتوفى من الخدمات العينية عن الأمومة، حتى في حالة إجراء المعاينة الطبية للحمل بعد وفاة زوجها المؤمن له، شريطة أن تثبت هذه الأرملة توفر الشروط المطلوبة في زوجها المتوفى عنها عند تاريخ وفاته(3)، ولا ينطبق هذا الحكم إلا على حالات الوضع التي تحصل بعد 305 أيام على الأكثر من تاريخ الوفاة، وذلك كإثبات لإلحاق نسب المولود بالعامل المتوفى.

كما يشترط أن تتم الولادة على يد طبيب أو مساعدين طبيين مؤهلين ما عدا حالة حدوث أسباب قاهرة. وللإبقاء على حق الاستفادة من الخدمات العينية للتأمين عن المرض عموماً، بما في ذلك التأمين العيني عن الأمومة، يجب على الأرملة أن لا تكون قد أعادت الزواج بعد وفاة زوجها، وأن تكون قد استوفت الشروط المطلوبة للاستفادة من التأمين على الوفاة، وأن لا يكون لها دخل أعلى من الأجر الوطني المضمون(4).

البند الثاني- الأدعاءات النقدية: ويشمل هذا النوع من الحقوق التي تستفيد منها الأرملة مايلي:

1- التأمين عن الوفاة

2- معاش العجز المنقول

أولاً- التأمين عن الوفاة: (5)

ويسمى أيضاً رأسمال الوفاة(6)، وقد عالجته المواد من 47 إلى 51 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية هذه المنحة، والتي يهدف الشارع من ورائها إلى إعانة ذوي حقوق العامل المؤمن له المتوفى أي ورثته، ومن كانوا تحت إعالته وفقاً لما عرفتهم المادة 67 من نفس القانون(7)، إعانتهم وجبر خواطرهم لتجاوز المصائب الذي ألم بهم جراء فقدهم لمعيل كان يكفيهم حاجتهم المعيشية قدر الإمكان(8).

(1) أحمية سليمان، مرجع سابق، ص147.

- المواد من 23 إلى 27 من القانون 11/83.

(2) المادة 36 من المرسوم 27/84 المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1404 الموافق ل 11 فبراير 1984 يحدد كيفية تطبيق العنوان التالي من القانون 11/83.

(3) المادة 36 من المرسوم 27/84.

(4) المادة 3 من المرسوم 27/84 السالف الذكر.

(5) راجع المواد من 47 إلى 51 من القانون 11/83 السالف الذكر.

(6) المادة 20 من الأمر 17/96 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق 6 يوليو 1996 المعدل والمتمم للقانون 11/83.

(7) المادة 67 من القانون 11/83 السالف الذكر.

(8) المادة 47 من القانون 11/83.

وتحقيقاً للهدف المشار إليه تُدفع منحة الوفاة دفعة واحدة⁽¹⁾ لذوي حقوق المتوفى وتقسم بينهم في حالة تعددهم بأقساط متساوية.⁽²⁾

ويختلف تقدير مبلغ منحة الوفاة بحسب الوضعية القانونية التي يكون عليها العامل عند وفاته.

- إذا توفي وعلاقة عمله قائمة تقدر منحته باثني عشر (12) مرة مبلغ آخر أجر شهري تقاضاه العامل في منصبه⁽³⁾، على أن لا يقل هذا المبلغ عن اثني عشر مرة قيمة المبلغ الشهري للأجر الوطني الأدنى المضمون.

- أما إذا كان صاحب معاش عجز أو معاش تقاعد أو معاش تقاعد مسبق أو ريع حادث عمل، شريطة ألا تقل نسبة العجز عن العمل عن 50%، فيكون مبلغ التأمين عن الوفاة مساوياً للمبلغ السنوي لمعاش العجز، أو معاش التقاعد أو معاش التقاعد المسبق أو ريع حادث العمل⁽⁴⁾، على ألا يقل هذا المبلغ عن الحد الأدنى المنصوص عليه في المادة 41 من القانون 11/83 وهو 75% من المبلغ السنوي للأجر الأدنى المضمون⁽⁵⁾.

وينشأ الحق في الاستفادة من التأمين عن الوفاة أو رأسمال الوفاة إذا كان المؤمن له قد عمل خمسة عشر (15) يوماً أو مائة (100) ساعة أثناء الثلاثة أشهر (3) التي تسبق تاريخ الوفاة⁽⁶⁾.

ثانياً- معاش العجز المنقول: (7)

معاش العجز المنقول هو مبلغ شهري⁽⁸⁾ دائم يُدفع للعامل المصاب بعجز في قواه البدنية أو العقلية⁽⁹⁾، يذهب هذا العجز بنصف قدرته على العمل أو الكسب على الأقل⁽¹⁰⁾، ويخصص له هذا المعاش ليتمكنه من العيش دون حاجة للغير، ويقدر العجز والمعاش بالنظر إلى ما بقي من قدرة العامل المؤمن له على العمل أو حالته العامة وسنّه، وقوّاه البدنية والعقلية ومؤهلاته وتكوينه⁽¹¹⁾.

(1) أنظر المادة 48 الفقرة، 3 والمادة 49 من القانون 11/83.

(2) المادة 50 من القانون 11/83.

- إذا كان القانون لم يورد حالة تعدد الأرامل في ما يتعلق بمنحة الوفاة مثلما فعل في المادة 38 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد فإنه يمكن اعتبارهن في عداد ذوي الحقوق حيث يقسم المبلغ الإجمالي على الجميع بالتساوي.

(3) المادة 48 من القانون 11/83.

(4) أنظر الأمر 17/96 السالف الذكر. - المادة 18 التي تعدل وتتم المادة 51 من القانون 11/83.

(5) المادة 41 من القانون 11/83 المعدل بالمرسوم التشريعي 04/94 جريدة رسمية رقم 20 بتاريخ 94/04/13 المؤرخ في 30 شوال 1414 / 11 أفريل 1994.

(6) أنظر المادة 20 من الأمر 17/96.

(7) المواد من 31 إلى 46 من القانون 11/83.

(8) المادة 43 من القانون 11/83.

(9) المادة 33 من القانون 11/83.

(10) المادة 32 من القانون 11/83.

(11) المادة 33 من القانون 11/83 السالف الذكر.

- أحمية سليمان، مرجع سابق.

وعلى أي حال لا يجوز أن يقل المبلغ السنوي لمعاش العجز، عن قدر أدنى قيمته 2300 مرة معدل الساعات للأجر الوطني الأدنى المضمون⁽¹⁾ وتُراجع معاشات العجز بحسب تطور النقطة الاستدلالية المعتمدة كأساس لحساب الأجر الأساسي للعامل⁽²⁾. وقد نصت المادة 40 من القانون 11/83 على أنه: "يستفيد كل من زوج صاحب معاش عجز توفي و... من معاش عجز منقول..."، ولم يتطرق المشرع إلى طرق استفادة ذوي حقوق العامل المتوفى من معاش العجز المنقول إليهم لأنه أعقب في الفقرة الثانية من نفس المادة 40 المذكورة أنه: "تطبق على ذوي الحقوق المذكورين في الفقرة أعلاه الأحكام المتعلقة بمعاشات ذوي حقوق التقاعد". وتنجرُّ أحكامه على معاش العجز المنقول لذوي الحقوق.

البند الثاني: تأمين الفئات الخاصة من المجتمع

تأمين المجاهدين وأرامل وأصول الشهداء.

تُخص هذه الفئة من المجتمع بوضع قانوني تفضيلي مميز، تكريماً و عرفاناً للفئة الأولى، وهي المجاهدين على ما بذلوه من تضحيات جهادية خلال سنوات الجهاد المقدس من أجل تحرير الوطن من الاحتلال، وتتمتع هذه الفئة بنظام تأميني عيني يختلف عن ذلك المنصوص عليه في المادة 59 من القانون 11/83، بحيث يصبح كل المتمتعين بصفة المجاهدين⁽³⁾، وأراملهم وأرامل وأصول الشهداء وأبناء الشهداء، والمجاهدين المعوقين، دون تحديد سنهم مُعَفَّوْنَ من دفع قسط الـ 20% الواقع على عاتق المؤمن له اجتماعياً، أي بالإعفاء من التسديد المسبق لمصاريف العلاج، بما يفيد استفادة هؤلاء بشكل غير مباشر بالتعويض 100%.

الفرع الثاني: حوادث العمل والأمراض المهنية

يختلف الحال إذا توفي العامل وفاة طبيعية ليس لها علاقة بالعمل، عنه عما إذا كانت الوفاة نتيجة حادث عمل أو مرض مهني، فإذا كان في الحالة الأولى لا يستفيد ذوا حقوق العامل المتوفى ومنهم أرملته بالطبع سوى بما يقرره لهم قانون التأمينات الاجتماعية من منحة الوفاة المقررة بموجب المواد من 47 إلى 51 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية⁽⁴⁾، أو بمعاش العجز الآيل، في حالة ما إذا

(1) المادة 41 من القانون 11/83.

(2) المادة 42 من القانون 11/83.

- أنظر قرار مؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1416 الموافق ل 19 غشت 1995 يتضمن الزيادات في معاشات الضمان الاجتماعي ومنحه وريوّه.

- القرار المؤرخ في 3 جمادى الثانية عام 1415 الموافق ل 7 نوفمبر سنة 1994 ويتضمن رفع قيمة معاشات ومنح تقاعد الضمان الاجتماعي (ج ر رقم 2- بتاريخ 15-01-1995).

- قرار مؤرخ في 16 ربيع الثاني عام 1417 الموافق ل 31 غشت 1996 يتضمن رفع قيمة معاشات الضمان الاجتماعي ومنحه وريوّه (ج ر رقم 52 بتاريخ 11 سبتمبر 1996).

(3) راجع مضمون المادة 04 من القانون 16/91 المتعلق بالمجاهد والشهيد السالف الذكر.

(4) القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية- مرجع سابق.

كان العامل المتوفى صاحب معاش عجز، والمقرر بموجب المواد من 31 إلى 43 من نفس القانون، حيث لا يترتب والحال هذه، أي التزام في ذمة صاحب العمل⁽¹⁾.

أما في الحالة الثانية والتي تكون فيها وفاة العامل ناتجة عن حادث عمل، أو مرض مهني، كما هو مبين في أحكام القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية⁽²⁾، تبقى آثار علاقة العمل المادية قائمة وتنتقل إلى ذوي حقوق العامل المتوفى، متمثلة في معاش أو ريع الوفاة وفقا لأحكام الفصل الثالث، من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية⁽³⁾، وإن كانت منحة الوفاة هي نفسها الواردة في نص المواد من 47 إلى 50 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، والتي تمنح لذوي حقوق العامل المؤمن له والواردة في نص المادة 52 من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، والتي تمنح لذوي حقوق العامل المتوفى بسبب حادث عمل، حيث لا ينبغي الجمع بينهما، فإنه ينبغي التفرقة بين معاش العجز الآيل أو المنقول السالف الذكر، وبين ريع حادث العمل الذي أودى بحياة العامل.

وكما سبقت الإشارة إليه بالنسبة للقانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، فإن القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، يهدف هو الآخر إلى تأسيس نظام وحيد يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، يسري على جميع أنواعها وعلى جميع العمال أيًا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه⁽⁴⁾، ويستفيد من هذا القانون، ولو لم يكن المعني بالأمر مؤمنا له اجتماعيا، في حالة إصابته بحادث أثناء الأعمال والنشاطات المطلوبة التي ينظمها الحزب والمنظمات الجماهيرية، أو الاتحادات المهنية⁽⁵⁾، الأنشطة الرياضية التي تنظم في إطار الجمعيات، القيام بعمل من أعمال البر من أجل الصالح العام، أو لإنقاذ شخص معرض للهلاك⁽⁶⁾، ويكون للمصاب بعجز دائم جرّاء حادث عمل، الحق في ريع⁽⁷⁾ يُحسب مبلغه وفقا للشروط الواردة في أحكام الفصل الثاني من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، والمرسوم رقم 28/84⁽⁸⁾ الذي يحدد كليات تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون 13/83 السالف الذكر، وخاصة الباب الثاني منه، وعلى العموم فالريـع

(1) أحمية سليمان - مرجع سابق - ص 340.

(2) القانون 13/83 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق لـ 2 يوليو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية ج ر عدد 28 بتاريخ 1983/7/3 ص 1809 وما بعدها.

(3) أحمية سليمان - مرجع سابق - ص 340.

(4) المادة 1 و2 من القانون 13/83 السالف الذكر.

- أوردت المادة 4 من نفس القانون تعداد الفئات التي يمكن أن تستفيد منه.

(5) بعد إقرار الديمقراطية وفتح الباب أمام التعددية الحزبية بات من الضرورة بمكان تعديل مثل هذه المواد ومثلها موجود في مختلف القوانين.

(6) المادة 8 من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

(7) المادة 38 من القانون 13/83 السالف الذكر.

(8) المرسوم 28/84 المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1404 الموافق لـ 11 فبراير 1984 يحدد كليات تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون 13/83 المؤرخ في 2 يوليو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

يُحسب على أساس أجر المنصب المتوسط الذي كان يتقاضاه العامل المصاب، لدى واحد أو عدة أصحاب عمل خلال الإثني عشر (12) شهر السابقة لانقطاعه عن العمل عقب تعرضه للحادث⁽¹⁾، أو أجر منصب عمل المصاب إذا عمل مدة شهر واحد، أو أجر منصب عمل مماثل لأجر الفئة التي ينتمي إليها، إذا عمل مدة تقل عن شهر واحد⁽²⁾، فيكون مبلغ الريع مساويا لمبلغ الأجر المرجعي المشار إليه مضروباً في نسبة العجز⁽³⁾.

هذا بالنسبة للحق في الاستفادة من ريع عن عجز ناتج عن حادث عمل، أما إذا حدثت الوفاة بسبب حادث العمل فيكون لذوي حقوق العامل المتوفى:

البند الأول: الحق في منحة الوفاة.

وتدفع لهم هذه المنحة وفقاً لأحكام المواد 48 و49 و50 من القانون 11/83⁽⁴⁾، مع ملاحظة عدم إمكانية الجمع بين هذه المنحة ومنحة الوفاة التي تدفع وفقاً لما ورد في قانون التأمينات الاجتماعية التي سبق التعرض إليها.

البند الثاني: الحق في ريع الوفاة بسبب حادث عمل.

ويُدفع لذوي حقوق العامل المتوفى بسبب حادث عمل اعتباراً من تاريخ الوفاة، وذلك وفقاً لأحكام المواد من 30 إلى 40 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد⁽⁵⁾، وفي حالة وفاة أحد المستفيدين من ريع حادث عمل بسبب خارج عن حادث العمل يستفيد ذوا حقوقه، ومنهم أرملته بالطبع من ريع يحسب على أساس ريع الهالك، ينقل إليهم وفقاً للشروط السالفة الذكر⁽⁶⁾، وتطبق جميع الأحكام المتعلقة بحوادث العمل على الأمراض المهنية⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: معاش أرملة المتقاعد وأرملة المفقود والغائب.

الفرع الأول : معاش أرملة المتقاعد.

يعتبر التقاعد بمثابة النهاية الطبيعية للحياة العملية للعامل، وتأتي هذه النهاية كنتيجة طبيعية لبلوغ العامل سناً معينة تمكنه من وضع حد لحياته المهنية، والتمتع ببقية حياته الخاصة وبكامل وقته⁽⁸⁾.

(1) المادة 39 القانون 13/83 السالف الذكر .

(2) المادة 13 من المرسوم 28/84 السالف الذكر.

(3) المادة 45 من القانون 13/83 السالف الذكر.

(4) القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

(5) القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد، مرجع سابق.

(6) المادة 56 من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، مرجع سابق.

- مزغراني بومدين - سياسة التوزيع في أنظمة الضمان الاجتماعي، مرجع سابق ص 208.

(7) المادة 70 من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية مرجع سابق.

(8) أحمية سليمان- مرجع سابق- ص156-157.

البند الأول: معاش التقاعد وفقا للنظام الموحد

ينظم التقاعد في الجزائر القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد⁽¹⁾، الذي يهدف إلى تأسيس نظام وحيد⁽²⁾ يستفيد منه جميع العمال بجميع فئاتهم ومهما كانت قطاعات نشاطهم، وفق ما هو وارد في نص المواد 3، 4 و 6 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية⁽³⁾ ويعتبر النظام الوحيد⁽⁴⁾ سواء أكان فيما يتعلق بتوحيد القواعد الخاصة بتقدير الحقوق والامتيازات، أو بتوحيد قواعد التمويل، ويعتبر التقاعد وفقا لهذا القانون حقا شخصيا ذو طابع مالي يستفيد منه العامل مدى الحياة⁽⁵⁾، وتشتمل الحقوق الممنوحة للعامل في إطار حقه في التقاعد إضافة إلى المعاش المباشر الذي يتقاضاه أثناء حياته، على معاش منقول أو معاش الأيلولة⁽⁶⁾ ويتمثل في:

- معاش إلى الزوج الباقي على قيد الحياة.

- معاش للأبناء القصر اليتامى.

- معاش للأصول⁽⁷⁾

ولا يهمنا في دراستنا هذه سوى القسم الأول من معاش الأيلولة، والمتعلق بالزوج الباقي على قيد الحياة، حيث نصت المادة 30 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد على أنه: "إثر وفاة صاحب المعاش أو العامل، يستفيد كل من ذوي حقوقه من معاش منقول وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون". ويعتبر بطبيعة الحال من ذوي حقوق صاحب المعاش أو العامل المتوفى، زوجه الباقي على قيد الحياة من بعده⁽⁸⁾، والمقصود بزوجه وفقا لأحكام القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد، المرأة التي يربطها به زواج شرعي⁽⁹⁾.

-
- (1) القانون 12/83 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق ل 2 يوليو 1983 المتعلق بالتقاعد ج ر عدد 28 الصادرة في 1983/07/05 ص 1803.
 - (2) المادة 03 من القانون 12/83..
 - (3) المادة 02 من الأمر 18/96 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق ل 6 يوليو 1996 يعدل ويتم القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد ج ر عدد 42 بتاريخ 7 يوليو 1996.
 - (4) المادة 01 من القانون 12/83.
 - (5) المادة 02 و 03 من القانون 12/83. - أحمية سليمان- مرجع سابق ص 157.
 - (6) أوردت المادة 16 من الأمر 18/96 المعدلة للمادة 40 من قانون 12/83 مصطلح " معاش الأيلولة " عوضا " المعاش المنقول" ونراه أكثر ملائمة.
 - (7) المادة 05 من القانون 12/83
 - أحمية سليمان - مرجع سابق-ص 158.
 - (8) المادة 31 من القانون 12/ 83 المتعلق بالتقاعد.
 - المادة 67 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.
 - (9) المادة 32 من القانون 12/83 السالف الذكر.
 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

وقد جاء في المادة 22 من قانون الأسرة أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية". وبهذا يمكن لأرملة صاحب المعاش أو العامل المتوفى إثبات رابطتها الزوجية بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً. إذا كان ذلك هو شرط استفادة الأرملة من معاش تقاعد زوجها الآيل إليها بعد وفاته، فما هي نسبة استفادتها منه في مختلف الحالات؟

الحالة الأولى: وهي الحالة التي تستفيد منها الأرملة من معاش الأيلولة لوحدها، وذلك عندما لا يترك صاحب المعاش أو العامل المتوفى ولداً ولا أحد الأصول خلفه، فيكون حق الأرملة من مبلغ معاش الأيلولة بنسبة 75% (1).

الحالة الثانية: هي عندما يترك صاحب المعاش أو العامل المتوفى خلفه إلى جانب أرملة أحد ذوي الحقوق، سواء كان أحد الأبناء أو أحد الأصول أو أكثر، فيكون حق الأرملة من مبلغ معاش الأيلولة بنسبة 50% (2)، وهي أدنى نسبة يقرها لها القانون من معاش تقاعد زوجها الآيل إليها، ولا تخضع استفادتها من هذا المعاش لشروط السن (3). وفي حالة تعدد الأرامل تقسم نسبة معاش الأيلولة بينهن بالتساوي، وتفقد الأرملة حقها في النسبة الآيلة إليها من معاش الأيلولة إذا أعادت الزواج، وتنقل حصتها وتقسّم بالتساوي على الأطفال المستفيدين من معاش الأيلولة (4).

كما تؤول إليهم حصتها بنفس الطريقة في حالة وفاتها هي (5)، وفي حالة وفاة العامل دون تمتعه بمعاش التقاعد أو التقاعد المسبق (6)، وقبل أن يصل السن التي تسمح له بذلك، تحسب معاشات ذوي الحقوق على أساس المعاش الذي كان من المفروض أن يتحصل عليه عند تاريخ وفاته، كما لو كان في ذلك التاريخ يستوفي شروط السن ومدة العمل (7)، على ألا يقل المبلغ السنوي لمعاش التقاعد عن 75% من المبلغ السنوي للأجر الوطني الأدنى المضمون.

(1) المادة 34 من قانون 12/83 السالف الذكر.

(2) المادة 34 الفقرة 2 و3 من القانون 12/83.

(3) المادة 36 من القانون 12/83.

(4) المادة 16 من الأمر رقم 18/96 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق ل 6 يوليو 1996 يعدل و يتم القانون رقم 12/83 المتعلق بالتقاعد - ج.ر رقم 42 في 7 يوليو 1983 .

(5) المادة 39 من قانون 12/83 المتعلق بالتقاعد.

(6) المرسوم التشريعي رقم 10/94 المؤرخ في 15 ذي الحجة 1414 الموافق ل 26 مايو 1994 يحدد التقاعد المسبق. ج.ر رقم 34 بتاريخ 1 يونيو 1994.

(7) المادة 17 من الأمر 18/96 - مرجع سابق- تعدل وتنتم المادة 41 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد.

البند الثاني: معاش تقاعد الفئات الخاصة من المجتمع.

أولاً: الإطار العلي للأمة: خلال المدة ما بين سنوات 1980 و 1986 صدر خمسة مراسيم متتالية⁽¹⁾، تحت تسميات مختلفة⁽²⁾، غير أنها جميعها تعالج مسألة معاشات تقاعد إطارات حزب جبهة التحرير الوطني والحكومة، وتعديل وتكمل بعضها بعضاً رغم أنه لم ينص في عناوينها على ذلك كأنها مستقلة عن بعضها البعض. وقد نصت المادة الرابعة من المرسوم رقم 55/80⁽³⁾ على "... دفع المعاشات لأعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة أو لذوي حقوقهم" ودون مراعاة لشرط السن، يكفي هذا الصنف من الموظفين أن يكون قد عمل مدة عشرين (20) سنة طوال حياته منها مدة عشر (10) سنوات على الأقل كإطار سام في الحزب أو الدولة⁽⁴⁾، ليكون له الحق في تقاضي معاش يساوي مبلغ المرتب الصافي الأكثر فائدة له من بين مبالغ المرتبات التي كان يتقاضاها أثناء الخدمة، بما فيها المكافآت والتعويضات غير التمثيلية للمصاريف، باستثناء التعويضات المدفوعة خارج التراب الوطني⁽⁵⁾، وفي حالة إعادة استدعاء أحد الإطارات من هذا الصنف للخدمة مرة ثانية بعد تقاعده فإنه يحتفظ بمعاشه إذا كان هذا الأخير أفضل له من مرتب الوظيفة الجديدة التي استدعى لشغلها، عوض

(1) المرسوم 55/80 المؤرخ في 21 ربيع الثاني عام 1400هـ الموافق ل 8 مارس 1980 يتضمن إنشاء صندوق خاص بتقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة. ج.ر عدد 11 في 11 مارس 1980 ص 365.
- المرسوم 56/80 في نفس التاريخ المتعلق بمعاشات أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة ج.ر عدد 11 في 11 مارس 1980 ص 367.
- المرسوم رقم 616/83 المؤرخ في 25 محرم 1404 الموافق ل 31 أكتوبر 1983 يتعلق بمعاشات تقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة، ج.ر عدد 46 في 11/8/1983 ص 2834.
- المرسوم 617/83 المؤرخ في 25 محرم 1404 الموافق 31 أكتوبر 1983 يتعلق بمعاشات الإطارات السامية في الحزب والدولة، ج.ر عدد 46 بتاريخ 11/8/83 ص 2840.
- المرسوم 246/86 المؤرخ في 26 محرم 1407 الموافق ل 30 سبتمبر 1986 المتعلق بالصندوق الخاص بتقاعد الإطارات العليا للأمة ج.ر عدد 40 بتاريخ 10/10/1986 ص 1648.
(2) من الملاحظ أنه ورد في المراسيم 55/80- 56/80- 616/83 السابقة الذكر أنها تتعلق بمعاشات تقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة غير أنه في المرسوم 617/83 أسقطت عبارة جبهة التحرير الوطني ووردت مكانها عبارة الإطارات السامية في الحزب والدولة وفي المرسوم 246/86 أسقطت عبارة الحزب نهائياً وورد أنه يتعلق بالصندوق الخاص بتقاعد الإطارات العليا للأمة، ورغم هذا التدرج المحتشم والمتماشي مع التطورات السياسية آنذاك في التخلي عن عبارات جبهة التحرير وعبارة الحزب في عناوين المراسيم كما هو الحال بالنسبة للمادة الأولى من المرسوم 246/86 المعدلة للمادة 20 من المرسوم 616/83 حيث نجدها تبين أن "الصندوق خاص بتسيير معاشات تقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة، والإطارات العليا في الحزب أو الدولة مما يبعث على التساؤل خاصة بعد تبني نظام التعددية الحزبية في الجزائر، هل يبقى أعضاء حزب جبهة التحرير الوطني يستفيدون من أحكام هذه المراسيم دائماً، خاصة وأننا لم نعر على أي تعديل لها بعد سنة 1986 ؟ وإذا كان الجواب بنعم، لماذا لم يعمد إلى إجراء تعديل لهذه المراسيم يوضع حداً للاستفادات غير المشروعة بعد أن صار حزب جبهة التحرير الوطني كغيره من الأحزاب السياسية؟

(3) المادة 4 من المرسوم 55/80 المتضمن إنشاء صندوق خاص بتقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة، مرجع سابق.

(4) المادة 1 من المرسوم 617/83 المتعلق بمعاشات الإطارات السامية في الحزب والدولة، مرجع سابق.

(5) المادة 7 من المرسوم 617/83، مرجع سابق.

تقاضي هذا المرتب⁽¹⁾، هذا فيما يتعلق بطبيعة المعاش المخصص لهذه الفئة من المجتمع، وتجدر الإشارة إلى أن طريقة توزيع هذا النوع من معاش التقاعد لا يخضع لنفس قواعد توزيع معاشات تقاعد الفئات الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم 12/83 المتعلق بالتقاعد السالفة الذكر، بل يوزع وفقا لما ورد في نص المادة 11 وما بعدها من المرسوم رقم 55/80 السالف الذكر، حيث تستفيد أرملة الإطار سواء كان صاحب معاش في حالة حدوث الوفاة بعد إحالته على التقاعد، أو صاحب مرتب إذا حدثت الوفاة وهو في الخدمة، تستفيد الأرملة من معاش أيلولة يساوي 70% من مبلغ المعاش أو المرتب الممنوح له قبل الوفاة، وتحفظ الأرملة بنصف المعاش في حالة ما إذا تزوجت ثانية أي بنسبة 35% من معاش التقاعد أو المرتب المذكور، ويقسم النصف الآخر على أبناء المتوفى الذين كانوا في كفالتة، ويعود إليهم المعاش بصفة كلية في حالة وفاة الأرملة، أو في حالة وفاة المستفيد دون ترك أرملة من بعده⁽²⁾.

ثانيا: المجاهدون وأرامل الشهداء: خَصَّ القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد في مواده من 20 إلى 29 فئة المجاهدين وأرامل الشهداء بحكم وضعهما في المجتمع، بأحكام تفضيلية تكريما وعرفانا للفئة الأولى، على ما بذلته من تضحيات جهادية في سبيل تحرير الوطن من المحتل، وتعويضا للفئة الثانية عن فقد المعيل وإكراما للشهيد ووفاء له بالعهد.

ومن ذلك أن السن المطلوبة قانونا للاستفادة من معاش التقاعد تخفض بخمس (5) سنوات بالنسبة للمجاهدين⁽³⁾، أما بالنسبة للمجاهدين المعطوبين أثناء سنين الجهاد فتخفض السن ومدة الخدمة المطلوبتين قانونا للاستفادة من معاش التقاعد كالتالي:

- سنة عن كل قسط، نسبته 10% من العجز.

- ستة أشهر عن كل قسط نسبته 5%.

وتحسب هذه التخفيضات بسبب العجز، لنشأة الحق في معاش التقاعد ولتصفيته على حدٍّ سواء، كما تحسب لنفس الغاية سنوات المشاركة الفعلية في الجهاد بضعف مدتها. وإذا كانت النسبة القصوى للمعاش العادي لا يجوز أن تتعدى 80% من أجر المنصب السنوي الإجمالي⁽⁴⁾، فإن هذه النسبة تحول إلى 100% من أجر المنصب السنوي الإجمالي، بالنسبة للمجاهدين، ويجوز لهم أيضا الحصول على حق الاستفادة من معاش التقاعد، بغض النظر عن شرط السن متى حصلوا على عدد الأقساط السنوية التي تخول لهم ذلك⁽⁵⁾، أما بالنسبة للحد الأدنى لمبلغ معاش التقاعد الممنوح للمجاهدين، فلا يمكن أن يقل عن

(1) المادة 7 من المرسوم 56/80 المتعلق بمعاشات أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطنية والحكومة، مرجع سابق.

(2) المادة 11 و12 من المرسوم 55/80 السالف الذكر.

(3) المادة 21 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد.

(4) المادة 17 من القانون 12/83 السالف الذكر.

(5) المادة 24 من القانون 12/83 السالف الذكر.

مرتين ونصف (2,5) من مبلغ الأجر الوطني الأدنى المضمون⁽¹⁾ وتبقى الاستفادة من هذه الأحكام، تتوقف على شرط قضاء فترة من العمل الفعلي مساوية لنصف المدة المطلوبة في المادة 6 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد، والمدة المطلوبة في المادة 6 المذكورة هي خمسة عشر (15) سنة، يشترط أن يكون المجاهد قد قضى نصفها في العمل الفعلي، باستثناء حالة وفاته قبل إنهاء هذه المدة في العمل الفعلي فتخفض إلى النصف مرة أخرى⁽²⁾، ويمكن للمجاهدين الجمع بين معاشات التقاعد، والمعاشات المدفوعة لهم بمقتضى التشريع المتعلق بالمجاهدين⁽³⁾. وتستفيد أرملة المجاهد من معاش أيلولة بصفتها أحد ذوي الحقوق، وفقا لأحكام الفصل الثالث من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد السالف تفصيلها.

أما بالنسبة لأرامل الشهداء فقد نصت المادة الأولى من القانون 01/91 المتعلق بأرامل الشهداء⁽⁴⁾، على أنه: "تطبق على أرامل الشهداء اللواتي يمارسن نشاطا مهنيا الأحكام الخاصة بالمجاهدين، في مجال التقاعد المنصوص عليها في القانون رقم 12/83 المتعلق بالتقاعد"، غير أن معاش أرملة الشهيد يصفى على أساس عجز نسبته 100% فيما يتعلق بحساب أقساط العجز المحسوبة لتخفيض السن ومدة الخدمة المطلوبتين للاستفادة من الحق في معاش التقاعد⁽⁵⁾، وتؤخذ بعين الاعتبار فترة مشاركة الشهيد، في جيش التحرير الوطني أو في المنظمة المدنية لجبهة التحرير الوطني، ابتداء من تاريخ التحاقه وإلى غاية الفاتح من شهر يوليو 1962، حيث تحسب هذه المدة بضعفها سواء كان ذلك لنشأة الحق في معاش التقاعد أو لتصفيته⁽⁶⁾.

بقي لنا التعرض لحالة لا هي حالة ترملة ولا طلاق، قد تجد المرأة نفسها خلالها في وضع مبهم، وهي الحالة التي يُفقد فيها زوجها أو يغيب عنها لمدة طويلة، ولإجلاء ذلك نتعرض إلى زوجة المفقود والغائب وفقا لما ورد في نصوص قانون الأسرة الجزائري، والأوامر المنظمة لتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة.

الفرع الثاني: معاش أرملة المفقود والغائب

إن الوضع القانوني للمفقود والغائب، ينعكس حتما على زوجته ناهيك في الظروف التي يتضارب فيها حصر عدد المفقودين في الجزائر، وإن كان مما لا اختلاف فيه بين الأطراف أنه

(1) المادة 24 من القانون 12/83.

- المادة 13 من المرسوم 18/96 المؤرخ في 20 صفر 1417 الموافق ل 6 يوليو 1996 يعدل ويتمم القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد- ج ر عدد 42 بتاريخ 7 يوليو 1996.

(2) المادة 14 من المرسوم 18/86 السالف الذكر.

(3) المادة 15 من المرسوم 18/86 السالف الذكر.

(4) القانون رقم 01/91 المؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1411 الموافق ل 8 يناير 1991 يتعلق بتقاعد أرامل الشهداء ج ر عدد 2 بتاريخ 09 يناير 1991.

(5) المادة 21 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد.

(6) المادة 22 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد.

بالآلاف⁽¹⁾، لكن من هو المفقود ومن هو الغائب؟ عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة المفقود والغائب في فصله السادس من الكتاب الثاني من خلال المواد من 109 إلى 115.

فالمفقود في حكم القانون، هو ذلك الشخص الذي غاب ولا يعرف مكان وجوده كما لا تعرف حياته من موته، ولا يمكن اعتبار الشخص في حكم المفقود إلا بعد صدور حكم من القضاء بفقده⁽²⁾، أما الغائب فهو الشخص الذي تغيب ومنعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته لمباشرة شؤونه وتسييرها، أو توكيل من يقوم مقامه فيما يتوجب عليه القيام به لمدة سنة، على أن تتسبب غيبته هذه في إلحاق الضرر بالغير، ومتى كان الشخص كذلك يعتبر كالمفقود⁽³⁾.

يجوز للقاضي الحكم بموت المفقود بعد الحكم بفقده ومرور المدة القانونية المحددة للبحث عنه، إن كان قد فقد في ظروف تغلب فيها احتمالات الوفاة، وإلا ترك له أمر تقدير المدة المناسبة للحكم بموته⁽⁴⁾، فإذا صدر الحكم بموت المفقود، بات يمكن لورثته تقسيم تركته كونه صار في عداد الأموات حكماً.

ويكون لزوجه كوارثة نصيبها المفروض، وتطبق عليها جميع الأحكام والقوانين الخاصة بتشريعات العمل السالفة الذكر، ولا بد من الإشارة إلى أنه لا يشترط في زوجة المفقود والغائب الراغبة في التعجيل بحل رابطتها الزوجية منه، انتظار المدة القانونية اللازمة لصدور الحكم بوفاته، وبالتالي اعتبارها في حكم الأرملة الوارثة.

فالأمر في هذه الحالة، لا يمكن الفصل فيه قبل مضي أربع سنوات على الأقل⁽⁵⁾، وهي مدة طويلة نسبياً. لذا خولها المشرع الحق في التقدم إلى المحكمة بطلب الحكم لها بالتطبيق بعد مضي سنة كاملة بداية من تاريخ فقد الزوج أو غيبته دون عذر ولا نفقة⁽⁶⁾، وبذلك تكون في حكم المتضررة من الطلاق بسبب لا يد لها في وقوعه وللقاضي حرية تقدير ما يحكم لها به بصفته الطرف المتضرر.

إضافة إلى ما ورد في نصوص قانون الأسرة الجزائري تناول الأمر 01/06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية⁽⁷⁾ في مواده من 27 إلى 39 من ضمن ما تناوله تعريف ضحايا المأساة الوطنية وهم المفقودون بسببها⁽⁸⁾، الذين يمكن التصريح بوفاتهم بموجب حكم قضائي⁽⁹⁾ يصدر بناء على

(1) يومية البلاد العدد 1435 ليوم الأربعاء 4 أوت 2004 ص 2: "أحصت رابطة علي يحي عبد النور عدد المفقودين في الجزائر بثمانية عشر 18 ألف مفقود منهم سبعة آلاف ومئتين وأربعة 7204 معلنين رسمياً..".

(2) المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري.

(5) المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري.

(6) المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

(7) الأمر رقم 01-06 المؤرخ في 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية - ج.ر عدد 11 ليوم الثلاثاء 28 فبراير 2006.

(8) المادة 27 من الأمر 01/06، مرجع سابق.

(9) المادة 28 من الأمر 01/06، مرجع سابق.

طلب أحد ورثة المفقود أو كل شخص ذي مصلحة أو النيابة العامة⁽¹⁾، وذلك بعد أن تعد الضبطية القضائية محضرا بمعينة فقدان الشخص⁽²⁾، بعد التصريح بانعدام جدوى عمليات البحث، وتسلم نسخة من محضر معاناة فقدان إلى ذوي حقوق المفقود، أو إلى أي شخص ذي مصلحة⁽³⁾، ويكون لذوي حقوق المفقود ضحية المأساة الوطنية الحق في تعويض تدفعه الدولة⁽⁴⁾.

بينما تولى المرسوم الرئاسي رقم 93/06⁽⁵⁾، تفصيل أشكال التعويضات التي يستفيد منها ذوي حقوق ضحية المأساة الوطنية، وقد أوردت المادة 9 منه زوج المفقود في أول الترتيب بينما تولت المادة 10 تبيان حصة كل منهم، حيث يكون لزوج المفقود أو لزوجاته في حالة تعددهن معا، إذا لم يترك أبناء أو أصولا أحياء 100% من التعويض يقتسمه بالتساوي، أما إذا ترك ذوي حقوق آخرين فيكون لزوجته أو لزوجاته 50% من التعويض. وفي حالة إعادة إحدى أرامل المفقود الزواج أو وفاتها تؤول حصة التعويض التي كانت تتقاضاها إلى الأرملة أو الأرامل الأخريات اللاتي لم يُعَدن الزواج إن وجدن، وإلا فإلى الأولاد وقد بينت المادة 06 من هذا المرسوم أشكال التعويض كالتالي:

1- معاش خدمة

2- معاش شهري

3- رأس مال إجمالي

4- رأس مال وحيد

ولكل حسب علاقة العمل والوضعية القانونية التي كان عليها ضحية المأساة قبل فقده، حيث يكون لذوي حقوق الأشخاص، الذين كانوا ينتمون إلى هيئة الدفاع الوطني ومستخدميه من المدنيين وباقي الموظفين العموميين، الذين فقدوا في حالة الخدمة، معاش خدمة حتى التاريخ الذي كانوا سيبلغون فيه سن الإحالة على التقاعد، كل حسب النصوص القانونية التي يخضع لها. بينما يستفيد ذوا حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين لوزارة الدفاع الوطني ومستخدميه من المدنيين والموظفين والأعوان العموميين في سن التقاعد أو في وضعه وقت فقدانهم من رأس مال وحيد، كل حسب النصوص القانونية المنظمة لهم. وإذا كان ضحية المأساة الوطنية بالغاً سناً أكثر من 60 عاماً، وغير منخرط في صندوق للتقاعد، أو إذا كان فقد قد حدث قبل (10) سنوات من السن المفترضة للتقاعد، تستفيد زوجته التي ليس لها أولاد من رأسمال إجمالي للتعويض يوافق 120 مرة 16000 دج.

(1) المادة 32 من الأمر 01/06، مرجع سابق.

(2) المادة 31 من الأمر 01/06، مرجع سابق.

(3) المادة 32، الفقرة 02، من الأمر 01/06، مرجع سابق.

(4) المادة 37، من الأمر 01/06، مرجع سابق.

(5) المرسوم الرئاسي رقم 93-06 المؤرخ في 2006/02/28 يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية -ج.ر عدد 11 ليوم 2006/02/28.

واستكمالاً لكل ما تقدم أورد المرسوم رقم 94-06 كيفية استفادة الأسر المحرومة المبتلاة بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب من إعانة الدولة⁽¹⁾، بعد ثبوت صفة العائلة المحرومة واستخراج شهادة إثبات وفاة المعني، وفقاً لما ورد النص عليه في هذا المرسوم، يستفيد ذوا حقوق العائلة المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب ومنه زوجته، بالدرجة الأولى، بتعويض حسب أحد الشكليات التالية:

- معاش شهري

- رأسمال إجمالي

بحسب الحالة وذلك كما تقدم، بعد تقديم شهادة تثبت وفاة القريب المعني وشهادة تثبت حرمان العائلة وفقاً لنص المادة 2 من المرسوم رقم 94-06 وما بعدها. وتحدد حصة الزوجة الأرملة من إعانة الدولة كالتالي:

100% من الإعانة لصالح الزوجة أو الزوجات إذا لم يترك المفقود ذوي حقوق آخرين.

50% من الإعانة لصالح الزوجة أو الزوجات إذا ترك المفقود ذوي حقوق آخرين. وتوزع

الإعانة في حالة تعدد الأرمال بينهن بالتساوي وفي حالة تشكل الإعانة من معاش شهري تراجع النسب كلما طرأ تغيير في عدد ذوي الحقوق، كما في حالة إعادة الأرملة الزواج أو وفاتها، تؤول حصة المعاش التي كانت تتقاضاها إلى غيرها من الأرمال اللاتي لم يتزوجن إن وجدن وإلا إلى الأبناء.

(1) المرسوم رقم 94-06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 يتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب. -ج.ر. عدد 11 بتاريخ 28 فبراير 2006.

الفصل الثاني

حماية المرأة في قانون الأسرة

المبحث الأول: حماية حقوق المرأة المالية

المبحث الثاني: حماية حقوق المرأة الغير مالي

إن أعظم ما اشتمل عليه خلق، الإنسان، أن خلقه الله تعالى قابلاً للتمدن، الذي هو أساس كل تقدم بشري وأساس كل استخلاف لله تعالى على الأرض، والتمدن لا يستقيم إلا بوضع تشريعات لازمة الإلتباع، من طرف الجميع لكي تحفظه، من الفوضى التي إن وقعت تعود به حتماً إلى حالة البداوة البدائية، التي تحول دون الاستمرار في إعمار الأرض، الوظيفة الأساسية التي خص الله بها الإنسان حيث قال: "هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا" (1) ولا يضمن بقاء إعمار الأرض، والاستمرار فيه إلا وجود التشريع، والتزام الجميع حكماً ومحكومين بأوامره ونواهيه، وتعتبر الأسرة اللبنة الأساسية والخلقة الأولى في بناء أي مجتمع إنساني، وهي بمثابة قلبه النابض، فإذا صلحت صلح المجتمع كله وإذا فسدت فسد، ولأهميتها أولت كل الشرائع سواء أكانت الإلهية منها أو البشرية، وعبر كل العصور، عناية فائقة وخاصة بتنظيم الأسرة (2)، وقد أورد الشيخ محمد بن عثور في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية "ولم تزل الشرائع تعنى بضبط أصل نظام تكوين العائلة الذي هو اقتران الذكر بالأنثى المعبر عنه بالزواج أو النكاح، فإنه أصل تكوين النسل وتفرع القرابة بفروعها وأصولها واستتبع ذلك الضبط نظام الصهر، فلم يلبث أن كان لذلك الأثر الجليل في تكوين نظام العشيرة فالقبيلة فالأمة" (3) وأردف "وجاء شريعة الإسلام مهيمنة على شرائع الخلق، فكانت الأحكام التي شرعتها للعائلة، أعدل الأحكام وأوثقها وأجلها" (4) وقوله هذا بالطبع مصداقاً لقوله تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا" (5)، فالشريعة الإسلامية هي الأكمل والأعدل والأوثق والأصلح لمن رضي الله ربا وبالإسلام ديناً، وقانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجاري به العمل ومادام يستمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية، والقائمين على الاجتهاد قد استعملوا كل الأدوات اللازمة، فلن يكون إلا الأصلح للأمة الجزائرية المسلمة مع نفي صفة الكمال التي وصفت الله بها الشريعة الإسلامية، عن أي مشرع مجتهد لأن الاجتهاد الكامل يستلزم كمال المجتهد، وهو أمر مستحيل لأن الكمال لله وحده، وقد مر بنا، في عدة مواضع من البحث كيف وفرت الشريعة الإسلامية للمرأة الحماية الكاملة.

وسيخصص هذا الفصل من البحث لدراسة ما يوفره قانون الأسرة من حماية لحقوق المرأة كالتالي:

المبحث الأول: حماية حقوق المرأة المالية.

المبحث الثاني: حماية حقوق المرأة الغير مالية.

(1) سورة هود، الآية 61.

(2) أحسن زفور، شبهات حول الصلات في قانون الأسرة الجزائري وعند الفقهاء، مجلة الحضارة الإسلامية العدد 10 أفرل 2004 تصدر عن كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، ص 02.

(3) محمد الطاهر بن عثور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج 3، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425-2004، ص 421.

(4) نفس المرجع السابق.

(5) سورة المائدة، الآية 3.

المبحث الأول: حماية حقوق المرأة المالية في قانون الأسرة

جراء عقد الزواج تترتب للزوجة حقوق مالية أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد إنحلالها، وذلك ما ستم دراسته خلال هذا المبحث، كالتالي:

المطلب الأول: حماية حقوق المرأة المالية أثناء قيام الرابطة الزوجية

المطلب الثاني: حماية حقوق المرأة المالية بعد انحلال الرابطة الزوجية

المطلب الأول: حماية حقوق المرأة المالية أثناء قيام الرابطة الزوجية

يُرتب عقد الزواج بمجرد إبرامه حقين ماليين للمرأة هما(1):

الحق الأول وهو المهر، هذا الحق الذي يُستحق نصفه بانعقاد عقد الزواج، ويتوقف استحقاقه كلية على شرط الدخول(2)، سواء أكان ذلك في زواج صحيح أم فاسد.

الحق الثاني وهو النفقة، ويتوقف حق النفقة في شكله العام على الدخول مطلقاً، أو ما يقوم مقامه من دعوى إليه أو خلوة(3).

وبناء على ما تقدم يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: المهر.

الفرع الثاني: النفقة.

الفرع الأول: المهر.

لقد مر المهر بمراحل متعددة خلال تطور مفهومه، حيث اكتشف الإنسان أثناء تدرجه الفطري في المسلك الطبيعي نحو الاستقرار، والتجمع، ومدى حاجته الماسة إلى نظام ضابط لعلاقته الجنسية، وما ينجم عنها من نسل يتصل به، كان من اللازم أن يكون لهذا النظام ما يحتاجه من الشكليات، والشروط الخاصة بتسييره، ولعل أهم تلك الشروط على الإطلاق هو المهر. فالمهر قديماً كان مقابلاً أو ثمناً للمرأة، وإن اتخذ عدة أشكال فهي لا تعدو أن تكون مالا، أو ما يقوم مقامه.

هكذا في مرحلة الصيد كان المهر هو ما يقدمه الرجل من صيد لأسرة المرأة، وفي مرحلة الرعي كان هو ما يسوقه إليها من رؤوس الماشية. وبتمدن المجتمع البشري تنوع المهر وأصبح يتمثل في النقد بما في ذلك الذهب، والفضة بالإضافة إلى الأنواع المادية الأخرى(4).

(1) عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ثالة للنشر، الجزائر، 1999-2000، ص177.

(2) المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) عبد السلام الترماني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، سلسلة عالم المعرفة الصادرة عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت، عدد 8، غشت 1984، ص199.

ومن الشرائع القديمة التي عرفت الزواج بمهر، شريعة حمو رابي ببايل التي ظهرت قبل المسيح عليه السلام بنحو 23 قرناً، وإن كان وجوبه للمرأة اختياريًا حسب الاتفاق، لكن عند الطلاق يلزم الزوج بدفعه لها إن لم يكن قد دفعه عند إبرام عقد الزواج، خصوصاً إذا كانت ذات أطفال⁽¹⁾، كما كان المهر يقدم في شكل خدمة يلتزم الزوج بأدائها لأب الزوجة خلال مدة محددة، يمكنه بعدها اصطحاب زوجته، وقد أورد القرآن قصة زواج سيدنا موسى عليه السلام على مهر متمثل في عمل يقوم به لمدة معينة⁽²⁾. وفي كل الأحوال، كان ما يقدمه الزوج من مال، أو خدمة هو المهر كما درج العرب على تسميته، ولم يكن يعمل به في صفة الخدمة لمدة محددة إلا في حالة ما إذا كان الزوج معسراً لا يقدر على دفعه، وقد عبر القرآن الكريم عن هذه الحالة (الفقر) لما أخبرنا عن موسى عليه السلام وخروجه من مصر، حيث يقول عز وجل: "... فَقَالَ رَبِّ إِنِّي لِمَا أَنْزَلْتَ إِلَيَّ مِنْ خَيْرٍ فَقِيرٌ "⁽³⁾، وقد عرف المجتمع الروماني الزواج بمهر، حيث كان الزوج ملزماً بأداء المهر للأب وفق شكليات محددة، هي نفسها شكليات شراء الأشياء، وبمجرد إتمامها يصبح مالكا للمرأة⁽⁴⁾.

ولم تختلف الأوضاع في المجتمع العربي بالنسبة للمهر قبل الإسلام عما عرفته بقية المجتمعات الأخرى، من كونه ثمناً للمرأة إلى الحد الذي أصبحت فيه تبادل بأخرى/ وهو ما عرف بنكاح الشغار⁽⁵⁾، الذي نهى عنه الإسلام.

وبصفة عامة فالمهر في الزواج لدى المجتمعات الإنسانية القديمة، رغم اختلافه لم يكن في صالح المرأة المتزوجة لانسامه بعدة نقائص منها:

أ- كان المهر وسيلة لزيادة ثروة الأب، لأنه هو الذي يقبضه من الزوج، ويتصرف فيه بما يتطابق مع مصلحته، سواء أكان مالا أو خدمة تُقَوِّم بمال.

ب- شكّل المهر ثمناً لشراء المرأة من طرف الرجل.

ج- لم تكن المرأة ذات حق في الاستفادة من المهر الذي أُعطي بسببها.

وبناءً على ذلك، يمكن القول أنه في ظل المرحلة القديمة كان المهر مقابلاً لتنازل الأسرة عن المرأة للزوج، بل هو تعويض لهذه الأسرة عما سيفوتها من عائدات اقتصادية بسبب فقدانها لجهد المرأة بعد زواجها، وبالتالي يكون المهر بمثابة تعويض لخسارة اقتصادية.

(1) Ney Bensadon – des droits de la femme – collection que sais –je- N° 1842- 2ème édition 1983، p 21.

- محمود عبد السلام زناتي، مجلة العربي، عدد 173، أبريل 1973، ص 135.

(2) سورة القصص، الآية 27 .

(3) سورة القصص الآية 24.

(4) أحمد عادل سرقيس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي، القاهرة، ب.ت.ن، ص 84-85 .

(5) "الشغار" هو أن يزوج الرجل ابنته لآخر على أن يزوجه الآخر ابنته أيضا دون مهر بينهما، "فقد روي عن ابن عمر (ض): أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار". أنظر:

- زين الدين أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي، التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح، ج1، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط1، 1430-2009، ص530..

وهكذا كانت المرأة قديما، رقيقا رخيصا تباع وتشتري، لا تخرج من سجن إلا لتنتقل إلى غيره، يتصرف في حضاها من الحياة سعادة وشقاء أب، أو زوج، أو ولي، فلا تملك بذلك حريتها، ولا يمكنها بحال أن تتصرف في شيء من حقوقها الشخصية مادية كانت أم معنوية(1).

والإسلام من بين الملل التي تبنت المهر، وضبطته بنصوص تشريعية فمن منظور نصوص الشريعة الإسلامية يعد المهر حقا خالصا للمرأة، وواجبا مفروضا على الزوج بمجرد إبرام عقد الزواج، حيث تعتبر وظيفته الاجتماعية أداة لربط العلاقة الزوجية.

وحتى يلعب المهر هذا الدور في الحياة الاجتماعية، كان ولا بد أن يكون مبلغه محل نقاش من قبل أطراف العلاقة الزوجية.

غير أن ملكية المرأة للمهر في الواقع المعيش، ليست مطلقة في بعض الأحيان، فقد تخضع لعدة قيود تعود لأسرتها ولزوجها، ونتطرق إلى موضوع المهر في بندين:

البند الأول: حكم المهر وطرق تحديده.

البند الثاني: أهمية المهر بالنسبة للمرأة والقيود الواردة على ملكيتها له.

البند الأول: حكم المهر وطرق تحديده.

أولا- حكم المهر

ويعرف المهر بالصداق، حيث ورد تعريفه في المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، وبذا تكون هذه المادة قد أطلقت اسم الصداق على المهر وعرفته بأنه كل ما يدفع للزوجة نحلة أي عطاءً، وبينت طبيعته حيث لا يقتصر على النقود بل يمكن أن يكون أي شيء مباح شرعا، ويمكن تقديره بمال كما بينت أن للزوجة حق الملكية الكاملة على الصداق.

إذن المهر هو صداق المرأة بفتح الصاد وكسرهما وهو مأخوذ من الصدق، ضد الكذب، لأن فيه إشعار بصدق رغبة الزوج في زوجته(2).

وقد وافق قانون الأسرة الجزائري الشريعة الإسلامية في ذلك كله حيث تعتبر المهر أو الصداق نحلة مفروضة، أي عطاء واجباً على الزوج لزوجته(3). كما عرفه بعض الفقهاء المعاصرين على أنه، اسم للمال الذي تستحقه الزوجة بالعقد عليها أو الدخول بها دخولا حقيقيا(4).

(1) عصمت الدين الهيلة، المرأة من خلال الآيات القرآنية، الشركة التونسية للتوزيع، 1979، ص19

(2) التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، ج4، دار الوعي، الجزائر، ط2، 2010، ص140.

(3) عبد الحكيم محسن عطروش، حقوق المرأة بين قانون الأحوال الشخصية و الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة عدن، العدد 10، أكتوبر 2002، ص73 وما بعدها.

(4) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص181.

كما عُرف على أنه، الحق المالي الذي يحق على الرجل لإمرأته بالعقد عليها أو الدخول بها⁽¹⁾. وقد عرفه القرآن الكريم على أنه فريضة، وأجراً، ونحلة وذلك في قوله تعالى " فَأَتَوْهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ... (2) وقوله تعالى " وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ... (3)".

وتعتبر المهر شرطاً من شروط الزواج، إذ ورد في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري "يجب أن تتوفر في عقد الزواج: ... الصداق...." ما يعني أن عقد الزواج لا ينعقد صحيحاً إلا بمهر، وإضافة إلى ذلك أوجبت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري إخضاع المهر لشرط الشكلية، وذلك بنصها أنه "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً..."، وذلك ضماناً لحق ملكية الزوجة على المهر، وتفادياً لأي نزاع يحتمل أن ينشب بسبب تحديده، وإمعاناً في الاحتياط، جاء نص المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري، ليقدم حلاً لاحتمال وقوع نزاع بسبب عدم تسجيل المهر في عقد الزواج، واختلاف الزوجين حول قيمته المتفق عليها بينهما عند إبرام عقد الزواج، إذ جاء فيه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، كما نجد أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصداق وعمل على عدم إخلاء أي من زوجاته منه، إذ ثبت أنه تزوج بأربع مائة درهم "وهو المشهور عنه" وأربع مائة دينار...⁽⁴⁾.

وعليه لا يمكن إبرام عقد الزواج بدون هذا الحق المالي المفروض للمرأة، وعدم الجواز هذا يترتب عنه عدم إمكانية الاتفاق في العقد على إسقاطه، وهذا ما تضمنته المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، رغم أنه بالمقابل يفهم من نص المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري أنه يحتمل أن يتم إبرام عقد الزواج بدون توثيق المهر، بأن يتم السكوت عن ذكره وذلك ما أورده القرآن الكريم صراحة في قوله تعالى: "... لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ... (5)". فمن حكم هذه الآية يظهر جواز النكاح رغم السكوت عن المهر دون اشتراط أو الاتفاق على إسقاطه، ولا يخفى أن الأخذ بحكم هذه الآية من شأنه تيسير الزواج على مريديه⁽⁶⁾.

(1) أحمد غندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، ط4، 2010، ص.

(2) سورة النساء الآية 24.

(3) سورة النساء الآية 04.

(4) أبو محمد عبد المالك بن هشام، السيرة النبوية، القسم 2 (الجزئين 3-4)، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، مصر، ط2،

1375-1955، ص 644 وما بعدها.

(5) سورة البقرة، الآية 236.

(6) محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج3، دار

الكتاب العربي، 1990، ص239.

ومن ذلك التيسير، أن الشريعة الإسلامية بعد أن أوجبت على الزوج فرض المهر للمرأة ندبت لها التنازل عنه أو الخفض من مبلغه بعد فرضه لقوله تعالى: " وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرْضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ "(1). وأيضا قوله تعالى: "... فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيًّا "(2) والدعوة إلى التساهل في أمر المهر لم تقتصر على جواز السكوت عن ذكره، أو عدم فرضه، بل امتدت لتشمل حالة الطلاق قبل الدخول، حيث يقول عز وجل: " وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيزَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ... "(3). ومن هذه الآية الكريمة يفهم استحباب التنازل عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول، والدعوة إلى ذلك موجهة إلى طرفي العلاقة الزوجية فكلاهما مطالب بالعفو، وذلك يعد من التقوى.

ومن ثم يعد التنازل عن المهر بعد وجوبه من قبيل المرغوبات دينا مادام ذلك يؤدي إلى التقوى التي هي عماد الإيمان، يقول تعالى: " وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى "(4).

وقد تبنى قانون الأسرة الجزائرية هذا الأمر في مادته 16، أي استحقاق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول. وهكذا نصل إلى أن المهر في الشريعة الإسلامية يعتريه الوجوب وندب التنازل عنه أو الإنقاص منه، وبذلك تتميز الشريعة عن غيرها من الشرائع من حيث كونها جعلت منه بعد أن يصبح حقا للمرأة ثوبا لها إذا تنازلت عنه، وكذلك الزوج إذا تنازل عن نصفه قبل الدخول، وهذا أقرب إلى روح الشريعة وغاياتها، وتلك هي أحكام تحديد المهر.

ثانيا- طرق تحديد المهر

أما فيما يخص طرق تحديد المهر، فتحديد قيمته تعد عاملا فعالا في إضفاء الصفة المالية على المهر، والأصل أن عملية التحديد للمهر كحق مالي، تتم عادة عند إبرام العقد وهذا هو المهر المسمى(5)، وقد يترك تحديده لأحد الزوجين أو الغير وهذا هو زواج التفويض. غير أن المهر المسمى والمهر بالتفويض قد يتعذر العمل بهما لعدة ترجع إلى المهر نفسه، أو إلى عدم الرضى بالتحديد بناء على التفويض، عندئذ وفي الحالتين يتم العمل بمهر المثل(6)، وقد تكون العلة في الزوجة فيعمل بأقل المهر عرفا، وجميع هذه الحالات مرتبطة ببعضها البعض.

(1) سورة النساء الآية 24.

(2) سورة النساء الآية 04.

- "... فَإِنْ طَابَتْ هِيَ لَهُ بَعْدَ تَسْمِيَّتِهِ، أَوْ عَنْ شَيْءٍ عَنْهُ فَلْيَأْكُلْهُ حَلَالًا طَيِّبًا..."، انظر:

- أبو الفداء بن إسماعيل بن الكثير، تفسير القرآن العظيم، ج 1، دار الجيل، بيروت، 1988، ص 428.

(3) سورة البقرة، الآية 237.

(4) سورة البقرة، الآية 237.

(5) عبد الفتاح تقي، مرجع سابق، ص 123.

(6) نفس المرجع السابق، ص 125.

وفيما يلي نتعرض إلى أنواع المهور الأربعة على التوالي :

1- المهر المسمى:

يقصد بالمهر المسمى ما تم الاتفاق عليه في العقد، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً"، أما القرآن الكريم، فقد أورد ما يبين وجوب إطلاق حرية تحديد المهر، وتركها خاضعة لاتفاق الزوجية، وذلك في قوله تعالى: "... وَءَاتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا..." (1)، ولا يحوي قانون الأسرة الجزائري ولا السنة النبوية ما يشير إلى سقف أعلى للمهر، أو تحديده بحد أدنى هذا رغم أن النبي ﷺ رغب في تخفيض المهور لتسهيل الزواج على الراغبين فيه، حيث قال لأحد الصحابة: "إلتمس ولو خاتماً من حديد..." (2)، وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ: "خير الصداق أيسره".

وفي حديث آخر: "أبركهن أيسرهن مؤنة" (3)، وفي هذا دلالة من السنة عن استحباب تخفيض المهر، وإن كان القرآن قد أوجب إطلاق حرية تحديده (4)، وبذا يتضح بجلاء أن المهر قد يكون مرتفعاً جداً، وقد ينخفض حتى يصبح رمزياً.

قد يرتبط المهر المسمى بوقائع من شأنها التأثير على العقد، فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل، ومن تلك الوقائع اقتران المهر ببيع، أو بشرط (5)، فصورة البيع أن يتزوج الرجل المرأة على أن لها سيارة كمهر شريطة أن تزيده مبلغ عشرة آلاف دينار جزائري مثلاً، فهذا المهر مفسد للعقد، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

أما صورة اقتران المهر بشرط، أن يسمى في العقد مبلغ عشرين ألف دينار جزائري إذا لم تكن للزوج زوجة أخرى، وخمسين ألف دينار إذا كانت له أخرى، وفي هذه الحالة أيضاً يكون العقد فاسداً، يفسخ قبل الدخول دون مهر ويثبت بعده بمهر المثل.

(1) سورة النساء، الآية 20.

(2) مالك ابن أنس، الموطأ، ج 1، صححه ورقمه وأخرجه أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب المصري، د.ت.ن، ص 526.

(3) محمد بن اسماعيل بن الأمير الصنعاني، مرجع سابق، ص 321.

(4) "... وَءَاتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا..." سورة النساء، الآية 20.

(5) أنظر اقتران المهر ببيع وشرط مع أحكامه في :

- مدونة الإمام مالك، رواية سحنون عن بن القاسم، ج 4، مطبعة السعادة، مصر، 1328هـ، ص 216، 219 و 241.

- ابن رشد (الحفيد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار الفكر، ب.ت.ن، ص 21-22.

- المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري.

وأحيانا قد يتم الاتفاق على زواج تبادلي كأن يشترط أحد الزوجين أو أحد الأولياء تزويجه من ابنة الثاني مقابل الموافقة على تزويج الثاني من ابنته هو، وهذا ما يعرف بزواج الشغار⁽¹⁾.

كما قد يتم الاتفاق على إعلان مبلغ أكبر للمهر المسمى، خلافا لما اتفق عليه سرا في العقد، ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لمثل هذه الأنواع من المهور، وفي الفقه المالكي يؤخذ بالمهر المعلن عنه في العقد، ولا يؤخذ بالمهر المسمى سرا إلا إذا تم الإشهاد عليه⁽²⁾. والأخذ بالمهر المعلن عنه في العقد يتفق وشكليه الكتابة في عقد الزواج، ويمنع من الاختلاف وكثرة التنازع بين الأزواج، بالإضافة إلى أن ذلك هو ما يتطلبه عقد الزواج من الدقة والضبط.

والمهر المسمى في العقد قد يكون كله معجلا أو مؤجلا⁽³⁾، أو يجمع بين المؤجل والمعجل شرط تحديده في العقد وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري.

وبصفة عامة كيفما كانت صورة المهر المسمى من الصحة أو الفساد ومن التعجيل أو التأجيل، فإنه يخضع بصفته مالا لمناقشة طرفي العلاقة الزوجية، أو من يمثلهما كما لو كان ثمنا أو مقابلا عوضيا في المعاولات، ومن ثم يعزى ارتفاع المهر في غالب الأحيان إلى الاعتبار الاقتصادية من أثمان السلع والخدمات المرتبطة بالمظهر الاجتماعي للزواج ذي الطقوس الخاصة.

2- مهر المثل

مهر المثل هو مهر المرأة قياسا على مهر مثيلاتها من نساء المجتمع، مع مراعاة كل ما يمكن أن يدخل في اعتبار المماثلة من صغر سن وجمال ووضعية اجتماعية وثقافية وغيرها...

(1) الزواج المتضمن لهذا الشرط يسمى زواج الشغار، ولم ينص عليه القانون الجزائري أصلا: وقد أورد المذهب المالكي ثلاثة أوجه للشغار في مدونة مالك ج4، ص 154 وهي:

أ - صريح الشغار: وهو جعل المرأة مقابلا للآخرى " كما ورد أعلاه " فيفسخ قبل الدخول وبعده.
ب- وجه الشغار: وهو الحالة التي يتم فيها زواج تبادلي على أن يكون صداق إحدى الزوجتين أكبر من صداق الأخرى ومثل هذا الشرط مفسد للعقد من حيث المهر يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل.
ج- الشغار المركب: وفي هذه الحالة يتم تسمية المهر لإحدى الزوجتين دون الأخرى فيجوز نكاح المسمى لها بمهر المثل ويفسخ نكاح الأخرى وقع الدخول أم لا.

- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مختصر صحيح مسلم، تحقيق ناصر الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، 1987، ص210.

(2) مدونة مالك، رواية سحنون عن ابن القاسم، ج4، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص153.

(3) يرى المالكية دفع بعض المهر عند الدخول انظر:

- ابن رشد - مرجع سابق، ج 2، ص 24.

إلا أنه في قانون الأسرة الجزائري يجوز تأجيل المهر، ويفهم من هذا الجواز عدم العمل بدفع شيء من الصداق عند الدخول (المادة 15) خصوصا، أن للزوجة الرضا ببقاء الحال من المهر دينا في ذمة الزوج إذا رضيت بأن يقع الدخول دون قبضها له فيجوز من باب أولى الاتفاق على تأجيل كل المهر دون قبض أي شيء منه، وما يدعم هذا القول أن زواج التفويض يتم فيه ترك تحديد المهر إلى زمن يلي العقد أو الدخول، وهذا يفهم منه أن دفع شيء من المهر عند الدخول هو على سبيل الندب لا الوجوب.

وصفة المماثلة مما يصعب ضبطها تحت تعريف معين لخضوعها للتطور في الزمان والمكان واختلافها في أعراف الناس⁽¹⁾، فالمالكية يقولون أنه يكون الاعتبار بمهر امرأة تماثلها حسنا وجمالا وعقلا، ومالا وبلدا، من غير النظر إلى أقارب الأب أو الأرحام⁽²⁾. رغم أنها معيار له أهميته في تحديد المهر الواجب بعد أن يتعذر العمل بالمهر المسمى، أو عند عدم وجوده إذا لم يتعرض له في العقد⁽³⁾، أو ترك تحديده لأحد الزوجين أو الغير، ولم يحصل رضاء أحدهما بما حدد بناء على التفويض. وتعذر العمل بالمهر المسمى في العقد مردّه إلى خلل في هذا العقد، من حيث تخلف ركن من أركانه، وإذا اعتري الخلل ركن المهر كان ذلك سببا في فساد النكاح، فيفسخ إن أطلع عليه قبل الدخول ولا صديق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل، وفقا لنص الفقرة 2 من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

وبهذا يكون لمهر المثل الدور الفعّال في تصحيح النكاح الفاسد لصدّاقه، لأنه يعوض غياب المهر المسمى الذي لحقه الفساد.

ورغم ما يبدو من ضعف للدور الذي يمكن أن يلعبه مهر المثل في زواج التفويض، إذ يقتصر هذا الدور على الفترة السابقة لإبرام وتسجيل العقد، غير أنه لا يمكن إهمال أهميته في حالة الزواج العرفي، الذي يقترن بتفويض بتحديد المهر مع عدم كتابة عقد الزواج، وعليه يراعى مهر المثل كأساس للمهر المفروض قبل الدخول وبعده، وقد احتاطت المادة 15 من الأمر 05-02 لهذا الأمر بعد تداركه. فقبل الدخول إذا لم ترض المرأة بالمهر المفروض لها، ألزمت بقبوله إذا كان يساوي مهر المثل أو يُزاد عليه حتى يصل إليه إن كان أقل منه، أو يطلقها الزوج ولا شيء عليه. أما إذا كان عدم الرضى بالمفروض من الزوج، فله الخيار بين أن يطلق المرأة ولا شيء عليه أو يبذل لها المفروض أو مهر المثل.

أما بعد الدخول إذا لم يرض أحد الزوجين بالمفروض، أو لم يتم فرض المهر، فالمرأة تستحق مهر المثل، وهو ملزم لها ولزوجها ووليها إن كانت غير راشدة⁽⁴⁾.

3- المهر في زواج التفويض

عند إبرام عقد الزواج قد يتم السكوت عن التعرض للمهر، أو يتم الاتفاق على أن تحديده أسند إلى أحد الزوجين، أو أحد من الغير، وفي جميع الأحوال الواردة هنا يسمى هذا الزواج بزواج التفويض.

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والفضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 286-287..

(2) محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، شرح لمحمد زيد الألباني، تحقيق محمد سراج وعلي جمعة، ط2، دار السلام، مصر، 2009، ص 201-202.

(3) المادة 15 من قانون الأسرة.

(4) محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت 1974، ص 227.

فتحديد المهر في زواج التفويض، قد يتم قبل عقد الزواج أو بعده. وفي قانون الأسرة الجزائري لم يرد أي نص على التفويض، وتنص الفقرة الأولى من المادة 15 على أنه "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً"، وبذا يكون عدم تحديد المهر مقتصرًا على المدة التي تسبق تسجيل العقد لا بعده، لأن التسجيل يستوجب التنصيص على مبلغ الصداق المعجل والمؤجل، أي تعيين الصداق الذي حدد بتفويض، لينتهي بذلك مفعول التفويض بمجرد تسجيل العقد، وغالبًا ما يكون التفويض لأهل الزوج إذا كانوا محل تقدير من أهل الزوجة.

وفي التفويض يلعب مهر المثل دورا هاما، إذا لم يتم فرض المهر عند إبرام العقد وفقا لنص الفقرة 2 من المادة 15⁽¹⁾، غير أن أهمية هذا الدور تقل في ظل أحكام قانون الأسرة الحالي كما تقدم، ما دام يتطلب التنصيص كتابة على مبلغ المهر بمعجله ومؤجله عند إبرام العقد، كما ورد في نص المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، لذلك نكاد نجزم بعدم وجود دور لمهر المثل في نكاح التفويض في ظل قانون الأسرة الجزائري، مادام التفويض ينحصر في المدة السابقة لإبرام العقد⁽²⁾. الذي يتم وجوبا أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا وفقا لنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري.

4- أقل المهر.

لم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى ما يمكن اعتباره أقل المهور، ولا إلى الحالات التي تستحق الزوجة فيها ذلك، غير أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية".

يمكن الاستعاضة عن المهر المسمى في العقد بأقل المهر عرفا في حالة العيب المصحوب بالتغريير من قبل المرأة إن حصل العلم به بعد الدخول، غير أن يسر الاتصال بين الناس وعدم رغبتهم في الانغلاق على أنفسهم، يجعل من غير السهل تكوّن العرف بصدد أقل المهر، ولأن المهر كحق مالي للمرأة أصبح في وقتنا الحاضر وسيلة من الوسائل التي يعتمد عليها بيت الزوجية في تجهيزه، أما معرفة الواقع الاجتماعي لظاهرة المهور المنخفضة، فلا توجد إلا في بعض المناطق القليلة من الوطن، ويلاحظ أنها تتجه نحو الاندثار، وقد يرجع انخفاض المهر في بعض الأحيان إلى أسباب لصيقة بأطراف العلاقة الزوجية مثل رغبتهم في الزواج بصداق قليل، أو تأثر تقدير مبلغه بعوامل اجتماعية كون المرأة مطلقة أو ذات أولاد، أو كبيرة في السن، أو غير ذات مال... لذلك إذا كان ارتفاع المهر وانخفاضه يخضع

(1) المادة 15 قانون الأسرة.

(2) ومع ذلك يمكن القول أن مهر المثل يمكن أن يلعب دوره القديم في نكاح التفويض إذا لم يكتب عقد الزواج، في ظل الاستثناء الوارد على الزواج العرفي، ورغم ذلك الاستثناء لا يتصور في ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية الحالية السكوت عن المهر إلى ما بعد الدخول دون قبض ولو جزء منه.

لعوامل اقتصادية واجتماعية فليس إلى الحد الذي يصبح فيه في حده الأقل عرفاً، إلا إذا استمر العمل به زمناً كافياً لترسيخه في أذهان الناس كقاعدة يجب الالتزام بها.

البند الثاني: أهمية المهر والقيود الواردة على ملكيتها له.

يشكل المهر زيادة مادية لملكية المرأة إن لم يكن أول عنصر فيها في كثير من الأحيان، قد يمكنها من تكوين رأسمال تستطيع استثماره ليصبح فيما بعد مورداً مالياً يغطي حاجاتها المادية⁽¹⁾. غير أن ملكية المرأة للمهر تخضع لقيود مختلفة، قد ترجع إلى أسرتها أو زوجها أو للنظام القانوني ذاته. أولاً: أهمية المهر.

ثانياً: القيود الواردة على ملكية المرأة له.

أولاً- أهمية المهر

قد يكون للمهر دور مالي مهم في حياة المرأة، مما يجعل بعض الأسر تتفطن لاستغلال جزء منه في ما يمكن أن ينمي حجمه مع الإبقاء على أصله. وعليه فالمهر في دوريه الادخاري والاستثماري، هام بالنسبة للمرأة من الناحية المالية، إذ يمكنها في شكله المعجل من ادخار جزء منه أو استثماره، أو الاقتصار على الإبقاء عليه كدين في ذمة الزوج بجعله مؤجلاً.

وهذه الإجراءات تحقق من حيث ظاهرها احتياطاً مالياً لصالح المرأة، الغرض منه تأمينها ضد مخاطر الحياة الزوجية، خصوصاً إذا لم تكن ميسورة الحال ولا عاملة بأجر⁽²⁾، والمهر بهذا الشكل يحقق أهمية مالية بالنسبة لها، لا تقتصر على فترة انحلال الزواج، بل تبدأ قبل ذلك عند بداية الزواج بما يقدمه من إمكانية اقتناء الجهاز... على أن الأهمية المالية ليست هي نفسها لدى كافة النساء، لا سيما وأن الميسورات أو العاملات منهن بأجر، لا يكتسي المهر لديهن نفس الأهمية، كما هو الحال لدى الفقيرات، أما ما يلاحظ من ارتفاع مهورهن⁽³⁾ رغم عدم احتياجهن، فيعزى إلى الاعتقاد السائد بأن المهر خصوصاً في شكله المؤجل، يمثل عبئاً مادياً يثقل كاهل الزوج ويشل إرادته في توقيع الطلاق.

وهكذا يمثل المهر أهمية مالية ذات أهداف مختلفة حسب الانتماء الاجتماعي والاقتصادي للمرأة، فهو تأمين ضد الحاجة عند الزواج أو الطلاق إذا كانت فقيرة وغير عاملة بأجر، ويمثل ضماناً ضد

(1) عز الدين التميمي، حقوق المرأة ومكانتها في الإسلام، مجلة الزهراء، المجلد 2، العدد 8، يوليو 1995، منشورات جامعة آل البيت، عمان، الأردن. ص 39.

(2) بو علي ياسين، مطبات في مسيرة المرأة العربية على طريق التحرر والمساواة، مجلة الوحدة الصادرة عن المجلس القومي للثقافة العربية، باريس، السنة الأولى، عدد 9، يونيو 1985، ص 49.

(3) كان من المعقول أن تقل مهور النساء العاملات والميسورات، وترتفع مهور الفقيرات نظراً لحاجتهن، إلا أن هناك ظروف اجتماعية واقتصادية تتدخل وتجعل ذلك مستبعداً، فتصبح مهور الموظفات والميسورات هي المرتفعة. - أنظر: بو علي ياسين، نفس المرجع السابق، ص 49.

تعسف الزوج في توقيع الطلاق⁽¹⁾، بالنسبة للمرأة الميسورة أو العاملة بأجر... غير أن هذا التصور الاجتماعي للمهر من حيث أهمية الأدوار التي يمكنه لعبها في حياة المرأة، وإن كان ينطبق في بعض الحالات، لا نعتقد بصحته وانطباقه على جميع حالات الزواج.

وأمامنا واقع اجتماعي مناقض له، خصوصا ما تعلق منه بتأمين المرأة ضد الطلاق، فالأدوار المناطة بالمهر من حيث قيامه بتأمين المرأة ضد الحاجة وضد الطلاق قد لا تتحقق في جميع الحالات، وسنرى أن الزوج قد يستولي على المهر سواء كان مدخرا أو مستثمرا. ويستعمله في حالة شرائه أثاثا، وهذا في غير صالح المرأة.

وهناك بعض الأزواج وحتى يتم لهم إدخاله في ذممهم المالية، سواء في شكله المدخر كالمؤجل أو المستثمر، يلجؤون إلى كافة الطرق، ويكون آخرها التضيق على النساء في حياتهن معهم لكي تتبرّمن وتضيق ذرعا بهن فتسارعن إلى طلب التطلق مقابل تنازلهن عن المهر⁽²⁾.

هكذا نخلص إلى أن الأهمية المالية للمهر بالنسبة للمرأة تتأثر بعدة مسائل، فكون المهر يصرف في جهاز تتآكل قيمته بالاهتلاك المادي بمرور الزمن، وكون المهر المدخر أو المستثمر عرضة لسيطرة الزوج عليه برضى المرأة أو بدونه، وذلك عن طريق الطلاق بالتراضي الذي لا يخرج عن كونه طلاقا خلعيا مقنعا⁽³⁾. تلك هي المؤشرات التي تدفعنا إلى القول بعدم ثبات الأهمية التي يمثلها المهر بالنسبة للمرأة، وبالتالي قلة أهميته في تحقيق حمايتها، لأن استفادتها المالية منه تبقى عرضة دائما لمناورات الزوج، في حين أنه من الممكن أن تظهر أهميته أكثر، كأداة اجتماعية فعالة لتأمينها ضد مخاطر الحياة المحتملة، إذا أمكن تفادي كل العراقيل التي تقف حائلا دون تملكها له واستفادتها الكاملة منه.

بقي أن نتساءل عن أهمية المهر في تحديد مركز المرأة ببيت الزوجية، وبعبارة أخرى مدى إمكانية مساهمته في دعم وتمتين العلاقة الزوجية؟ إن العلاقة الزوجية تقوم أساسا على اعتبارات هي أعمق بكثير مما يمكن أن ينتج عن تأجيل دفع المهر للزوجة، والقاعدة العامة أنه إذا ساءت العلاقة بين الزوجين إلى الحد الذي يصبح فيه لا يتحمل أحدهما العيش مع الآخر، فليس للمهر مهما غلا الحفاظ عليها من الانفصام، غير أنه وباستثناء الحالة التي يصرف فيها في شراء الجهاز الذي تتناقص قيمته باستمرار وحالة المهر المعجل، يمكن أن يكون المهر المؤجل بالنسبة للزوج المعسر العاجز عن دفعه،

(1) أحسن زقور، شبهات حول الصداق في قانون الأسرة الجزائري وعند الفقهاء، مجلة الحضارة الإسلامية، تصدرها كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، العدد 10، أبريل 2004، ص 56-79.

(2) جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الأحوال الشخصية التي تنتازل فيها الزوجة عن جميع حقوقها هي أحكام بالطلاق بالتراضي والذي هو في حقيقته خلع مقنع أنظر:

- كال مسعودة، مشكلات الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري 1986، ص 49.

(3) نفس المرجع السابق، ص 46.

في حالة جنوحه إلى الطلاق زاجرا ومانعا له من التفكير فيه لعدم قدرته على دفعه إضافة إلى ما قد يترتب على إقدامه على الطلاق من أعباء مالية أخرى.

ثانيا- القيود الواردة على ملكيتها له.

عرّف قانون الأسرة الجزائري في مادته 14 المهر أو الصداق على أنه ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه بكل حرية دون قصد أو شرط⁽¹⁾، وبذلك تبدأ ملكية المرأة للمهر وبالتالي حق تصرفها فيه وفقا لنص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري منذ إبرام عقد الزواج⁽²⁾ غير أن هذه الملكية تخضع لقيود شتى قد ترجع إلى أسرتها أو زوجها أو إلى الأعراف السارية المفعول في المجتمع.

1- علاقة الأسرة والزواج بالمهر كحق مالي للزوجة.

يقصد بالأسرة في هذا المضمار كل من له علاقة الولاية على المرأة في الزواج من أقاربها، ويمكننا هنا التساؤل عن مدى أثر أحكام المادة 11 من قانون الأسرة عن تأثيرات الأسرة على زواج المرأة عموما وعن مدى امتلاكها لمهرها على الخصوص. فإذا كانت المادة 11 قبل التعديل قد نصت على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها..."، فإن المادة 11 بعد التعديل تنص على أنه: "تُعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أي شخص آخر تختاره... يتولى زواج القصر أولياؤهم..."، فمن خلال مقارنة النصين يتبين أن المرأة الراشدة بعد تعديل قانون الأسرة قد انتقل أمر عقد زواجها من وليها إليها وحدها سواء تم ذلك بحضور وليها إن شئت أو بحضور غيره ممن تختاره من الأشخاص، ولم يعد حضور الولي في عقد زواجها ركنا من أركانها. ويتبين ذلك أيضا من مقارنة المادة 33 قبل تعديلها التي تنص على أنه: "إذا تم الزواج بدون ولي ولا شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول..." بالمادة 33 من الأمر 02/05 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة الوجوب..." وحالة الوجوب هنا يقصد بها ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 11 من الأمر 02/05 التي تنص على أنه "يتولى زواج القصر أولياؤهم...".

وإضافة إلى ما تقدم، ففيما تنص المادة 13 قبل تعديلها على أنه: "لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج..." ويقصد بمن في ولايته هنا القاصرة والراشدة معا، جاء نص المادة 13 من الأمر 02/05 معدلا له كالتالي: "لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي

(1) عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 147.

(2) عز الدين التميمي، مرجع سابق، ص 40.

- لإبرام عقد الزواج أثريين على ملكية المرأة للمهر، فهو من ناحية له أثر نسبي منشئ لملكيتها لنصفه ومن ناحية أخرى له أثر معلن لحقها في النصف الآخر منه، الذي يظل استحقاقها له معلقا بواقعة الدخول أو الوفاة.

هي في ولايته على الزواج..." وبما أن المادة 11 من الأمر 02/05 نصت على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها أو أي شخص آخر تختاره، وبذلك يصير الولي بمثابة الشاهد الرئيسي وليس له أية سلطة بل يمكن اعتباره على قدر المساواة مع الشاهدين الآخرين⁽¹⁾ فلم تعد هناك أي حاجة للنص على أنه يمنع على وليها إجبارها على الزواج لأنها تعقده بنفسها، بينما تبقى الحاجة إلى ذلك بالنسبة إلى القاصرة، وذلك ما ورد في المادة 13 من الأمر 02/05 السالفة الذكر.

أما ورود الولي في نص المادة 9 من الأمر 02/05 كشرط من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج فلأن المادة 9 السالفة الذكر تشمل كلا من القاصرة والراشدة معا.

ويبقى التساؤل المثير للاهتمام هو، هل هذا التعديل يعطي للمرأة حق تحديد مهرها بنفسها وامتلاكه، أم أن النصوص القانونية تبقى مجرد حبر على ورق في مواجهة الأعراف الاجتماعية السارية المفعول، التي ترسخت عبر الزمن؟، إذ يستمر التأثير المباشر للأسرة على زواج المرأة عموما، وعلى مهرها بالخصوص، مما يُّبقى ملكيتها لهذا الأخير محل تساؤل. ويبقى حضور الولي في عقد زواج القاصرة شرطا أساسيا وركنا من أركان العقد، وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 11 من الأمر 02/05 وله دوره في تحديد مهرها بالطبع.

وفي الواقع الاجتماعي المعيش، ونظرا للسلطة المعنوية التي يتمتع بها الأب كولي لا تحصل في الغالب معارضة المرأة الراشدة للزواج بأقل من مهر مثلها إن وافق وليها، رغم أن المادة 11 تعطيها الحق في عقد زواجها بحضور وليها أو غيره ممن تختاره. إن تزويج المرأة بأقل من صداق مثيلاتها واقع اجتماعي واقتصادي، وكيفما كان الحال ففيه مصلحة ما لأسرتها.

وليس تدخل أسرتها في مهرها بتزويجها بأقل من مهر المثل أو بما يساويه هو كل التدخل، إنما يمتد تدخلها ليُطال أوجه إنفاقه، وكان من مقتضى ملكية المرأة له أن تقبل القليل أو الكثير منه، وبالتالي تصرفه أو تتنازل عنه للزوج دون تدخل من أسرتها إلا أن الواقع مخالف لهذا المقتضى.

فعادة يتم دفع المهر النقدي مع مساعدة عينية، تشمل مواد غذائية مثل القمح، الدقيق، الزيت، السكر والذبائح... وهذه التقديمات العينية لا تعد جزءا من المهر المقدم من الزوج لأسرة المرأة، وإن كانت تتم بمناسبة، لأنها مساعدة على إقامة حفل زفافها⁽²⁾، واستفادة أسرتها من هذه التقديمات يقترن أيضا بصرف جزء من المهر في شراء ملابس لأفرادها، وهذه الظاهرة تعرفها الأسر في البوادي والمدن، لأنها تجد في ذلك متنفسا من بعض المشاكل التي يفرضها فقرها.

(1) Malika Boulouar – l'évolution du droit algérien de la famille (après la réforme du 27 février 2005) Milano. Giuffrè- familia Anno VI Fasc1-2006، p116.

(2) عبد السلام الترماني، مرجع سبق ذكره، ص 102.

كما أن الأسرة تستفيد أيضا من المهر معنويا، من خلال الظهور بمظهر اجتماعي مقبول، وذلك بصرف جزء منه في التجهيز إن لم يكن أكثره.

وهذا التحكم من قبل الأسرة من جهة إنفاق المهر هو قيد فعلي على ملكية المرأة له، لا يقف عند حد معين، خصوصا إذا كانت من الطبقات الفقيرة أو المتوسطة، لأنه قد يؤدي أحيانا إلى إلغاء الزواج أصلا والضرب عنه صفحا إلى حين، نظرا لأن المهر المقدم من طرف الزوج في نظرها غير كاف لتغطية مصاريف الكثير من الحاجات التي يفرضها الزفاف والتجهيز،...، وقد تعتمد الأسر إلى تجميد بعض المهر وادّخاره في شكل حليّ ذهبية، لصالح المرأة مع عملها على الاحتفاظ به بكل الطرق الممكنة، بدعوى إبعاده عن تسلط الزوج. وعلاقة الأسرة بالمهر في إطارها العام، تمتد إلى فترة انحلال الزواج بطلاق قبل البناء إذ قد يستولي الأب على نصف المهر المستحق للمرأة، أو المؤخر منه في الطلاق بعد الدخول، بالإضافة إلى حقوق الطلاق الأخرى، وقد تكون الأسرة هي المتسببة في الطلاق، بما يولده تدخلها في المهر من اضطراب تتعرض له العلاقة الزوجية، لذلك نرى في تنازل الأب عند الطلاق الخُلعي، نيابة عن ابنته الغير الراشدة عن نصف المهر قبل الدخول، وعن المؤخر بعده تدعيما لذلك الاضطراب.

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول أن أسرة المرأة الممتلئة في الأب، تقيد ملكية المرأة للمهر، وتنسف بالتالي بتدخلها المباشر فيه، جزءا هاما من علاقة المرأة بملكيتها بمهرها، مما يظهرها في صفة المالكة الصورية له، ولا شيء أكثر من ذلك.

أما علاقة الزوج بالمهر كحق مالي للزوجة فإن الزوج لا يقدم على دفع المهر إلا بعد مناقشة مقداره، وقد ينتظر أن يعود عليه ما دفعه مضاعفا في شكل مفروشات وأثاث، ورغم أن قانون الأسرة جعل المهر ملكا للمرأة، لها حرية التصرف فيه، وليس لزوجها مطالبتها بشيء مقابله وفقا لنص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري.

فإن هذا الاتجاه القانوني ليس هو ما يعبر عنه الواقع الاجتماعي، لأن رغبة الزوج في أن تأتي زوجته بجهاز، هو ما يدفع أسرتها إلى المغالاة في تجهيزها لكي تظهر أمامه وأمام أسرته بمظهر اجتماعي لائق... والزوج قد يعتمد عند تحديد المهر إلى اشتراط قيام المرأة بتأثيث بيت الزوجية، بغض النظر عن مبلغ المهر الذي سيدفعه، وكأنه يرغب في مشاركتها له في تحمل بعض الأعباء التي تفرضها الحياة الزوجية، بل أنه قد يطلب نوعا معينا من الجهاز بناء على مشورة أسرته خصوصا إذا كان المهر مرتفعا.

بصفة عامة يعد الجهاز ملكا للمرأة، إلا أن ملكيتها له تظل مثقلة بقيود أثناء استمرار الحياة الزوجية، وكلها قيود تدعم علاقة وطيدة للزوج بالمهر، الذي يُقتنى منه الجهاز أصلا، فالزوج في بيت الزوجية يستفيد من مهر المرأة الذي يُحوّل إلى جهاز، وهذه الاستفادة ترسخها العادات ما دامت الحياة الزوجية قائمة إذ جرت على أن للزوج حق التمتع بجهاز زوجته ما لم تتحل رابطة زواجهما.

وإن كان من مقتضيات ملكية المرأة للمهر حسب نص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري، ولو بعد تحوله إلى جهاز، أن يكون لها حق التصرف فيه، فإنها تُمنع من ذلك، ولا يظهر حقها في التصرف فيه، إلا بعد الطلاق أو وفاة الزوج⁽¹⁾، الشيء الذي يدفع بها عادة عند خلافها مع الزوج إلى تدعيم طلب النفقة بطلب الجهاز أيضا.

وقد يتمتع الزوج بجهاز زوجته يدعمه في ذلك القضاء، إلى حد عدم إلزامه بتعويضها عما يكون قد أصاب ذلك الجهاز من تلف بسبب الاستعمال، خاصة وأن الجهاز في العرف الاجتماعي لا يقتصر على المفروش والأثاث بل يشمل أيضا ما قد يكون خصص للادخار أو الاستثمار⁽²⁾.
إن الزوج بما له من سلطة معنوية على الزوجة قد يعتمد إلى التصرف في كل ذلك لأجل توسيع تجارته أو تطوير زراعته أو تيسير أمور معيشته...

والزوجة في كل تلك الأحوال تبذل كل ما بوسعها، على أمل تعويضها من قبل الزوج. وقد يكون لها مهر مؤجل، فلا يسدده عند أجله، ولا تطالب هي به مخافة تأثير ذلك على علاقتها الزوجية فتفضل السكوت إلا في حالة الطلاق أو وفاة الزوج.

ومما سبق يمكن القول، أن علاقة الزوج بالمهر وطيدة، إلى حد يعطيه إمكانية فرض أكثر من قيد عليه. فبعد أن يساوم على مبلغه، يستفيد منه عبر مراحل الحياة الزوجية بكافة الطرق، استنادا إلى السلطة المعنوية وما جرت العادة عليه، مما يجعل الملكية الفعلية للمهر من طرف المرأة محل تساؤل.
فإذا كان بالإمكان أن يصبح المهر أداة فعالة، لإضفاء نوع من الغنى على ذمتها المالية، كما مر معنا، إذا أحسن استغلاله من قبلها في أوجه الادخار والاستثمار النافعة على المدى الطويل، فإن ما يفرض من قيود على ملكيتها له، تبعا للوضع الاجتماعي الذي يخضع له، غداة انتقالها إلى بيت الزوجية، من حيث اصطحابها للجهاز، يعطل هذا الدور ويصبح تحكم الأسرة أو الزوج في أوجه إنفاق المهر

(1) هذا رغم أن المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن المهر "...ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" غير أن القيود الواردة من قبل الزوج على جهاز زوجته أثناء الحياة الزوجية مستمدة من عادات تستند هي ذاتها إلى آراء الفقهاء المالكية الذين اختلفوا حول المدة التي يزول بعدها حق الزوج في استعمال جهاز زوجته ويصبح بإمكانها التصرف فيه.
- المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، ج2، المطبعة الحبرية بفاس، 1319هـ، ص 98.
- الواقع أن المرأة لا ترغب في التصرف في جهازها خلال الحياة الزوجية إلا بعد أن تشعر ببداية انقطاع حبل المودة بينها وبين زوجها.

(2) المقصود بالادخار الاستثمار في التجارة أو العقار أو المنقول ذو القيمة ففي البوادي في شراء الأغنام والأبقار... هذه العناصر كلها تنتمي رأس المال الذي يصرف فيها. أما مكونات الجهاز من مفروشات وأثاث.. فلا تصلح لأن تكون ادخارا حقيقيا لا هلاكه وتناقص قيمته مع الزمن.

تحكما عرفيا اجتماعيا، يضعف إلى حد بعيد استفادة المرأة منه، لأن تحولها إلى جهاز أو غيره من الأشياء التي تهلك أو تنخفض قيمتها بمرور الزمن، لا ينقل لها، وهو على هذا الشكل، إلا قيمة مادية غير ثابتة حتى في أصلها، كما هو الحال بالنسبة للمهر المؤجل، وعليه يصبح تدخل الزوج وأسرته المرأة حسب ما مر معنا إضعافا لحقها في ملكية المهر، بصورة لا تتطابق والواقع القانوني الذي يجعلها مالكة له وذات حرية في التصرف فيه دون حق في التدخل لأي كان، ولا مع الواقع الشرعي المنصوص عليه بصريح الآية: " وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا "(1).

2- آثار ملكية المرأة للمهر.

إن ملكية المرأة للمهر، تبدأ بالعقد وتكتمل بالدخول أو بوفاة الزوج، فبالعقد تستحق المرأة نصف المهر المسمى، بدليل أنها إذا طلقت قبل الدخول تلزم برد نصفه إذا كانت قد تسلمته كاملا، أو يحكم لها بنصفه إذا لم تكن قد تسلمته، وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فإن ملكية المرأة وحققها في التصرف في المهر قبل الدخول، كقاعدة عامة، لا ينصبان إلا على نصفه فقط، أما تصرفها فيه كاملا فيثير مسؤوليتها بضمان نصفه إذا انحل الزواج قبل الدخول.

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري، لآثار ملكية المرأة للمهر قبل الدخول، لكنه يحيل على الشريعة الإسلامية بنص المادة 222(2) منه، وبالرجوع إلى المذهب المالكي نجد أن ملكية المرأة الكلية للمهر مقيدة بالدخول، أما قبله، فتصرفها فيه تختلف آثاره حسب ما إذا تم صرفه في شراء جهازها أو منافعها الخاصة، مثل هبته أو قضاء دين كان عليها.

فبالنسبة لصرفها له في جهازها، أو بصفة عامة في كل ما يدل العرف على ارتباطه بالاستعداد الخاص بها للزفاف، لم تلزم إلا برد نصف الجهاز للزوج، على حالته التي أشتري بها عند الطلاق قبل الدخول(3) أما إذا صرفته فيما لا يرتبط باستعدادها للزفاف، مثل قضاء دين عليها، لزمها رد نصف ما قبضته(4) وكأن مثار مسؤوليتها، يكمن في التفرقة بين صرف المهر في مصالحها الخاصة، أو في شراء الجهاز الذي تتحقق به منفعة الزوج، أي كلما انتفت علاقة السببية بين صرف المهر، وبين بيت الزوجية، كلما ثارت مسؤولية المرأة في الضمان لنصف المهر عينا.

(1) سورة النساء، الآية 20.

(2) قرار المحكمة العليا، رقم 123051 بتاريخ 1975/7/25، المجلة القضائية 96، العدد 1، ص 113.

(3) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، دار الحديث، القاهرة، 1425-2004، ص 50..

(4) حاشية شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج 2، المكتبة التجارية الكبرى- مصر 1936-1355، ص 322.

وإذا تجاوزنا آثار صرف المرأة للمهر، في الجهاز أو في مصالحها الشخصية الخاصة، إلى الآثار التي يمكن أن تنتج عن الزيادة التي تطرأ على أصل المهر، دون التدخل من الزوج أو غيره، كون المرأة شريكة مع الزوج بنصف الزيادة التي تطرأ عليه، وتحمل بالشراكة معه أيضا كل نقص أو تلف يحصل فيه، سواء تم قبضها له أم لا، تبعا لقاعدة الغنم بالغرم، وهذه الأحكام تطبق طبعاً عند الطلاق قبل الدخول⁽¹⁾.

أما عند الزيادة على المهر بتدخل من الزوج، فالمرأة تستحق نصفها مع نصف المهر المسمى عند الطلاق قبل الدخول، وإذا مات الزوج أو أفلس ولم تقبض تلك الزيادة فليس لها إلا المهر المسمى⁽²⁾. فاستحقاقها للزيادة عند وفاة أو إفلاس الزوج مرهون بقبضها لها قبل حصول الوفاة أو الإفلاس.

الفرع الثاني: النفقة.

بعد أن تناولنا بالمبحث المهر كأول حق مالي للمرأة يقع عبئه على الزوج، وبه تبدأ مسؤولياته المالية الزوجية⁽³⁾، نحاول في هذا المبحث التطرق إلى الحق الثاني من حقوقها المالية، وهو حق النفقة⁽⁴⁾. نتناول واقع النفقة كحق مالي من حيث المنظورين، الاجتماعي، والاقتصادي، ومدى تطابقهما مع كل من الواقع القانوني الناظم لهذا الحق، والواقع القضائي المترجم له، ومن خلال هذه المقاربة نتبين مدى التطابق الحاصل من عدمه، وعليه سنعمد إلى تقسيم هذا الفرع إلى:

البند الأول: الجانب الاجتماعي والاقتصادي للنفقة.

البند الثاني: سلبات حق النفقة.

البند الأول: الجانب الاجتماعي والاقتصادي للنفقة.

أولاً- الجانب الاجتماعي

نتناول الجانب الاجتماعي للنفقة من زاويتين، الزاوية الأولى نتطرق من خلالها إلى الأساس الاجتماعي الذي تبرز به النفقة كحق مالي للزوجة، ومن خلال الزاوية الثانية نتناول المضمون الاجتماعي لهذا الحق.

1- الأساس الاجتماعي للنفقة.

2- المضمون الاجتماعي للنفقة.

(1) مدونة مالك، ج4، مرجع سابق، ص 226.

-الرددير الشرح الكبير، ج2 ص 294 و 295.

(2) أبو الحسن علي، بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، المطبعة البهية مصر 1317هـ، ص 266.

(3) عبد الحكيم محسن عطروش، مرجع سبق ذكره، ص 73 وما بعدها.

(4) بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1994، ص 162 و 169 وما بعدها.

- عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دار البعث قسنطينة ط 2 سنة 1989 ص 222 وما بعدها.

1- الأساس الاجتماعي للنفقة.

وفي هذا يمكننا التساؤل، إلى أي أساس يستند أحد الزوجين عند تفسيره لحق النفقة. إن النصوص القانونية إما أن تكون تعبيراً عن واقع اجتماعي معين، أو إصلاحاً لهذا الواقع. إذ لا يمكن أن يصدر أي نص قانوني عن الجماعة، الممثلة في السلطة التشريعية، إلا إذا كان تعبيراً عن إرادتها، أو مترجماً لنظامها الاجتماعي العام. ومن هذا المنظور نتناول بالدراسة الأساس الاجتماعي للنفقة بالاستناد إلى نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري. ونتساءل عن مدى ترجمة الواقع القانوني والقضائي، للأساس الاجتماعي للنفقة، ومدى استحقاق الزوجة لها، هل يعتمد الزواج الصحيح الثابت بعقد، وحده، أم الزواج الصحيح مع وقوع الدخول، أم قبل الدخول أم بعده، على أي أساس تبنى النفقة؟

من خلال نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، يتبين أن نفقة الزوجة مبدئياً واجبة على زوجها سواء كان غنياً موسراً أو فقيراً معسراً، ومن حق الزوجة أن تطالبه بها في كل وقت، ما دامت في عصمته شرعاً وما دام عقد الزواج قائماً ولم يصدر حكم قضائي بانحلاله⁽¹⁾.

ومن هنا ينبغي أن أساس استحقاق الزوجة للنفقة، يرتكز أصلاً على وجود علاقة زوجية بينها وبين الزوج، وتنشأ هذه العلاقة بمجرد إبرام عقد زواج صحيح، غير أن إبرام هذا العقد ليس هو الفيصل في إلزام الزوج بالإنفاق على زوجته، بل لا بد أن يُتبع العقد بإجراء مادي آخر وفقاً لنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، ويتمثل هذا الإجراء بدخول الزوج بزوجه، أو أن تقوم بدعوته إلى ذلك ببينة، فإن توفّر عقد الزواج الصحيح لوحده بين الزوجين غير كاف لاستحقاق الزوجة النفقة بل يجب أن يقرن أو يتبع ذلك بدخول الزوج بها أو بما يقوم مقامه من دعوة إليه أو خلوة بها⁽²⁾، فإذا تم ذلك صار للزوجة على زوجها حق الإنفاق، سواء كانت تقيم بمنزل الزوجية، أو تركته إلى بيت أهلها، وتوقف الزوج عن الإنفاق يعطيها الحق في رفع دعوى ضده تطلب فيها الحكم عليه بالإنفاق، فإذا حكمت لها المحكمة بالنفقة⁽³⁾ وامتنع الزوج ولمدة تتجاوز الشهرين عن تنفيذ الحكم بالإنفاق، كان لها عندئذ إبلاغ وكيل الدولة بنسخة عن الحكم ليتابعه بجريمة الامتناع عن تقديم نفقة مقررة قضاءً وفقاً لنص المادة 331 من قانون العقوبات⁽⁴⁾.

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 223.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 171-172.

(3) إذا قصر الزوج في الإنفاق ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي وحكم لها بالنفقة سميت هذه الأخيرة بنفقة تمليك، انظر: .

- عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 175.

(4) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 223.

غير أن ما جرت العادة عليه في المجتمع، من أن الزوج بعد إبرام عقد الزواج العرفي أو الرسمي وقبل دخوله بزواجه، يتكفل بالعديد من حاجياتها، كالكسوة وغيرها في المناسبات، والتطبيب عند حاجتها لذلك... وذلك كله خارج الإطار القانوني لعقد الزواج.

هذا قبل الدخول، ويبقى التساؤل على أي أساس تستحق النفقة بعد الدخول؟ في هذا المضمار، إن كان نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري صريح في كون بداية وجوب نفقة الزوجة على الزوج تكون بدخوله بها، أو بدعوتها إليه ببينة، إلا إذا ثبت نشوزها، وتبقى الحالات التي تعتبر فيها الزوجة ناشزا خاضعة لتقدير القاضي، كون القانون لم يبينها، وإذا كان المشرع قد اعتمد الدخول كأساس لاستحقاق الزوجة النفقة، فما المقصود بالدخول أهو الاستمتاع بها، أم الاحتباس والاستفادة من خدماتها في بيته، أم هما معا؟

لا يمكننا أن نستشف من النصوص القانونية الجواب الشافي لتساؤلنا هذا، فنعمد لذلك إلى إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الذي يحيلنا إلى نصوص الشريعة الإسلامية. وإن الدراسة في أساس استحقاق النفقة الواجبة للزوجة، يعد من المسائل التي أشكل أمرها على الفقهاء، لذلك كان اختلافهم حول مصطلحه، أهو الاستمتاع بالزوجة، أم هو الاحتباس كحق للزوج، أو هو الزوجية، ورغم الاختلاف كاد الفقهاء، غير الظاهرية، أن يجمعوا على كون النفقة مقابل الاستمتاع، وهذا رأي المالكية والشافعية والأحناف، وذلك رغم قولهم في نفس الوقت، أن النفقة مقابل الاحتباس كحق للزوج، إلا أنهم أهملوا في هذا الإطار القول بنفقة الصغيرة التي لا توفر الاستمتاع بناءً على كونها غير صالحة للوطء، كما أن المالكية والشافعية أسقطوا نفقة الناشز⁽¹⁾.

وخلاصة القول حول أساس النفقة الواجبة للزوجة على الزوج، ليس هو عقد الزواج الصحيح منفردا، ولا هو الاستمتاع بها لوحده، ولا هو الاحتباس والاستفادة من خدماتها فقط، وإنما هو كل هذه الأمور مجتمعة⁽²⁾.

(1) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج5،، دار السعادة مصر، ط1، 1324، ص 187.

- الشافعي، الأم، ج5، دار الفكر بيروت، ط2، 1983، ص 95.

أما الظاهرية في شخص ابن حزم فقد أوجبوا النفقة للمرأة في جميع الحالات منذ إبرام العقد دخل الزوج أم لم يدخل كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الوطء أم لا... فمناطق النفقة هو وجود عقد زواج صحيح، انظر:

- ابن حزم، المحلى، ج10، دار الأفاق الجديدة بيروت، دون تاريخ الطبع، ص89.

- عبد الحفيظ أوسوكين، قانون الأسرة والتطورات العلمية، جامعة وهران، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق 2007، ص79.

(2) عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران السانبا، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2004-2005، ص456-457.

- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص79-80.

أما ما سبقت الإشارة إليه من تقديمات عينية أو نقدية في شكل هبات وملابس، مما درجت العادة أن يقدمها الزوج لزوجته قبل الدخول بها في الأعياد والمناسبات، فإن هذه الهدايا لا تعتبر بمثابة النفقة، كونها تفتقد إلى عنصر الإلزام في مقدارها ومدة تقديمها، وإنما تبقى خاضعة لتقدير الزوج في إطار علاقات المودة القائمة بينه وبين زوجته.

2- المضمون الاجتماعي للنفقة.

من خلال نص المادتين 74-78 من قانون الأسرة الجزائري، يتبين أن المشرع لم يترك مجالا لتأويل من المكلف بتحمل النفقة، فهي تقع على عاتق الزوج دون سواه، كما يتبين أن النفقة من حيث عناصرها ومحتواها، قد وردت واضحة لا تحتاج إلى كبير عناء للشرح والتبسيط، غير أنه ورد في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري : "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش..." أي أن درجة تحمل النفقة تختلف زيادة ونقصا بقدر سعة الزوج "حسب وسعه" أي بحسب انتماؤه إلى طبقة اجتماعية معينة، بسيطة، متوسطة أو ميسورة الحال، فالزوج المنتمي في المجتمع الجزائري إلى طبقة العمال البسطاء، التي لا يزيد أجرها الشهري في حالة توفر العمل، على الحد الأدنى للأجر القاعدي المضمون، تختلف قدرته على الإنفاق بداهة على قدرة الإطار المتوسط، وقدرة هذا الأخير تختلف هي الأخرى على قدرة الإطار السامي في الدولة، والتجار والعاملين في المهن الحرة وغيرهم من الطبقات الاجتماعية، التي يمكن اعتبارها ميسورة الحال وهذا كقاعدة عامة.

إن قدرة الزوج من عدمها كما أسلفنا، على تحمل النفقة تنعكس بالضرورة على عناصرها ومحتواها، فإذا كان قادرا قام بتغطية كل عناصرها، وإلا أخضعها لقانون الأولويات، فيقدم من عناصرها السكن والطعام على ما عداهما من ضروريات الإنفاق الأخرى، وتقديم عنصر السكن على غيره من عناصر النفقة لم يأت اعتباطا بل لما يطرحه هذا العنصر في المجتمع من صعوبة القدرة على تغطيته.

هذا العنصر من عناصر النفقة، وإن كان لا يطرح في القرى والأرياف بنفس الحدة التي يطرح بها في المدن، لاكتظاظ هذه الأخيرة وكثافة السكان بها بالنسبة للريف. وكثيرا ما يشكل السكن في المدينة عبئا على الزوجة تتحمله بواسطة ترضية أهلها ليسكنوها وزوجها عندهم، وقد تشترك في هذا الوضع المرأة سواء كانت عاملة بأجر أو مأكثة بالبيت، ومهما كان الأمر فإن ثمن إيجار السكن يمثل بالنسبة لجميع الأسر، نسبة معتبرة من دخلها الشهري، وقد يختلف الأمر نسبيا في القرى والأرياف نظرا لعدة عوامل، منها بساطة الحياة وترابط العلاقات الاجتماعية، وكذا اختلاف العلاقات الاقتصادية القائمة أساسا على الارتباط الوثيق بالأرض، سواء كانت ملكا للشخص أو لغيره، هذا من حيث استئجار السكن،

أما من حيث شراءه، فإن ثمن الشراء لم يعد في متناول أغلبية الناس، وكل الوسائل والطرق المستعملة لحد الآن، للتقليل من حدة أزمة السكن، لم تبلغ المستوى المطلوب.

ومما تقدم يمكننا ملاحظة أن السكن كعنصر من عناصر النفقة، لا تزال الكثير من الأسر تشكو ندرته واستحالة توفيره بصفة لائقة، أو تشكو قلة التجهيزات الضرورية المكونة لمحلقاته. وإذا توفر فهو إما غير كاف من حيث عدد حجراته، أو خال من المرافق الضرورية، كقنوات جلب المياه الصالحة للشرب، وقنوات صرف المياه المستعملة، والكهرباء، والغاز في الكثير من الأحيان، خاصة في الأرياف وحتى في المدن في بعض الأحيان؛ مما يجعل الزوجة ملزمة بتدبير احتياجاتها وتزويد نفسها حسب الإمكانيات المتوفرة لديها، إما بجلب الماء من المصادر العمومية، أو بشرائه من الباعة المتجولين إذا تعذر عليها ذلك.

إذا كانت هذه وضعية السكن، العنصر الأساسي من عناصر النفقة، فهل تعكس هذه الوضعية الوجه الآخر للنفقة المتمثل في الطعام ؟

إن أجرة كراء السكن ومستلزماته، من كهرباء وماء وغاز في حالة توفرها، تأتي على جزء معتبر من دخل الزوج، وما بقي منه لا يستطيع توزيعه بما فيه الكفاية لسد ما بقي من المتطلبات الأخرى، دون أن يكون مُقْتَرَأً، والطعام يعتبر من بين أوجه النفقة التي يمسهما التقتير بعد السكن مباشرة. وبتناولنا لجانب آخر من مشمولات النفقة، وهو جانب العلاج نجد أنه كان لتكفل الدولة بمجانية العلاج، ضمان خدمة وقائية وعلاجية تصل إلى جميع شرائح المجتمع دون تمييز، لتشمل بذلك كل المواطنين دون استثناء، وقد عرفت وضعية السكان، وخاصة المرضى منهم وعائلاتهم، بسبب مجانية العلاج تحسنا ملحوظا، حيث سمحت بمقاومة الأمراض في مراحلها الأولى، وساعدت على نشر الوعي الصحي... وقد ارتفع معدل الحياة، كل ذلك من الآثار الإيجابية لمجانية العلاج، على مختلف الطبقات الاجتماعية، رغم ما يمكن قوله من نقائص ومآخذ، غير أن هذا التكفل الذي جعل الدولة تتحمل على عاتقها أعباء، ظهرت شيئا فشيئا كتكاليف متراكمة لم تعد تُطاق، زادت تفاقمًا سلبيات عدة، كتسرب الأدوية إلى خارج المستشفيات، وانعدام صرامة الرقابة وروح النقشف، إضافة إلى ظهور الأزمة الاقتصادية الوطنية بسبب انخفاض مداخل الصادرات البترولية نتيجة انخفاض سعره، وضعف الصادرات خارج المحروقات، وعدم الاحتياط والتنبؤ لوقوع الأزمة والاستعداد لها مسبقا.

ورغم ما يمكن قوله من مآخذ ونقائص عن القطاع الصحي العام، وما لحقه جرأ تخلي الدولة جزئيا عن مجانية العلاج من تدهور عام، انعكس سلبا على الطبقات المحرومة، مما منعها من الإقبال على العلاج عندما يكون المرض في مراحله الأولى، فلا يقدمون على الفحوصات إلا عند استفحال المرض، فسوء التغذية وانعدام النظافة وما صاحبها من أمراض كنا لا نسمع عنها إلا إبان الاستعمار

كالسّل والكوليرا والتيفوئيد... إلخ. هاهي تعود من جديد، لتجد في جسد المواطن المحروم، حقلاً لانتشارها بسبب انعدام المناعة الصحية⁽¹⁾. وذلك لأنه لا القطاع العام بقي يؤدي الدور الذي كان يؤديه سابقاً، في التكفل بجميع المرضى بسبب عجزه وضعف وسائله، ولا القطاع الخاص هو في متناول الطبقات الاجتماعية المحرومة، بسبب الغلاء الفاحش لخدماته، وعدم تكفل الضمان الاجتماعي بتغطيتها كلياً، وتجاه وضع كهذا نجد أن الكثير من الأسر تضطر إما إلى اللجوء الطب التقليدي الذي عاد تعاطيه مؤخراً للظهور في أوساط المجتمع بقوة، وإما إلى التّجمل بالصبر.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التّغيير في غالب الأحوال يعني المرأة غير العاملة بالمفهوم الاقتصادي المتداول للعمل. أما المرأة العاملة بأجر فهي غالباً ما تساهم بمردود عملها مع زوجها في اقتناء اللوازم المتعددة للأسرة، فمنذ أن اقتحمت المرأة مجال العمل إلى جانب الرجل⁽²⁾، صار لها هي الأخرى حصة من عبئ الإنفاق على الأسرة، خاصة في المدن، أما في الأرياف، فإن كانت المرأة لا تعمل بأجر خارج البيت، فهي ومنذ القدم تشارك زوجها بقسط وافر من الجهد ذو المردود المادي، بتعاطي مختلف الأعمال التقليدية، وكل ذلك إضافة إلى عملها المنزلي وتربية أطفالها. فضلاً عن ذلك كله قد تتحمل المرأة لوحدها وفي عدة حالات، عبئ الإنفاق على الأسرة رغم وجود الزوج، كما هو الحال عند عجزه الكلي عن العمل، أو هجره أو إهماله لأسرته، أو حتى في حالة بطالته، خاصة في الظروف التي تمر بها الجزائر في هذه الفترة العصيبة من تاريخها.

وعلى العموم قد يُخلّ الزوج بواجب الإنفاق على زوجته، المضمون لها قانوناً، إما جزئياً بالتّغيير عليها، أو كلياً بالامتناع، بإرادته رغم يساره، أو بسبب إعساره مما يؤدي إلى النتيجة نفسها، وهي حرمان الزوجة من حقها في النفقة كلياً أو جزئياً، فتجد نفسها وفي جميع الأحوال مضطرة إلى تدبير شؤون بيتها وسد حاجاتها، مما يمكن أن تحصل عليه، من عمل تقليدي داخل البيت أو عمل مأجور خارجه. ومن المُسلّم به عموماً القول بأن إخلال الزوج بواجب الإنفاق على زوجته كلياً أو جزئياً، إرادياً أو بسبب قوة قاهرة، له تأثيراته السلبية المباشرة على النفقة كما وكيفا.

والملاحظ أنه بغض النظر عن مدى قدرة الزوج على تلبية جميع عناصر النفقة من عدمها، فإن الزوجة بصفة عامة تراعي حال الزوج ولا تلجّ عليه، إذا رأت أن حاله لا يسمح بتغطيتها كما ينبغي، وذلك مراعاة لمصلحة أسرتها وحفاظاً على تماسكها والوصول بها إلى بر الأمان، فمصلحة الأسرة هي أولوية الأولويات، وهي بالتالي مقدمة على جميع الحاجات والرغبات الأخرى. وإن بدى منها في بعض

(1) آيت عيسى عيسى، مجلة الخلدونية في العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، تصدر عن جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد التجريبي 00، السنة الأولى، جانفي 2005، ص 49.

(2) عبد الحفيظ أوسوكين، مرجع سابق، ص 78.

الأحيان إلحاح بشأن وجوب توفير عنصر أو أكثر من عناصر النفقة، فإن ذلك لا يكون عادة إلا ساعة نشوب سوء تفاهم بين الزوجين.

والخلاصة من خلال عرضنا للوجهة الاجتماعية للنفقة من حيث أساسها ومضمونها كما وكيفا، يتبين أن زمن استحقاقها يبقى مرتبطا بالتفسير المعطى لنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، أما مضمون النفقة فيبقى خاضعا لمدى قدرة الزوج.

ثانيا- الجانب الاقتصادي للنفقة.

سنحاول طرح النفقة من حيث المنظور الاقتصادي، فنتعرض لها من جانب كونها مقابلا لما تقدمه الزوجة من خدمات، وفي شق آخر نتعرض بالبحث إلى التطور الذي طرأ على الحاجات التي تعتبر محلا للنفقة، مع محاولة الربط بين حركية هذا التطور والوسائل التي يملكها الزوج المكلف بالإنفاق، وبناء عليه سنتناول:

1- أساس وجوب النفقة.

2- تزايد الحاجات وضالة وسائل سدها.

1- أساس وجوب النفقة.

تعرضنا عند دراسة الجانب الاجتماعي للنفقة، إلى ما يطرحه أمر تحديد الأساس الموجب للنفقة، من صعوبة عانى منها الفقهاء قديما على اختلاف مذاهبهم، لكن الاستمتاع بمعناه العام يكاد يكون الأساس لاستحقاق النفقة عند الغالبية منهم، لأن الاحتباس كأساس، قرن بدوره بالاستمتاع عند من قال به⁽¹⁾، غير أن اعتبار الاستمتاع مقابلا للإنفاق على الزوجة كأساس، يبدو غير متوافق تماما مع طبيعة الزواج في حد ذاته، والأطوار الزمنية التي يمر بها، إذ الأصل فيه السكينة والمودة والرحمة⁽²⁾... مما يتعدى بكثير نطاق الاستمتاع، ويجعل المنظور الفقهي لهذه المسألة يبدو على درجة كبيرة من القصور، يكمن أساسا في النظرة الخاطئة إلى المرأة كمتاع ووسيلة استمتاع للرجل، وهي نظرة لا تليق بمقامها أصلا، فالاستمتاع لا يمكن أن يعتمد كأساس للنفقة أو مقابل لها، لأن الله سبحانه هيا كُلاً من الجنسين ليكون سببا لمتعة الجنس الآخر⁽³⁾، وتبقى فكرة الاستمتاع كأساس للنفقة نتاج تلك النظرة القاصرة للمرأة، على أنها وسيلة استمتاع للرجل فقط، هذا بالنسبة للاستمتاع كأساس للنفقة، فماذا عن اعتبار النفقة مقابلا

(1) شمس الدين السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص 187.

- الشافعي، ج5، مرجع سابق ص 95.

(2) انظر: سورة الروم، الآية 21.

(3) حامد محمود شمروخ- حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية- دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص4-9-10.

- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص132.

- الغوتي بن ملح، مرجع سابق، ص85.

لخدمات الزوجة؟ يعتبر الأمر على درجة من التعقيد، والفصل بين دور المرأة كزوجة ودورها كخادمة في بيت زوجها عسير جدا.

ففي مجتمع كالمجتمع الجزائري بمختلف تركيباته واختلاف وتنوع مناطقه، مازالت بعض الأعراف الاجتماعية القديمة سائدة فيه، ومنها كون الزوجة مازالت تمثل في غالبية الأسر امتدادا لدور أم الأسرة، فبتقدم هذه الأخيرة في السن وعجزها عن الاستمرار في خدمة الأسرة، تصير الحاجة ماسة إلى تعزيزها بزوجة الابن التي تُختار في الغالب لأداء ذلك الدور، الذي أصبحت الأم عاجزة عن القيام به، في محيط الأسرة الموسعة، ولمدة قد تطول وقد تقصر⁽¹⁾، وسواء كان الأمر في القرى والأرياف أو كان في المدن، ما يزال زواج الابن يهدف إلى التخفيف عن الأم من أعباء خدمة منزل الأسرة وأفرادها، مادامت زوجة الابن مقيمة مع زوجها به. كما ينظر إلى الزواج عموما على أنه وسيلة لإصلاح حال الرجل وتقويم ما اعوج من سلوكه وعاداته وطرق إنفاقه، بل أكثر من ذلك، سبيل من سبل العناية به من طرف امرأة هي الزوجة بديلة عن الأم بقيامها على رعاية كافة شؤونه. وهكذا سواء كانت المرأة مأكثة بالبيت أو عاملة بأجر خارجه تظل خدمتها للزوج ورعاية شؤونه من أهم أسباب اختيار الرجل لها كزوجة. ويعتبر هذا الدور الملقى على عاتقها نتيجة أولية من نتائج الزواج ذاته، وهو في نفس الوقت حق من حقوق الزوج، هذا الشخص الذي كان غريبا عنها وبمجرد زواجه بها أصبح مكلفا بالإنفاق عليها.

ولا يمكن مقارنة خدمة الزوجة لزوجها وأسرته بخدمة خادمت البيوت بأجر، كون الخادمة تتقاضى أجرا نقديا باتفاق، وقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرايانها ضرورية..."، مما يبعث عن التساؤل إن كان بإمكانهما الاتفاق على مبلغ نفقة معين كما ذهب إليه الأحناف⁽²⁾. إضافة إلى ما يمكن أن تستهلكه الخادمة خلال مدة خدمتها مع الأسرة المشغلة لها، في حين أن دور الزوجة أشد ارتباطا والتصاقا ببيت الزوجية، إضافة إلى كون الخادمة لها أن تغادر بيت مشغلها في أي وقت في حالة تضررها وعدم رضاها، الشيء الذي لا يمكن للزوجة القيام به، كونها تعمل من أجل أسرته، وأن عملها هذا يعتبر واجبا اجتماعيا نابعا من الزواج ذاته. هذا كنظرة عامة للمجتمع، أما بالنسبة للطبقات الموسرة فقد يكون للمرأة دور غير دور خدمة الزوج والأسرة، بل يتم استئجار من يخدمها سواء كانت عاملة بأجر خارج البيت أو مأكثة به. فالواقع الاجتماعي يميز بين نوعين من الزوجات، فدور المنحدرات من أوساط اجتماعية ميسورة والمتزوجات بميسورين، يختلف عن دور المنحدرات من أوساط اجتماعية فقيرة أو متوسطة

(1) بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المجلة القضائية، 2002، لعدد 02، ص 163.

(2) قد تخضع النفقة إلى الاتفاق بين الزوجين أو إلى حكم القاضي وهذا ما ذهب إليه الأحناف، انظر: - شمس الدين السرخسي، نفس المرجع السابق، ص 184

والمتزوجات بفقرء أو متوسطي الدخل، فإن كان الزوج الموسر في غالب الأحيان، يستأجر من يقوم بالخدمة المنزلية وفقا لما يسمح له به وضعه الاجتماعي، فإن ذلك لا يتييسر للنوع الثاني من الزوجات، وإن كان هذا الواقع الاجتماعي مسلم به فإنه يعكس دون شك واقع الفقه الإسلامي القديم، الذي ميز بين الزوجة "الشريفة" التي تتسع دائرة حقوقها حتى تتلاءم مع وضعها الاجتماعي فلا تكلف تبعا لذلك بخدمة نفسها وزوجها، وبين "الوضيعة" التي تضيق دائرة حقوقها إلى الحد الذي تلزم فيه بخدمة زوجها وأسرته وخدمة نفسها، ويعد ذلك من أكد واجباتها التي أفرزتها وضعيتها الاجتماعية، وواقع الفقه الإسلامي هذا ذاته لم يأت من فراغ بل يستمد جذوره من عرف اجتماعي ساد المجتمع العربي قبل الإسلام⁽¹⁾.

هذا الواقع لا ينفي التطور الحاصل في المجتمع بسبب اتساع دائرة التعليم وارتفاع مستواه، مما يجعل الكثير من حالات الزواج تتم بين شباب وشابات من طبقات اجتماعية مختلفة، غير أن هذا التطور وإن كان كثيرا ما يرقى اجتماعيا بالفقيرة التي تتزوج بموسر، فإنه لا يؤدي بالموسرة التي تتزوج فقيرا أو متوسط الحال إلا إلى الاعتماد على نفسها.

إذا كانت هذه المفاهيم سائدة فعلا في المجتمعات الإسلامية عموما، ومنها المجتمع الجزائري، فإنه يبقى دائما بالإمكان التساؤل عما إذا كان من المقبول اعتبار النفقة مقابلا لخدمة الزوجة لزوجها؟ وإذا كان الأمر كذلك هل يؤدي ذلك إلى اعتبار الأسرة مؤسسة خاصة بالزوج وحده، فيتحمل تبعا لذلك جميع أعباء مؤسسته لوحده؟ أم تعتبر الزوجة شريكا في هذه المؤسسة تتمتع فيها بنفس الحقوق التي يتمتع بها الزوج، وبالمقابل تتحمل نفس الأعباء، وبهذا نجد أنفسنا حتما خارج دائرة الجدل الفقهي الدائر حول ما إذا كان أساس النفقة الاستمتاع والاحتباس أو خدمة الزوج، إنما نجد أنفسنا أمام نظرة أخرى إلى أساس النفقة هي أن على كل شريك طرف في مؤسسة الأسرة أن يقدم ما لديه وما بإمكانه تقديمه لشركة هو طرف فيها، فالزوجة تشارك في إقامة شركتها بما جُبلت عليه وما تؤهلها فطرتها القيام به لفائدة أسرتها عموما. ويقابلها الزوج بدوره بالقيام بكل ما جُبل عليه وما تؤهله فطرته القيام به أيضا بما في ذلك النفقة وغيرها، وبذلك يكون كل شريك قد ساهم في إقامة شركته بما يستطيع بعيدا عن كل جدل فقهي. أما متى تجب النفقة على الزوج؟ نجد أن الظاهرية باعتبارهم أنها تجب بمجرد إبرام عقد الزواج بين الزوجين، مما يجعل حتما كل طرف يلتزم بما عليه تجاه الطرف الثاني، قد اعتمدوا الجانب الشكلي وهو إبرام العقد كأساس للنفقة، غير أن اعتبار غيرهم من الفقهاء، الدخول كأساس لبداية وجوب النفقة، يكونون قد اعتمدوا الجانب المادي والعملي لقيام الأسرة، بحيث يعتبر الدخول بداية فعلية لانطلاق وتكوين مؤسسة الأسرة بين الزوجين، وباعتماد النظرتين معا يكون قد تحقق التكامل.

(1) محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1974، ص147.
- شمس الدين السرخسي، نفس المرجع السابق، ص182.

2- تزايد الحاجات وضآلة وسائل سدها.

إن ما يعرف عند علماء الاقتصاد بالمشكلة الاقتصادية، المتمثلة في تعدد الحاجات وتنوعها وتجدها المتواصل، وما يقابل ذلك من ندرة في وسائل إشباعها وتلبيةها ظاهرة لا تخص مجتمعا دون غيره، وذلك مع مراعاة الاختلاف في نوع الحاجات الناتج عن اختلاف المستوى المعيشي للمجتمعات بسبب التباين الحاصل في مستويات تطورها. وما عدا ذلك فالمشكلة الاقتصادية تعاني منها المجتمعات والأسر والأفراد كل على مستواه.

فبالنسبة للأسر والأفراد، قد تكون الموارد متوفرة إلى الحد الذي يمكن معه تغطية جميع الضروريات وحتى بعض الكماليات، وفي هذه الحالة لا يطرح الإشكال إلا بصفة عرضية، وإنما يكون الإشكال مطروحا بحدّة عند عدم كفاية الموارد وتعذر سد جميع الضروريات من الحاجات والعجز عن تلبيةها جميعها، فيصير القيام بترتيب حسب الأولويات أمرا حتميا، وبذلك يتم اللجوء إلى المفاضلة والمبادرة بتلبية الحاجات الأكثر إلحاحا والتخلي عن غيرها لندرة وسائل إشباعها وعدم كفايتها.

ولا بد من الإشارة في هذا المضمار إلى أن فكرة الضروري والكمالي من الحاجات في حد ذاتها، كانت ومازالت دائما في تطور مستمر، وبصفة خاصة في عصرنا الحالي حيث كان للتقدم الهائل والمتسارع الحاصل في وسائل الاتصال، أثره المباشر على المستوى الثقافي والمعرفي والحضاري عموما، لمختلف المجتمعات البشرية، وبالتالي على تطور فكرة الضروري والكمالي من الحاجات، فأصبح ينظر إلى ما كان يعتبر منذ زمن غير بعيد من الكماليات ضروريا بل من أكد الضروريات، سواء كان ذلك بالنسبة للمسكن وتوابعه من ماء وكهرباء وغاز وهاتف، أو بالنسبة للمأكل وتنوعه، أو الرعاية الصحية وتوفر هياكلها لتوسيع الرعاية الطبية، وحتى بالنسبة لتوفير وسائل الاتصال والمعلوماتية، بل أصبحت هناك مقاييس دولية متعارف عليها، بدون بلوغها تعتبر تلبية حاجات الإنسان دون المستوى المقبول، ويكون ذلك بمثابة إنذار بالمخاطر التي تكون لها آثار سلبية على الصحة والسلامة البدنية والنفسية للفرد والمجتمع على السواء، والزواج كما رأينا مكلف شرعا وقانونا بالإنفاق على زوجته وأسرته، أي مكلف بسد حاجات أسرته، من غذاء وكسوة وعلاج وسكن⁽¹⁾، ولا يشذ أي زوج، وإن كان بدرجات متفاوتة بحسب المستوى الاجتماعي الذي ينتمي إليه⁽²⁾، عن الخضوع إلى ضغط المشكلة الاقتصادية، واللجوء إلى المفاضلة بين الضروري والأقل ضرورة من الحاجات، وسيكون، بطبيعة الحال، انعكاس ذلك مباشرا على أفراد الأسرة عموما وعلى الزوجة بالدرجة الأولى، فتنحصر أعباء بعض عناصر النفقة إن كان بوسعها ذلك، أو تتقبل الحرمان من بعض الضروريات إن

(1) المواد 74-75-78 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) منى مؤتمن عماد الدين، العلاقات الأسرية من المنظور الإسلامي، مجلة التربية، العدد 153، السنة 34 يونيو 2005، دار الكتب القطرية، الدوحة، ص230.

عجزت عن مساعدة زوجها بطريقة أو بأخرى، وغير خاف أن توفر جميع عناصر النفقة بالكمية الكافية والنوعية اللائقة في المجتمع الجزائري وفي خضم الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة، يتطلب من أي زوج قدرات مالية لا يستهان بها ولا تتوفر لأغلبية الأزواج.

البند الثاني: سلبات حق النفقة

من المعلوم أن من أهم الآثار الناجمة عن ميثاق الزواج هو استحقاق الزوجة للمهر وللنفقة، فبالنسبة للحق الأول رأينا أنه لا يخرج عن إحدى الحالات الثلاث، إما أن تحصل على المهر كاملا أي معجلا، وإما أن تحصل على جزء منه معجلا، ويبقى الجزء الآخر مؤجلا، وإما أن يبقى المهر كله مؤجل الدفع أي دين في ذمة الزوج، إضافة إلى ما سبق التعرض إليه من قيود واردة عن هذا الحق⁽¹⁾، هذا بالنسبة لواقع الحق الأول من حقوق الزوجة، فماذا عن حقها الثاني النفقة، هذا الحق الذي يشمل على حقها في الطعام واللباس والسكن والعلاج، ونتناول بالدراسة سلبات هذا الحق باعتباره مصاحبا للمرأة طوال حياتها الزوجية، غير أنه خاضعا لتقديرات الزوج فيما يتعلق بتحقيق مستوى الكفاية في الإنفاق أو التقصير فيه، ولا تملك الزوجة أية وسيلة لمراقبة كيفية وحجم ونوعية هذا التقدير، إلا بواسطة اللجوء إلى القضاء⁽²⁾، ونعمد إلى تحليل سلبات الوضعية المالية للزوجة من خلال تعرضنا لطابع النفقة وتأثير العرف على ذلك كالتالي:

أولا: عدم كفاية حق النفقة.

ثانيا: الطابع العيني الاستهلاكي للنفقة ودور العرف في مشاركة الزوجة فيها.

أولا- عدم كفاية حق النفقة.

يستمد المفهوم الاجتماعي للنفقة سنده من النص القانوني الذي يحدد مشمولاتها⁽³⁾ ومن أحكام القضاء، وهذين المصدرين يعتمدان بدورهما على الموروث من الفقه المالكي الذي لا يزال يمثل الإطار العام الذي تفسر في ظله النفقة بعناصرها ومقدارها، ونتناول معالجة ذلك من خلال العنصرين التاليين:

1- تقدير النفقة

2- النفقة بين النص والواقع.

1- تقدير النفقة

تعتبر مشمولات النفقة من المسائل الشديدة التأثير بعامل العرف، في كمها وكيفها ومدى أهميتها، وعامل العرف ذاته، متغير كما هو معلوم، بتغير الزمان والمكان، فما هو اليوم من الضروريات لم يكن

(1) راجع موضوع القيود الواردة على المهر من هذا البحث.

(2) من المعروف أنه قد تراقب الزوجة إنفاق زوجها عليها عند التقصير بواسطة تدخل أسرته أو أسرتها ولكن هذه الوسيلة قد تبقى عديمة الفائدة في غالب الأحيان فلا يبقى لها إلا خيار اللجوء إلى القضاء الأمر الذي نادرا ما يقع إلا في حالة مغادرة الزوج لمسكن الزوجية وإهماله لأسرته.

(3) المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

في زمن غير بعيد كذلك، وما هو ضروري في مكان ما قد لا يكون كذلك في مكان غيره، فما بالك إذا توالى الحقب الزمنية، ومن ذلك فلا غرابة أن نجد تباينا واضحا بين ما كان يعتبر من النفقة في القانون وفي الفقه في زمن معين وبين ما صار يعتبر منها في زمننا هذا، وهذا ما سنتناوله من خلال العنصرين التاليين:

أ- النفقة في القانون.

ب- النفقة في الفقه الإسلامي.

أ- النفقة في القانون.

أوردت المادة 78 من قانون الأسرة مشمولات النفقة في نصها التالي: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" وبذلك يكون القانون قد حصر مشمولات النفقة في الغذاء والكسوة والتمريض والسكن كأمر معينة ومعلومة لا يثور أي تساؤل بشأنها، غير أنه أضاف في نهاية المادة عبارة "وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" مما يوحي بأن المشرع باستعماله "واو" العطف أراد إضافة أشياء أخرى إلى المشمولات المحددة بعينها، غير أن القراءة المتأنية تبين أن هذه العبارة لا تشكل أي إضافة جديدة لما ذكر من مشمولات النفقة، مادامت لا تخرج عن نطاق الضروري لدى كافة الناس عادة وعرفاً⁽¹⁾ وهي الطعام والكسوة والعلاج والسكن، فهي أقصى حدود الضروري الذي يفيد التأكيد المبقي على حياة الإنسان، بحيث لو تَخَلَّفَ هلك حتماً. فمشمولات النفقة المذكورة هي الحد الأدنى اللازم للعيش كما وكيفاً.

وقد نصت المادة 37 من قانون الأسرة الملغاة بالأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه....".

وقد كانت توجب هذه المادة، على الزوج نحو زوجته، توفير مشمولات النفقة الواردة في نص المادة 78، وتستطرد بنصها "حسب وسعه" أي بحسب ما يستطيع توفيره. ويقصد بهذه العبارة، أن يكون الالتزام من طرف الزوج، تجاه زوجته بكل مشمولات النفقة الواردة في نص المادة 78، إضافة إلى ما يعتبر من ضروريات النفقة في العرف والعادة. فإذا كان الزوج لا يستطيع توفير ما يعتبر ضرورياً من النفقة في العرف والعادة فما عليه إلا توفير ما دون ذلك مما هو في استطاعته. وبإلغاء المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، يكون المشرع قد تخلص من معيار مراعاة حال الزوج يسارا وإعسارا في تحديد النفقة. وبات من الواجب أعمال نص المادة 79 من قانون الأسرة الذي جاء فيها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش...". وبذا يكون من واجبات القاضي عند تقدير النفقة ليس

(1) عبد القادر داودي، مرجع سبق ذكره، ص 336.

مراعاة حال الزوج يسارا وإعسارا فقط، وإنما إدخال عناصر أخرى، كمراعاة الحالة المادية للزوجة والظروف المعيشية للمجتمع ككل⁽¹⁾.

إن كان يمكن اعتبار هذا تطورا لصالح الزوجة، غير أنه وفي خضم الظروف المعيشية الصعبة التي تعاني منها جل شرائح المجتمع يبقى تطورا نظريا، فبمراعاة الضروريات يصبح من الممكن وقوع المرأة في حرج، خصوصا وأن مفهوم "الضروري" وفقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري يخضع إلى التطور في محتواه ومداه زمانا ومكانا.

وإن كان المشرع قد حاول التوسع شيئا ما في مراعاة العناصر المحددة للنفقة كمراعاة الحالة المادية للزوجة، والظروف المعيشية للمجتمع، وإن كانت هذه العناصر ذات قيمة حيوية، فهي لا تنهض بكافة حاجات المرأة، إذ هناك جوانب أخرى لم تتم مراعاتها في إنفاق الزوج على زوجته كتأدية ما تتطلبه بعض شعائرها الدينية مثل الحج ونفقاته وكذا تجهيزها وتكفيها عند وفاتها⁽²⁾، ويكفي أن نقول مع الشاطبي أن: "تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون ضرورية والثاني أن تكون حاجية والثالث أن تكون تحسينية⁽³⁾.

وهكذا حتى وإن كانت النفقة قانونا بحسب المادة 78 من قانون الأسرة لم تخرج عن "الضروري" في معناه العام، غير أنه ومن المسلم به، أن مفهوم الضروري عند المشرع الجزائري، ليس نفسه لدى الفقه المالكي من جميع جوانبه، فقد راعى المشرع، من خلال هذا المفهوم من حيث الكم، حاجة الزوجة من طعام ولباس وسكن وعلاج، أما من حيث الكيف فلا يعقل أن يقتبس المشرع مفهوم الضروري في النفقة من الفقه المالكي، على ما كان عليه منذ زمن بعيد، بل قصد الضروري بمفهوم الواقع الاجتماعي الحالي، وذلك لجمود الاجتهادات الفقهية، هذا من جهة، وللتطورات الاجتماعية الحاصلة عبر العصور المتباعدة وما تبعها من تطور في مفهوم مصطلح "الضروري" من جهة أخرى.

إذا كانت مشمولات النفقة حسب الفقه والقانون معا، لم تتجاوز حدود الضروري منها، فيمكن القول أن القضاء⁽⁴⁾ بقي محافظا على الوقوف عند حرفية النصوص القانونية، مع استئناسه بالاجتهاد الفقهي للمذهب المالكي. ومن ثم لم يكن للواقع الاجتماعي أي تأثير في الدفع بالقاضي إلى الاجتهاد، وتطوير مفهوم النفقة بالتوسع في تفسير ما هو ضروري، وعدم الوقوف عند حرفية النص اعتبارا

(1) قرار المحكمة العليا، ملف رقم 44630 بتاريخ 1987/2/9، مجلة قضائية 1990، عدد 3، ص 55.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 216886 بتاريخ 1999/3/16، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 203.

(2) وإن كان من المتعارف عليه في المجتمع غالبا إذا كان الزوج ذا يسر فإنه يتكفل بهذا النوع من النفقات ويجهز زوجته عند وفاتها، وتبقى حالات نادرة قد يرفض الزوج هذا النوع من النفقة دون أن يكون هناك مجال لإجباره على ذلك.

(3) أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المجلد 2، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1417-1997، ص 17.

(4) القضاء يحكم دائما بمبلغ إجمالي للنفقة بجميع مشمولاتها دون التطرق إلى التفاصيل.

للمرونة التي تفرضها وبإلحاح، ضروريات حياة الزوجة، في مجتمع يعرف تسارعا في التغيرات التي تدفع حتما إلى مراعاة التطور، الذي يجب أن تفسر في ظله كلمة "نفقة". غير أن شيئا من هذا لم يحدث، بل الإخلاص لمفهوم "الضروري" من النفقة بشكل عام. ويظل الفقه المالكي هو سيد الموقف، وقد طبق ذلك من خلال حصر مفهوم النفقة في إطار ضيق لا يسع حتى سد حاجة الزوجة من الطعام، دون الالتفات إلى باقي مشمولات النفقة المنصوص عليها صراحة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، من غذاء، وكسوة، وعلاج، وسكن أو أجرته، خصوصا إذا كانت الزوجة قد غادرت بيت الزوجية.

بالإضافة إلى كون أن الزوجة المهملة لا تحصل على النفقة إلا من يوم رفع الدعوى أو قبلها لمدة لا تزيد عن السنة، بعد تقديمها لبينة يقتنع بها القاضي تماشيا مع نص المادة 80 من قانون الأسرة، حتى وإن كانت قد مكثت قبل رفع الدعوى مدة تزيد عن السنة، إضافة إلى أن المبالغ المحكوم بها والتي تعد جد رمزية لا تفي حتى بالضروري فما بال الكفاية.

ولو راعى القاضي كلفة مشمولات النفقة، كما نصت عليها المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري من غذاء، وكسوة، وعلاج وسكن أو أجرته عند تقديره لها، وبالأسعار المعمول بها زمن إصدار الحكم، لكان لزاما عليه تجاوز سقف ما تعودت المحاكم الحكم به من مبالغ النفقة بكثير.

وإذا كانت المبالغ المحكوم بها قد تبدو في مجموعها مهمة، فإنه يجب أن لا ننسى أنها تمثل غالبا فترة عانت فيها الزوجة من غياب النفقة، ولم تكن تلك المبالغ لتغطي "الضروري" من حاجياتها لو رجعنا إلى الوراء وقسمناها على مختلف نفقاتها اليومية خلال مدة إهمالها.

ورغم ذلك فإنه من الملاحظ من خلال أحكام المحاكم، أن المبالغ المحكوم بها تسير باتجاه عكسي مع ارتفاع عدد الأولاد فكلما زاد عدد الأولاد نقص مبلغ النفقة.

وعلى العموم تظل المبالغ المحكوم بها لتغطية نفقة المرأة، دون إمكانية الوفاء بأهم عنصر في النفقة وهو الغذاء فما بال تحقيق الضروري من عناصرها الأخرى. ورغم ذلك لا يمكن التغاضي على أن القاضي وهو يطبق القانون يجد لزاما عليه، ولتكون الأحكام الصادرة عنه قابلة للتطبيق على أرض الواقع وفي الظروف المعيشية التي تمر بها الأمة، مراعاة حالة كل زوج مطلق على حدة، وعدم الحكم عليه بما لا يطيق تحمله، ويستحيل عليه دفعه، متمثلا في ذلك القول الشائع: "إذا أردت أن تطاع فاطلب ما يُستطاع"، وإلا ما فائدة إصدار أحكام لا تؤدي الغرض منها، أي عوض أن يدفع المحكوم عليه مبلغ النفقة يكون مآله الحبس لعدم قدرته على ذلك.

وهكذا يظهر أن مفهوم النفقة في ظل الأحكام القضائية لا يتجاوز منظور الفقه المالكي في الموضوع، إذ يتم التركيز فيه على الضروري من النفقة في نظرهم، ولا تتماشى هذه الأحكام مع مشمولات النفقة الواردة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

والحال هذه تصبح المبالغ المحكوم بها لتغطية نفقة الزوجة لا تمثل لضعفها الحق المنصوص عليه في القانون، وإنما تظل بمثابة المنحة من طرف الزوج وذلك ما يدعمه القضاء.

ب- النفقة في الفقه الإسلامي.

نعالج مفهوم النفقة في الفقه الإسلامي من وجهة نظر الفقه المالكي لسببين، السبب الأول كون المذهب المالكي هو المذهب السائد في الجزائر وحتى في بلدان المغرب العربي عامة، والسبب الثاني كون المذاهب الأربعة تكاد تكون على وجه اتفاق بصفة عامة حول ما يعتبر ضروريا من النفقة الواجبة للمرأة المتزوجة، مع عدم إهمال الإشارة إلى بعض الاختلافات حول الجزئيات التي لا تمس بالجوهر. وتشتمل النفقة عند المالكية على أربعة عناصر أساسية هي:

العنصر الأول: الطعام.

وهو ما تأكله المرأة وتتقوت به لامساك حياتها⁽¹⁾، ويختلف الطعام وفقا لهذا التعريف بحسب اختلاف حال الزوجين، والمكان والوسط، ويقصد بهذا العنصر في الغالب الخبز مع أدامه⁽²⁾، والأدام مصطلح فقهي يرتبط هو أيضا بحال الزوجين والمكان الموجودين به، ولا بد من ماء وحطب وخل وزيت للأكل والإدهان والوقود⁽³⁾، أما اللحم فلا يجب على الموسر إلا مرة بعد أخرى مثل يوم الجمعة مثلا، ولا يلزم به كل يوم ولا يلزم به الزوج الفقير إلا بقدر ما تقتضيه العادة. وتجدر بنا إثارة التساؤل هنا عن المقصود بالعادة، هل هو يوم الجمعة مثلا أو يوم عيد الأضحى أو غيره من الأعياد أو يوم استضافة أحد ما؟ غير أنه يمكننا القول دائما أن للفقراء كل جهة عاداتهم.

ولا يلزم الزوج بشراء عسل وسمن وجبن أو فاكهة رطبة ولا يابسة، إلا إذا كان ذلك يشكل أداما حسب العادة⁽⁴⁾. وبذلك تكون مشمولات الطعام كعنصر من عناصر النفقة حسب الفقه المالكي تقتصر على الضروري الذي لا يتعدى الخبز وأدامه من زيت أو نحوه، ولا يشمل غير ذلك من العناصر الأخرى كاللحم والسمن والعسل والجبن والفاكهة إلا بشروط منها:

- يسر الزوج مع عدم إلزامه بها كل الوقت.

- أن تكون أداما بحسب العادة .

وبذلك لا يبقى من مكونات الطعام الضروري سوى الخبز والزيت أو ما يماثله وهو أقل ما يمسك حياة المرأة.

(1) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المكتبة التجارية، مصر، 1355هـ/ 1936م، ص 509.

(2) آدم يأدم الطعام: خلطه بالأدام، انظر: -القاموس الجديد للطالب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 7، 1991، ص 25.

(3) ابن جزي، مرجع سبق ذكره، ص 147.

- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، نفس المرجع السابق.

(4) حاشية الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص 510 .

أما كمية مكونات الطعام، فقد حددها الفقه المالكي بحد الكفاية، ولو كانت المرأة أكلة جدا، مع تقريره زيادة لصالح المرأة المرضعة بسبب الإرضاع وفقا لما ورد في نص الآية السادسة من سورة الطلاق⁽¹⁾. ومن الملاحظ أن الفقه المالكي قد تراجع لسبب يصعب تبريره عن مبدأ حد الكفاية المضمون، الذي يجب على الزوج مراعاته عند الإنفاق على الزوجة كمبدأ عام، وهكذا لم يلزم الزوج بالزيادة في نوعية أو كمية الطعام، التي قد يجب أن تطرأ على نوع أو حجم الأكل الذي كانت تتناوله الزوجة قبل مرضها، فالقدر الزائد عما كانت تتناوله عادة غير ملزم للزوج، اللهم إلا إذا كان مقدار الأكل مقررًا بالاتفاق، عندئذ فقط يلزم به، أما لو زاد بمرض وكان لأجل الدواء أو فاكهة لم يلزم به، وإن كان من قبيل القوت لزمه مثل السكر واللوز⁽²⁾.

العنصر الثاني: الكسوة "اللباس".

وتعد من الضروريات المشمولة بنفقة الزوج، أقلها ما يستر الجسد والرأس، وتجب لمرتين في السنة .

- الأولى في فصل الشتاء وتناسب الربيع.

- والثانية في فصل الصيف وتناسب الخريف.

هذا إذا لم تناسب مثلا كسوة الشتاء الصيف، وإلا فواحدة تكفي لكل الفصول إلى أن تَخْلُقَ أي مرة واحدة في السنة أو يزيد⁽³⁾، ولا يلزم الزوج بتلبية ما تحتاجه المرأة لخروجها خارج بيت الزوجية، من ثياب وحذاء للزيارة، أو حضور الأفراح ولو كان غنيا. وماعدا هذا الحكم الأخير تنطبق الأحكام المذكورة عن الكسوة على الغطاء والوطاء.

وتجدر الإشارة إلى أن حق المرأة في الكسوة، وهو من العناصر الضرورية المشمولة بإنفاق الزوج، يتحول من كونه واجبا مفروضا على هذا الأخير، إلى مجرد "تفضل منه" ويخرج بذلك من دائرة "الضروري" خصوصا وأن الفقه المالكي لما قرر حق المرأة في الكسوة والغطاء والوطاء، تراجع لما أعطى الزوج حق الاستعمال والانتفاع بجهازها المتكون عادة من اللباس والمفروشات... فله حق لبس ما وافقه من لباسها لوحده، أو بتناوب معها، وله عدم شراء كسوة لها، إلا بعد هلاك ما جلبته معها إلى بيت الزوجية، وينطبق نفس الشيء على الغطاء والوطاء.

ولم يكتف الفقه بمنح هذه الميزات للزوج، فقرر إعطائه ميزة الحجز على أي تصرف من المرأة في جهازها بالبيع أو بالهبة⁽⁴⁾.

(1) "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" الآية 6 سورة الطلاق.

(2) حاشية الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص 509.

(3) حاشية الدسوقي، نفس المرجع السابق، ص 509.

(4) نفس المرجع السابق، ص 511.

وبالنظر إلى هذه الميزات التي قررها الفقه المالكي للزوج نتساءل أين هو الحق "الضروري" للمرأة في الكسوة والغطاء والوطاء... ناهيك عن حد الكفاية في كل ذلك ؟

ألا يصبح تكليف الفقه لحق الزوج في جهاز زوجته، أقوى من تكليفه للواجب الملزم به تجاهها منذ الدخول بها أو دعوتها له للدخول بها؟ ولا نبالغ إذا قلنا أن الكسوة - إضافة إلى عنصر الطعام - بالشروط التي قررها الفقه والميزات التي قررها للزوج، لا تجعل حق الزوجة فيهما مفروضا بقدر ما تؤكد صفة تفضل الزوج بهما عليها، لا سيما وأنها لا تحقق كفايتها منها كما قرر الفقه ذلك، عند تناوله حقها في النفقة بصفة عامة، ثم أنها تشارك في تلبية حاجتها من الكسوة عن طريق ما يحتوي عليه جهازها. فإذا كان سبحانه وتعالى في سورة البقرة الآية 233 يقول : "...وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف..." والمراد بالرزق هنا الطعام الكافي المتعارف بين الناس، والمراد بالكسوة ما يتعارفون به أيضا، وفي ذلك دليل على وجوب ذلك على الآباء للأمهات المرضعات، هذا وهن مطلقات، فأما غير المطلقات فنفتتهن وكسوتهن واجبة على الأزواج من غير إرضاعهن لأولادهن⁽¹⁾، ثم يفصل الأمر في قدر النفقة وهو اليسر والتعاون والعدل... فمن وسع الله عليه رزقه فلينفق من سعته، سواء كان في السكن أو في النفقة والمعيشة أوفي أجر الرضاعة⁽²⁾، فكيف يأتي الفقه لينقص هذا الحق ويقبله بجعله حقا للزوج وليس واجبا عليه، وذلك بإعطائه ميزة الانتفاع والتصرف في جهازها...

العنصر الثالث: الخادم.

على الزوج بذل نفقة خدمة زوجته إذا كان ذا سعة وهي ذات قدر، ليس من عادة أمثالها الخدمة، وإذا كان فقيرا فلا يلزمه ذلك ولو كانت الزوجة غنية، وتقع عليها أعباء الخدمة داخل البيت من تنظيف وإعداد الطعام... وليس عليها شيء بعد ذلك⁽³⁾، ونعتقد أن هذا المنظور للفقه المالكي لا يخضع لكثير من المؤاخذه، لأنه يمثل خطوة إلى الأمام بالقياس ببعض الفقه الآخر.

العنصر الرابع: السكن.

حق المرأة في السكن مرتبط بحال الزوج وحالها، لها الامتناع عن السكن مع أهل الزوج أو ولده إن كانت "شريفة"، وليس لها ذلك إن كانت "وضيعة"، وفسر بعض الفقه المالكي⁽⁴⁾ ضعة المرأة بقلة صداقها، رغم الحث الذي كان منه صلى الله عليه وسلم بشأن تقليل المهور، فكيف تصبح قلة المهر سببا للانتقال من طبقة لأخرى أدنى منها، حتى لو افترضنا رغبة امرأة ذات غنى في الزواج بمهر قليل؟

(1) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ج1، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1414، ص281.

- محمد علي الصابوني - صفوة التفاسير، ج1- قصر الكتاب البلدي. شركة الشهاب، الجزائر، ص150.

- محمد علي الصابوني - روائع البيان في تفسير آيات الأحكام- مكتبة رحاب، ط4، 1990، ص353.

(2) سيد قطب، مرجع سابق، ص3603.

(3) ابن جزري، مرجع سابق، ص245.

- حاشية الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص510.

(4) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص513.

ولا يرجع الفقه المالكي عن إلزام المرأة "الوضيعة" بالسكن مع أهل الزوج إلا إذا تضررت من ذلك⁽¹⁾. وكان الأجدد مراعاة حال الزوج فقط في توفير السكن المنفرد واللائق للزوجة، عوض التفرقة بين وضعية وشريفة بناءً على وضعها الاجتماعي، وإعطاء الثانية الحق في الامتناع عن السكن مع أسرة وأولاد الزوج دون الأولى.

تلكم هي العناصر المحددة للنفقة حسب الفقه، ويظهر منها بصفة عامة عدم تحقيقها للكفاية المرتبطة بالمعروف، ولا يُعرف كيف جعل الفقه حد الكفاية أساساً في النفقة الواجبة للزوجة، وفي نفس الوقت لم يدخر وسعاً في هدمه.

لم يراع في نفقة المرأة إلا القدر الذي يسمح ببقائها حيّة، وهذا ما يمثل "الضروري" ليس فيما يجب على الزوج، وإنما حسبما تسمح به إرادته الحرّة، التي دعمها الفقه بشئى السبل حتى أصبحت تنقل حقوق المرأة بقلب بعضها واجبا لصالحه، مثل ذلك حق الاستعمال والانتفاع المقرر له على جهازها. وكانت العدالة ووضعية المرأة تقتضيان تنويع وإغناء متطلبات المرأة عند تلبيتها سواء في غذائها أو ملبسها... وهو ما لا يتحقق بالخبز مع الزيت مثلاً، ولا بالاختصار على ملابس الجهاز حتى تخلق، وكأن وضع المرأة في ذلك لا يزيد عن وضع أية أمة أو عبد. لكن أشد ما حرص عليه الفقه، هو عدم إلزام الزوج أجر الدواء والطبيب، وحمل هذا العبا للمرأة، وقد ذهب أبعد من ذلك إلى عدم إلزام الزوج بعضاً من أنواع الطعام حتى وإن كان ذلك للدواء، وكلما أعطاه هو تحميل الزوج بأجر القابلة مع مصاريف الوليمة دون غيرها من مصاريف العلاج الأخرى، مع أن إلزام الزوج بأجر القابلة يعد من صميم العناية بصحة المرأة، من حيث مساعدتها على الوضع، وماذا عن إصابتها بمرض نتيجة الولادة ومضاعفاتها؟ هذا رغم أن الآية صريحة بالنسبة حتى للمطلقة، التي لم يعد يربطها بزوجها أي رباط سوى رباط الحمل والولادة والإرضاع فيما بعد، حيث يقول المولى عز وجل: "... وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ "⁽²⁾، أي إلى غاية هي وضعهن لحملهن ونفقة الوضع هي كل ما يترتب عنه من مصاريف، هذا بالنسبة للمطلقة حيث حمل الله تعالى المطلق جميع مصاريف الولادة فكيف يحرم الفقه الزوجة التي مازالت في عصمة زوجها وتحت رعايته، وتبذل كل ما في وسعها لإسعاده وتربية أولاده هذا الحق وهي الأولى به، إذ يرى الفقه أنه لا شيء على الزوج ما دام غير ملزم بتكاليف الدواء والطبيب⁽³⁾، بل ما هو موقف الزوج من وفاة المرأة، ولنفرض أنها بسبب الولادة، أيلزم بمصاريف الدفن من تجهيز وتكفين؟

(1) نفس المرجع السابق.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) حاشية الدسوقي، ج2، مرجع سابق، ص 510.

حسب المشهور في المذهب المالكي لا يلزم الزوج بشيء من ذلك، إنما يقع الدفن والكفن على تركتها، وإلا على بيت المال، وإن لم يكن فعلى جميع المسلمين والزوج واحد منهم، لأن ذلك من توابع النفقة التي سقطت عنه بسقوط الاستمتاع بوقوع الوفاة، وإذا سقط المتبوع سقط التابع⁽¹⁾.

ومن المسائل التحسينية التي لم يهتم بها الفقه كما يجب، زينة المرأة التي لم يقرر لها أي حق، إلا عند الخوف من تضررها بتركها حيث أقر لها الكحل، والدهن، والحناء لرأسها لا ليديها ولا للدواء، ولا يلزم الزوج بعد ذلك بنفقة آلة المشط لشعر رأسها، ولا للمكحلة التي تستعمل في عملية التكحيل⁽²⁾، والأدهى من هذا كله عدم إلزام الزوج بدخول زوجته الحمام إلا لضرورة، فيحق لها عندئذ دخوله على نفقتها الخاصة، لأن ذلك يعد من قبيل التطبيب والدواء الذي لا يلزم به.

هذه هي صورة النفقة في الفقه المالكي أي في "الضروري" منها وهي صورة ولا شك تحمل الكثير من الملامح التي تعبر عن مكانة المرأة داخل المجتمع آنذاك، لذلك لا نزع بأن كفايتها من النفقة الواجبة لها قد لا تتحقق لسببين:

أ- إقتصار الفقه المالكي في "الضروري" من النفقة على "العادة" وهي مقاييس تتحكم إلى حد كبير في بُلُورَة نِطاقها كَمَّا وكَيْفًا، مما يدفع إلى الاعتقاد بأن ما كانت تحصل عليه من الزوج في الواقع هو دون هذا النطاق النظري الذي حدده الفقه.

ب- اعتماد "العادة" وعدم الحرص على تحسين مستوى عيش المرأة المتزوجة مادام الغرض هو مجرد الحفاظ على حياتها، أدى إلى وضع قواعد تنظم حق الزوج في التحلل من التزاماته المالية، وهي ليست كثيرة في المذهب المالكي، مثال ذلك العرف الملزم باصطحاب المرأة جهازا إلى بيت الزوجية يكون للزوج فيه حق الاستعمال والانتفاع، وكذا حرمان المرأة من بعض حقوقها في الطعام بمختلف أنواعه، وكذا من مستلزمات زينتها ونظافتها بدعوى أن ذلك دواء غير لازم على الزوج.

2- النفقة بين النص والواقع.

إن مستوى الإنفاق لا يخرج عن أحد الحدين: حد الكفاف وحد الكفاية، فما معنى كلا الحدين؟
حد الكفاف: وهو الحد الذي لا يشبع من خلاله إلا الضروري الأساسي من حاجات الإنسان، التي بإشباعها يحافظ على بقائه حيا من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن، بحيث إذا قلّ إشباع حاجاته عن حد الكفاف تعرض للهلاك.

(1) ابو الحسن علي بن احمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج2، دار الفكر، بيروت، ص136.

(2) حاشية الدسوقي، نفس المرجع السابق، ص 510-511.

أما حد الكفاية : فهو مستوى يستوعب حد الكفاف ويزيد، بحيث يصل إلى حد إشباع الحاجات الضرورية التي تستقيم بها حياة الإنسان، في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في زمن ومكان معينين، وبه يتحقق العيش الكريم اللائق بالإنسان، وقد لا يتوافق ذلك مع ما يقتضيه نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري وما يعتبره من الضروريات حسب العرف والعادة.

وحد الكفاية شرعا، هو ما ورد في قوله صلى الله عليه وسلم، حين اشتكت إليه هند بنت عتبة من بخل زوجها أبي سفيان فقال: "خدي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك"⁽¹⁾. ومما تقدم يمكننا التساؤل في ظل أي مفهوم يتحقق الإنفاق على المرأة، أ في ظل حد الكفاف أم حد الكفاية ؟ والإجابة من خلال:

أ- الغذاء والسكن.

ب- العلاج.

أ- الغذاء والسكن.

بالرجوع إلى ما تقدم حول النفقة، يمكن القول بأن هذه الأخيرة، و بالنسبة لشريحة واسعة من المجتمع الجزائري، في الظروف المعيشية السائدة حاليا بالخصوص، لا ترقى إلى سد الحاجات التي تلبي حد الكفاف، لأن تلبية حاجات الزوجة، من عنصري الغذاء والسكن خاصة، سواء تمت بناءً على إرادة الزوج المكلف بالإنفاق، أو بعد تدخل القضاء، تتم دون مراعاة كيفية ونوعية هذه التلبية ولا حتى حجمها، وإنما تقتصر هذه التلبية على الضروري تبعاً للعرف والعادة السائدين في كل جهة من الوطن. هذا رغم أن المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، وبعد أن تعدد بكل وضوح مشمولات النفقة من غذاء وكسوة وعلاج وسكن أو أجرته، أي ثمن إيجاره، تضيف هذه المادة إلى ذلك ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، مما يفتح المجال أمام القاضي واسعا في تقدير ما يمكن اعتباره من الضروريات في منظور العرف والعادة، المعيارين المتغيرين بتغير الزمان والمكان عبر الوطن. غير أن ما يجري في الواقع يخالف ذلك تماما، فعوض أن يكون العرف والعادة سببا في توسيع مجال الإنفاق بإضافة ما يمكن اعتباره، في منظورها من الضروريات، لمشمولات النفقة المبينة في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن عدة حاجات تدخل فعلا ضمن إطار الضروريات تبقى دون تلبية، بسبب تدخل الأعراف والعادات. ولذلك كان الأصوب أن يعتبر الضروري من حق المرأة في الإنفاق بما تستقيم به حياة الإنسان في مجتمعه، وفقا للظروف السائدة في هذا المجتمع بالطبع. إن إشباع حد الكفاف ليس محققا في ظل الظروف الاجتماعية السائدة حاليا، لعدد غير قليل من الأسر الجزائرية.

(1) أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفلق، الرياض، ط7، 1424-2003، ص345-346.

-صحيح البخاري، حديث رقم 5364، ج7، ص65.

-صحيح مسلم، حديث رقم 1714، ج3، ص1338.

كما أن نفقة الزوجة تظل من الحقوق الخاضعة لتقدير الزوج، ووفقا لما يحقق ما يراه صالحا له، مع ما يتعرض له هذا الأخير من ضغط المشكلة الاقتصادية، وهو مؤشر يثبت ما سبق وأن ذهبنا إليه، من تدني مستوى الإنفاق من حيث الكم والكيف معاً، سواء أكان الأمر متروكا لتقدير الزوج المنفق، أو بتدخل القضاء في ذلك إذا ما ثار نزاع.

ونادرا ما تلجأ الزوجة إلى القضاء بسبب الإنفاق وهي في عصمة زوجها ما لم يهجر هذا الأخير البيت أو يمتنع عن الإنفاق تماما. إن مبالغ النفقة المحكوم بها لا تحقق بالتأكيد حد الكفاف من الإنفاق للمرأة، فضلا عن تحقيق الحد الضروري منها بحسب العرف والعادة وفقا لما جاء في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

فإذا كانت هذه المبالغ المحكوم بها من طرف القضاء الجزائري لا تكفي لعنصر الطعام وحده، فأين باقي مشمولات النفقة من علاج ولباس وسكن؟.

ويبقى السكن إذا توفر، في نسبة منه غير صالح صحيا واجتماعيا، إما لكثرة أفراد الأسرة وعدم توفير العدد الكافي من الغرف خاصة في المدن، وإما لانعدام التجهيزات الضرورية التي تتطلبها الحياة العصرية من ربط بشبكة الكهرباء والغاز والمياه الصالحة للشرب وقنوات الصرف الصحي خاصة في الأرياف(1).

يبدو أن تعميم احتمال عيش الزوجة عند أهلها، مدة هجر زوجها لها أو نشوزها، على جميع الحالات من طرف القضاء، جعله يتناسى حق السكن الذي يعد بالضرورة من أساسيات الإنفاق الواجب على الزوج تجاه زوجته وفقاً لمدلول المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

مما تقدم يظهر بجلاء أن نفقة الزوجة في الظروف الحالية تظل من الحقوق الخاضعة لتقدير الزوج ووفقا لما يحقق ما يراه صالحا له وهو مؤشر يثبت ما سبق الإشارة إليه من تدني مستوى الإنفاق من حيث الكم والكيف معاً، سواء أكان الأمر متروكا لتقدير الزوج المنفق أو بتدخل القضاء في ذلك إذا ما ثار نزاع.

(1) Office National des Statistiques Annuaire Statistique de l'Algérie-Résultat 2010/1012- Edition 2014 - volume 30- page 38 a 44.

- حسب الإحصائيات العامة الأخيرة للسكان لسنة 2008 يبلغ عدد المساكن في الجزائر المسكونة فيها والشاغرة بمختلف أنواعها: 5024977

- الموصول منها بشبكة الكهرباء بنسب 94,5%

- الموصول بشبكة الماء الشروب بنسبة 80,8%

- الموصولة بشبكة الغاز 45,8

- الموصولة بالصرف الصحي 77,5

ب-العلاج.

أما بالنسبة للرعاية الصحية وإن كان يمكن تجاهل قدر الخدمات التي ما يزال يقدمها القطاع الصحي العمومي، كحد أدنى وضروري من العلاج، مع كل ما يمكن أن يقال عن تدني مستوى التكفل بعلاج المرضى، بسبب ما آلت إليه هياكل هذا القطاع من تدهور، خلال المرحلة الأخيرة. إلا أنه لا يمكننا نفي أن أغلب الولادات تتم في المستشفيات العمومية، مع كل ما يمكن أن يعاب عليها، مما يجنب المعوزين العودة للولادة التقليدية في البيوت، وما يحيط بها من مخاطر على الوالدة والمولود من جهة، ويخفف من جهة أخرى، عبئ مصاريف الولادة بالنسبة لغيرهم من طبقات المجتمع المختلفة، مصاريف تعتبر جد مرتفعة إذا ما تمت الولادة في عيادات القطاع الصحي الخاص، وإن كانت تتم بخدمات أكثر جودة وبعناية أكثر تركيز، رغم أن ذلك لا يحجب عن العيان ما يسود القطاع الصحي الخاص من فوضى، وما يتعرض له المرضى فيه من ابتزاز، وحتى للاحتيال في بعض الحالات. ناهيك عن انعدام تكفل صندوق الضمان الاجتماعي بأداءات مصاريف جميع الخدمات العلاجية، التي تتم داخل هذه المؤسسات مع تنبيه أصحابها مرضاهم مسبقاً على عدم إمكانية التعويض، عما يدفعونه من طرف الضمان الاجتماعي، وعدم تسليمهم أي دليل ثبوتي على ذلك، ويمكن إرجاع كل ذلك لعدم إخضاعه لقوانين وتنظيمات واضحة، ورقابة صارمة تسهلان على المواطن الاستفادة من خدماته .

إن هذه العوامل مجتمعة جعلت شريحة كبيرة من المواطنين كما سبق، يلجؤون مكرهين صوب التداوي بالأعشاب، وبمختلف الطرق التقليدية الغير مدروسة، مما جعل هذه الظاهرة تتزايد في المجتمع يوماً بعد يوم، وغير خاف ما لذلك من انعكاسات صحية سلبية على المجتمع ككل، وعلى المرأة بصفة خاصة، مما جعل وضعها الصحي يزداد خطورة في ظل غياب الجهة الاحتياطية التي تضمن لها التأمين على العلاج، خاصة إذا علمنا أن نسبة النساء العاملات المؤمن لهن اجتماعياً على المستوى الوطني لا تتعدى الـ 9.72% من مجموع النساء⁽¹⁾ مع تركّز هذه النسبة في المدن، هذا إضافة إلى ما تعانيه المرأة الحامل والمرضع من فقر الدم، لما يستنفذه الحمل والإرضاع من جهد جسدي ونفسي زائد، الأمر الذي ينعكس سلباً على الوضع الصحي للمرأة المتزوجة، ويستدعي عناية خاصة بها، من حيث المأكل والملبس لتعويض ما تحتاجه من طاقة أثناء مدة حملها، وهذا ما يتطلب بطبيعة الحال زيادة في الإنفاق كمّاً وكيفاً.

(1) OFFICE NATIONAL DES STATISTIQUES

- Annuaire Statistique de l'Algérie -Résultat 2007- 2009-Edition 2010- N° 40 -p 6 a 10.

- Collection statistique N°40.

- يبلغ عدد النساء في المجتمع الجزائري 17422000 نسمة من مجموع السكان ويبلغ عدد العاملات منهن 1447000.

ويزداد الوضع جدّة بالنسبة لنساء الأرياف، بسبب ما يتوجب عليهن بذله من مجهود داخل البيت وخارجه، لمساعدة الزوج. وهن مع ذلك لا تتلقين العناية الكافية أثناء مدة الحمل والوضع، ولا حتى أثناء مدة إرضاع المولود، فلا يستطعن تعويض ما يَفْقِدْنَ من طاقة، بسبب تدني حد الإنفاق، الذي يبقى في غالب الأحيان بعيدا عن حد الكفاف. خصوصا وأن العرف في الأرياف يلزم المرأة بالعمل على تنمية ثروة زوجها عن طريق الادّخار الذي يتم على حساب تلبية حاجاتها الاستهلاكية.

وتزداد الوضعية الصحية للمرأة الريفية المتزوجة تعقيدا في حالة إصابتها بمرض، إذ غالبا ما تجد نفسها دون سند حتى من الزوج، وإذا لم يَهَبْ ذُوها في حالة يسارهم لمعالجتها، تجد نفسها في غير ذلك من الحالات، مضطرة إلى اللجوء للعلاج التقليدي بالأعشاب، أو البقاء دون علاج أصلا، وإذا طال بها المرض كأن صار مزمنًا مثلا، قد يكون هو السبب في طلاقها، ليجد الزوج فيه مخرجا عوض التكفل بمصاريف علاجها، التي قد تفي بمهر امرأة أخرى يتزوجها، وفي أحسن الأحوال إبقائها كضرة والتزوج عنها ثانية.

يجب ألا يُفهم من خَوْصَصَةِ القطاع الصحي العمومي التخلي عن البرامج الوطنية الصحية، والوقائية، وما تبذله الدولة من نشاطات واسعة في التلقيح والتطعيم ومحاربة الأوبئة والأمراض الفتاكة. كما أنه يتعين إرساء نظام جديد للضمان الاجتماعي، بمستلزمات أكثر مرونة، وتحرير المريض من بيروقراطية الضمان الاجتماعي، في رفض التعويض لأسباب شكلية، والتأخر في استرجاع التعويض، وارتفاع قائمة الأدوية غير القابلة للتعويض يوما بعد يوم فيجب أن تتعامل هيئة الضمان الاجتماعي مباشرة مع قطاع الصحة، ويكفي المواطن تقديم رقم المؤمن لطلب خدمة صحية. أما ذوي الدخل الضعيف أو عديمي الدخل فيجب أن تكون هناك صرامة في إعداد القوائم المعفاة⁽¹⁾.

يبدو واضحا من خلال زهادة المبالغ المحكوم بها لنفقة المرأة من طرف القضاء، وبمراعاة مشمولات النفقة والمستوى المعيشي، أن تقدير هذه النفقة يرتكز أساسا على عنصر فريد من العناصر الواردة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، وهو عنصر الطعام، مع إهمال باقي العناصر الأخرى، وإلا كيف يمكن تفسير الحكم بمبالغ لا تكاد تغطي حتى الحد الأدنى الضروري من عنصر الطعام ؟ ولقد أورد المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، متأثرا بالفقه المالكي أنه: «يراعي القاضي في تقديره النفقة حال الطرفين...» ومراعاة حال الطرفين هذه، قد تعتبر إمعانا في دعم القضاء للحكم بمبالغ زهيدة، ذلك لأن مراعاة حال الطرفين قد يؤدي إلى الإجحاف في حق المرأة مرتين، مرة عندما تكون هي من وسط اجتماعي غير ميسور الحال، ويكون الزوج ميسور الحال،

(1) آيت عيسى عيسى، المجلة الخلدونية في العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، مرجع سابق، ص 52.

فيراعي القاضي حالها هي في تقدير مبلغ النفقة، ويحكم لها بمبلغ زهيد يوافق حال إعسارها ولا ينظر إلى يسار الزوج، وكأن هذا الأخير لا يلزم بالتوسيع على زوجته المعسرة. والحالة الثانية عندما تكون هي من عائلة ميسورة الحال والزوج معسر، وفي هذه الحالة يراعي القاضي بطبيعة الحال عند تحديده لمبلغ الإنفاق ما يستطيع الزوج تحمله، إذ لا فائدة كما سبقت الإشارة إليه، من الحكم بمبالغ باهظة يستحيل على الزوج دفعها فتؤدي به في نهاية الأمر إلى الحبس.

وبالتالي إذا كانت الحالة الثانية تساير العدل، من حيث عدم إرهاق المكلف بالإنفاق لعله أنه غير موسر، رغم أن زوجته من أسرة موسرة، فإن الأمر يختلف في الحالة الأولى، حيث يمكننا القول أن المرأة موسرة كانت أم معسرة قد تعرضت لإجحاف لا مبرر له، إذ كيف يراعى حال الزوج وهو معسر في تحديد مبلغ النفقة ولو كانت زوجته موسرة ويغض الطرف عن حاله وهو في حالة الميسرة وزوجته في حاجة إلى التوسيع عليها لعسرها ؟

ومما تقدم يتبين أن ربط حد الإنفاق بحال الزوج وحال الزوجة قد يؤدي إلى الوقوع في أوضاع أقل ما يقال عنها أنها غير عادلة، فالزوج تبعاً لذلك غير ملزم بالإنفاق على زوجته الفقيرة إلا بالقدر الذي يتناسب مع طبقتها الاجتماعية رغم يساره.

وكان العدل يقتضي أن يوسع الزوج الغني على زوجته الفقيرة التي قد تجد في ذلك فرصة الرفع من مستواها الاقتصادي والاجتماعي. وبذلك تكون قد تحققت المشاركة في عملية توزيع عادلة للثروة بين الناس عموماً والتقليص من حجم الفوارق الطبقيّة بين الزوجين بصفة أخص، الشيء الذي يعتبر من أسمى أهداف الشرع⁽¹⁾.

ولتجنب الوقوع في هذا الإجحاف كان بالإمكان التخلي عن معيار مراعاة حال الزوجين واستبداله بمعيار مراعاة حال الزوج وحده يساراً وإعساراً وهو ما يتوافق تماماً مع نص الآية السابعة من سورة الطلاق التي تحث على أن ينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بقدر طاقته إذ لا يكلف الله نفساً إلا بقدر ما آتاها، وكذلك نص الآية 263 من سورة البقرة التي تبين أن الإنفاق حسب طاقة الزوج، كما كان بالإمكان أيضاً الأخذ بمعيار التوسط في جميع الأحوال. ومن الملاحظ أن معيار مراعاة حال الزوجين في تقدير النفقة يوافق تماماً المبالغ التي دأب القضاة على الحكم بها، والتي سبق وأن أشرنا إلى مدى عدم كفايتها.

(1) سورة الطلاق، الآية 7.

- سورة الحشر، الآية 7. يقول تعالى «كي لا يكون دولة بين الأغنياء...» معناها: أي جعلها هذه المصارف لمال الفيء كي لا يبقى مأكلة يتغلب عليها الأغنياء ويتصرفون فيها بمحض الشهوات والآراء ولا يصرفون منه شيئاً إلى الفقراء.
- ابن كثير، ج 4، مرجع سابق، ص 303.

ثانيا- الطابع العيني الاستهلاكي للنفقة ودور العرف في مشاركة الزوجة فيها.

تتميز النفقة عموماً بطبيعتها العينية الاستهلاكية، لكون الزوج لا يكلف عرفاً بتقديم المبالغ التي تصرفها الزوجة على الإنفاق، وإنما يلتزم بتقديم الإنفاق عيناً، وجلب جميع ما تحتاجه الأسرة من مواد ضرورية لحياتها إلى البيت، ولا تكلف الزوجة عادة بالشراء، خاصة في الأرياف إلا في الحالات الاستثنائية كغياب الزوج لمدة طويلة نسبياً. ونتناول من خلال ما يلي:

1- الطابع العيني الاستهلاكي للنفقة.

2- دور العرف في مشاركة الزوجة في النفقة.

1- الطابع العيني الاستهلاكي للنفقة.

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «تشمل النفقة الغذاء والعلاج والكسوة والسكن أو أجرته....» فكل مشمولات النفقة بحسب نص هذه المادة أشياء عينية، ما عدا السكن استثناء عند عدم إمكانية توفيره عيناً، وهي السمة الغالبة للنفقة في مجتمعنا، فالإنفاق على الزوجة يتضمن إطعامها وكسوتها ومعالجتها عند المرض وإسكانها، وكلها عناصر عينية استهلاكية، لا تعطى للمرأة إلا في شكلها العيني الذي يتطلب الاستهلاك الفوري أو التدريجي مع بقية أفراد الأسرة. ومن الطبيعي أن الإنفاق الذي يتم على هذه الصورة لا يسمح للزوجة لا بتملك ولا بادخار أي شيء من حقها في مشمولات نفقتها، ما دامت تستوفيها عيناً ضمن مجموع أفراد أسرتها، وما دام الحال لا يسمح لها بامتلاك ولا بادخار شيء من حقها في نفقتها، فهي من باب أولى لا تمتلك إمكانية التصرف فيه لمصلحتها الشخصية، لتعارض ذلك مع طبيعة العرف الذي وافقه نص القانون، وكذا طبيعة عينية عناصر النفقة، التي تتطلب الاستهلاك الفوري، وبذلك فتقديم النفقة من طرف الزوج عيناً بعناصرها الأربعة، كما وردت في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، يظل محكوماً بتدخل الزوج من حيث تحكمه في مصادر الإنفاق النقدية، ويستوي الأمر إذا كان هو الأجير الوحيد المعول عليه، أو كانا أجيرين معاً يشتركان في تقاسم أعباء الإنفاق على الأسرة، حيث يراقب عادة الزوج في الحالة الأخيرة أوجه إنفاق الزوجة لمردودها من عملها، خصوصاً إذا ما تعلق الإنفاق بالأشياء اللصيقة بشخصها كاللباس والمصوغ والزينة وغيرها.

ويزداد طابع عينية عناصر النفقة حدة في الأرياف، حيث ليس للمرأة أي نصيب في المال النقدي خارج ما تأكله أو ترتديه، في إطار الحد الضروري ضمن أفراد أسرتها، مما تسمح به إرادة الزوج المنفق. وكما رأينا يدعم هذا التوجه القانون وتطبيقات القضاء.

ويبقى حق النفقة على العموم من حقوق الزوجة التي ليس لها سلطة التصرف فيه، ولا حتى الحرية في اختيار بعض عناصره. بل أنه لا يزال لأقارب الزوج في كثير من الأحيان دخل فيه خاصة في الأرياف.

ومما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن الزوجة تعتبر فاقدة لسلطة التصرف في حقها في النفقة، إذ يستحيل عليها امتلاك أي شيء منه، أو ادخاره، ما دامت تحصل عليه في شكله العيني الاستهلاكي، وهي في ذلك تضاهي بمكانتها من لا حرية له.

وقد أوردت الآية 75 من سورة النحل مقارنة معبرة، وصف الله تعالى فيها العبد المملوك بعدم القدرة على أي شيء، لانعدام ملكيته لأي شيء، كونه هو ذاته مملوكًا، وقارنه بمن أوتي رزقًا حسنًا ينفق منه كيف يشاء سرًا وجهراً⁽¹⁾. والعلة في ذلك، أن الملكية إحساس بالقدرة على التصرف بحرية، في السر والعلن، فملكية الشيء مقرونة بحرية التصرف فيه، وتلك نقطة التفرقة بين من يملك ومن لا يملك، وهو تفاوت يتضح لنا من خلاله، وضعية المرأة المتزوجة، تجاه حقها في نفقة تتلقاها في شكل عيني استهلاكي، لا يد لها في اختيار حجمها ولا نوعها ولا كيفية تقديمها، خاضعة في ذلك لعرف اجتماعي، يجعل منها مستهلكة في الظاهر، في حين أن حاجات غير قليلة لا تستطيع سدها، مع انعدام الوسيلة المادية لديها لتحقيق ذلك.

والخلاصة، يمكن القول أن الزوجة لا تُمكن من حقها المعترف لها به شرعًا وقانونًا في النفقة، ما دامت لا تستطيع تملكه وادخاره ما تريد منه، والتصرف فيه.

غير أنه لا بد من الإشارة إلى، أن هذه الوضعية تتفاوت درجة حدتها من زوجة إلى أخرى، فهي بالنسبة للزوجة الماكثة بالبيت أشد مما هي عليه بالنسبة للزوجة العاملة بأجر، وهي بالنسبة للزوجة الريفية أشد مما هي عليه بالنسبة للزوجة الحضرية.

وفي جميع الحالات، فكل ادخار توفره الأسرة أيًا كان مصدره، يعتبره الزوج من ضمن أمواله، مما يحرم المرأة غير العاملة من الاستفادة من أي ادخار، قد تكون هي التي تسببت في جمعه، بل قد يتعدى الأمر ذلك باستحواذ بعض الأزواج على ما أدخرته أزواجهن العاملات من فائض أجورهن.

وهذا رغم صراحة نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". ولقد جاءت هذه القاعدة لتملأ فراغا كان يسبب إحباطا للمرأة، خاصة في

(1) سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد 4، دار الشروق، ط 6، 1990، ص 2103.

حالة الطلاق، حيث لم يكن لديها أية وسيلة، تطالب من خلالها بالحصول على حقها فيما شاركت به في تكوين الثروة المشتركة بينها وبين زوجها⁽¹⁾.

وفي ظل هذه المعطيات، يمكن القول بعدم تغير وضع المرأة المادية بالزواج، وكل ما في الأمر أن العناية بالإففاق عليها في المأكل والملبس والسكن والعلاج، قد انتقلت من ذمة والدها إلى ذمة زوجها، مع الزيادة في تحمل أعباء الأسرة بعد الزواج عما كانت عنه في بيت أبيها.

2- دور العرف في مشاركة الزوجة في النفقة.

إن إبراز الطابع العيني الاستهلاكي للإففاق في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، لا يعدو أن يكون تماشياً ودعماً لأثر العرف عليه، مما يفسر خضوع المرأة التام لذلك الطابع، وعدم تخصيص مبلغ مالي لها، يمثل حقها في النفقة على عكس ما هو معمول به عند تحديد مقدار مهرها. فالمرأة بعد الزواج، إن لم تكن عاملة بأجر أو ذات مورد مالي خارج عن نطاق مال زوجها، يصعب تصور أي مورد يمكّنها من ملكية مال خاص بها، الشيء الذي يجعل من الزوج الواجبة الاقتصادية والاجتماعية للأسرة، بينما تظل المرأة مجرد تابع له، رغم أن العرف يفرض عليها العمل على تطوير حياة الأسرة وتأمين وإنماء دخلها⁽²⁾، مهما كان مصدره ليصبح من مال الزوج الخاص، رغم ما تتحمله الزوجة من تضحيات إلى درجة تقليص نفقتها إلى أبعد حد ممكن، وأيا كان مستوى هذه النفقة⁽³⁾.

إن الزوجة في مجتمعنا، تخضع لتلقائية عرفية متوارثة، تجعلها تعمل بكل ما أوتيت من قوة، على تنمية مال الزوج وملكياته للأشياء، بواسطة مساعدته على الاقتصاد في صرف دخله، وإضافة أي مال شخصي قد تحصل عليه، في الغالب، من أجرة عمل أو إرث أو غيره، والعمل على تقليص طلباتها الاستهلاكية كما وكيفاً.

هذا وأنه من المعلوم بمكان، في العديد من أسر المجتمع وخاصة الريفية منها، يعتبر تبجيل الزوج بالطعام باعتباره رب الأسرة العامل والمنفق عليها أمراً متعارفاً عليه من طرف الجميع، وتتناول المرأة طعامها متى استوفى الزوج كفايته منه، وكذا فيما يتعلق بالملبس فالأولوية للزوج والأطفال، وهكذا تتوالى تضحيات الزوجة من أجل تكوين ادخار لصالح زوجها.

إن هذه المسؤولية الأدبية عن إنماء أو تدهور ثروة الزوج، التي يُحمّلها المجتمع للزوجة، بواسطة القواعد العرفية، تَوَلَّدَ عليها ضغط اجتماعي يؤدي إلى التقليص من حق التمتع بنفقتها كما وكيفاً، مما تنعكس آثاره سلبياً عليها.

(1) Malika Boulouare، « Op.Cit، p 117.

(2) فالأمثلة الشعبية كثيرة التي تعكس بوضوح المسؤولية الملقاة عرفاً على عاتق الزوجة في تامين وإنماء ثروة زوجها، إذ يتكلف الرجل بالجلب بينما تتكفل المرأة بالمحافظة على المجلوب وإنماءه عن طريق الاقتصاد وحسن التصرف فيه.

(3) هذا أن رغم المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري تنص على انفصال ذمة الزوجين.

هذا ومهما بذلت الزوجة في سبيل زيادة حجم المدخرات، لن تمتلك حق التصرف في شيء، مما تم ادخاره بجهد وتدبير وتضحية منها.

من مجمل ما سلف، يمكن أن نخلص إلى أن الحقوق المالية للمرأة، أثناء زواجها تظل قاصرة، من جهة وبعيدة كل البعد عن اتصافها بصفة رأس المال. فالمهر وهو أول حق مالي لها، يتم التصرف فيه وتحويله إلى جهاز، هو عبارة عن أشياء عينية من فراش وأثاث يكون للزوج حق الانتفاع به واستعماله، ويدعم هذا الاتجاه قواعد الفقه المالكي⁽¹⁾، الذي تجد تطبيقات القضاء سندها ومصدرها فيه.

رغم الآيات الدالة دلالة قطعية، على عدم جواز التصرف في مهر الزوجة، ولو بأخذ شيء منه مهما بلغ حجم هذا المهر⁽²⁾. ينضاف إلى ما تقدم أن الزوجة قد تتنازل عن جزء من مهرها. بالبيع لسد احتياجات أسرتها، أثناء حياتها الزوجية، إذا كان معجلاً، أما بالنسبة للمهر المؤجل أو الجزء المؤجل منه، فقد تتنازل عنه الزوجة طوعاً أو كرهاً في حالة الطلاق الخلعي⁽³⁾، أو الطلاق بالتراضي، الذي ما هو في حقيقته إلا خلعاً مقنعاً⁽⁴⁾. ومما يعزز هذا الاتجاه أن جميع أحكام الطلاق بالتراضي تفقد فيها النساء المطلقات جميعهن، دون استثناء، حقوقهن أو تتنازلن عنها مقابل حصولهن عن الطلاق. ومجموع عدد هذا النوع من الأحكام بالنسبة لمجموع أحكام فك الرابطة الزوجية كبير، وبفقد حقوقها تكون المطلقة قد استحالت عليها الاستفادة من مهرها في تكوين أي ادخار وإنشاء أي ملكية خاصة بها، هذا بالنسبة للمهر، وبعد وقوع الطلاق يستأثر الزوج بكل ما تم ادخاره أثناء الحياة الزوجية، سواء أكان ذلك من دخل الزوج ونتيجة لمجهوداته، أو من دخل الزوجة ونتيجة لمجهوداتها وتضحياتها، حتى بالتقدير في النفقة كماً وكيفاً، أو بإضافات من دخلها الخاص، كأجرها أو كنصيبها من الإرث مثلاً إلى مال الزوج، مما ينعكس سلباً على الوضعية المالية للمرأة المتزوجة بعد انحلال رابقتها الزوجية سواء بالطلاق أو بوفاة الزوج عنها، حيث تفقد كل ما كانت سبباً في ادخاره، ما عدا نصيبها المفروض من التركة، ورغم ذلك كله تبقى النظرة السائدة في المجتمع إليها في نهاية المطاف أنها مجرد كائن استهلاكي غير منتج، أكثر من النظرة إليها بأنها عنصراً أساسياً وفعالاً في تكوين الادخار الشخصي للأسرة، بما تكابده من

(1) راجع النفقة في الفقه الإسلامي.

(2) سورة البقرة الآية 229.

- سورة النساء الآية 19.

- وقد جاء في تفسير ابن كثير، مرجع سابق المجلد الأول ص 238 وص 412 «.....أي لا تضار وهن في العشرة لترك لك ما أصدقها أو بعضه أو حقا من حقوقها عليك أو شيئاً من ذلك على وجه القهر لها والإضرار».

(3) عبد القادر داودي، مرجع سبق ذكره، ص 348-349.

- قال مالك في المفدية التي تفدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضر بها، وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق ورد عليها مالها. انظر:

- أبي بكر محمد بن عبد الله، ابن العربي الأندلسي، القبس في شرح موطأ بن أنس، المجلد 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ 1998 م، ص 118.

(4) كال مسعوده، مرجع سبق ذكره، ص 46.

تضحيات بسبب التقدير في عناصر نفقتها لتضيفه إلى مال الزوج، لكي لا يعترف لها في الأخير بأي نصيب من هذا المال.

إضافة إلى ما تقدم تبقى في الأخير، معالجة ما جاء به تعديل نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، فإن حق اشتراط كلا الزوجين على الزوج الآخر ما يراه ضروريا في عقد الزواج مضمونا في نص المادة 19 من القانون 11/84 فما الذي أضافه التعديل الوارد على هذه المادة بالأمر رقم 05-02 والمتضمن الصيغتين التاليتين: "أو في عقد رسمي لاحق" وكذا "ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة" أضاف المشرع هتين الصيغتين في التعديل، لتدارك أحد الأمرين، أو كلاهما معا.

الأمر الأول: هو الحالة التي يكون فيها أحد طرفي عقد الزواج، وخاصة الطرف الضعيف منهما "وهو الزوجة" يجهل ما يخوله القانون من حق الاشتراط على الطرف الثاني حين إبرام عقد الزواج، فيوقع العقد دون الإشارة إلى الشروط التي كان سيشترطها لو علم بإمكانية ذلك، فتفوته فرصة الاستفادة من حق من حقوقه القانونية، وللحيلولة دون ذلك، سعى المشرع بواسطة صيغة "أو في عقد رسمي لاحق" الواردة في التعديل، إلى ترك الباب مفتوحا، لمن فاتته فرصة الاشتراط عند إبرام عقد الزواج، ليتدارك ما فاتته بواسطة إبرام عقد رسمي لاحق يكون بمثابة ملحق لاستندراك ما فات.

أما الأمر الثاني: فهو الحالة التي تنشأ فيها بين طرفي عقد الزواج حقوق والتزامات طارئة بعد تاريخ إبرام عقد الزواج، فيكون العقد الرسمي اللاحق بمثابة إعادة التحيين (actualisation) لعقد الزواج، بإضافة ما طرأ من حقوق وواجبات بين الزوجين إلى عقد الزواج، بواسطة عقد رسمي لاحق ومكمل للعقد الأصلي.

أما صيغة "ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة" فقد وردت مباشرة بعد عبارة "كل الشروط التي يريانها ضرورية" فبعد أن فتح المشرع للزوجين الباب على مصريه، لإدراج أي شرط يعتقدان أنه ضروريا في عقد الزواج، خصّ هذين الأمرين بالذكر ليس على سبيل المثال فقط كما يرى البعض، وإنما عن قصد، لما يثيره هذان الأمران من جدل، وما يتسببان فيه من خلافات زوجية عديدة، فبذكرهما على وجه التخصيص يكون المشرع، قد سد بابا من أبواب الخلاف بين الكثير من الأزواج، سواء بالاشتراط عند إبرام عقد الزواج، أو بتداركه بعقد لاحق، أو حين نشوء الحق إذا كان حديث النشأة.

ويجدر بنا التساؤل في هذا المضمار، عما إذا كان يمكن للزوجة أن تشتترط على زوجها تمكينها من العصمة⁽¹⁾ سواء كان ذلك بواسطة طلاق التملك أو طلاق التخيير⁽²⁾ علما بأن ذلك لا يخالف

(1) أ. عبد الحفيظ أوسوكين، مرجع سابق، ص 79.

(2) الإمام مالك بن أنس الأصبحي- ملحق المدونة الكبرى- ج 5، دار الكتاب العلمي، بيروت، ط 1، 1994، ص 322 وما بعدها.

- أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي الأندلسي المالكي، القبس في شرح موطأ بن أنس، المجلد 3، المرجع السابق، ص 97 (...أن عبد الله بن عمر كان يقول إذا ملك الرجل امرأته أمرها فالفضاء ما قضت به...).

الشرع⁽¹⁾، وكذا في حالة ما إذا قصر الزوج في الإنفاق على زوجته، ورفعت الأمر إلى القاضي، فإن القاضي يحكم على زوجها بأن يدفع لها مبلغا ماليا محددا كنفقة، وقد سميت هذه الطريقة بطريقة التملك⁽²⁾، وتجنبنا لتقصير الزوج ودرءا لخرج تقاضي الزوجين أمام المحاكم، هل بإمكان الزوجة أن تشتترط على زوجها أن يمكنها من نفقة التملك عوض نفقة التمكين؟⁽³⁾.

هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية، فإنه يصعب تصور وضعية الزوجة التي تطالب زوجها بعد فترة من الزواج، أن يصاحبها إلى الموثق لإبرام عقد لاحق، تشتترط فيه عليه أن لا يعيد الزواج، أو ألا يمنعها من مزاولة العمل، أو أن يعترف لها رسميا بحق من حقوقها في ذمتها، وإذا رفض ذلك وهو الشائع فما الحل؟

ويمكن تدارك مسألة جهل المقبلين على الزواج بحقهم، باشتراط ما يروونه ضروريا في عقد الزواج، بتوزيع مطبوعات مثلا توضح لهم وتذكرهم بحقوقهم، ومنها حقهم في الاشتراط الوارد بنص المادة 19 والمادة 37، إضافة إلى تكليف الموظف العمومي، أو الموثق المناط بهما مهمة تسجيل عقود الزواج عند إبرامها، بتذكيرهم بذلك، ليضعهم على بينة مما خولهم القانون. بقيت الإشارة إلى أنه لا بد من تقريب نص المادتين 19 و37 من بعضهما ليكمل كل منهما الآخر، وقد خصص المشرع الفقرة الثانية من المادة 37 لتنظيم العلاقة المالية التي تنشأ بين الزوجين، وإمكانية التنصيص عليها وتفصيلها سواء في عقد الزواج إن نشأت هذه العلاقة قبل إبرامه، أو في عقد رسمي لاحق إن كانت قد نشأت بعد إبرام عقد الزواج.

ولم يأت قانون الأسرة الجزائري في هذا الأمر بجديد، بل استمد من كتاب الله في الآية 282 من سورة البقرة حيث يقول المولى عز وجل: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه..." وفي هذا إرشاد منه تعالى لعباده المؤمنين، إذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة أن يكتبوها، ليكون ذلك أحفظ من مقدارها وميثاقها...⁽⁴⁾. كما جاءت هذه الآية الكريمة لتعطي للمال حقه وترفع من شأنه، فإنه قوام الحياة، فقررت واجب الحفاظ عليه، وذلك بكتابة الديون والإشهاد عليها... وحرمت على المتدائنين أن لا يكتبوا ديونهم، ولو كانت صغيرة قليلة، فقال تعالى: "ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله"⁽⁵⁾، فالكتابة أمر مفروض بالنص غير متروك للاختيار في حالة الدين إلى الأجل⁽⁶⁾. ومن المعلوم أن ذمتي

(1) لمزيد من التفصيل انظر:- ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1434-2012، ص397 وما بعدها.

(2) أ. عبد الفتاح تقي، مرجع سبق ذكره، ص175.

(3) بلقاسم شتوان، مرجع سبق ذكره، ص145-146-149-150.

(4) محمد علي الصابوني، مرجع سبق ذكره، ص252.

(5) أبي بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، المجلد 1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1995، ص272 إلى 275.

(6) سيد قطب، مجلد 1، مرجع سبق ذكره، ص334-335.

الزوج والزوجة منفصلتين بنص المادة 37 على أنه: "لكل من الزوجين ذمة مالية منفصلة عن ذمة الآخر".

المطلب الثاني: حقوق المرأة المالية بعد انحلال الرابطة الزوجية والآثار المترتب عليها

عالج المطلب الأول الحقوق المالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية من مهر ونفقة، ويتناول هذا المطلب حقوقها المالية بعد انحلال هذه الرابطة، إما بسبب الطلاق أو بسبب الترميل.

فبصفتها مطلقة يتعرض إلى حقها في النفقة والسكن أثناء فترة العدة، ثم حقها في التعويض أو المتعة لجبر الآثار السلبية للطلاق الموقع من طرف الزوج إذا كان غير مبرر، مع بيان موقف المشرع الجزائري ثم نرى إلى أي حد تفاوتت وجهات نظر الفقه الإسلامي.

وبصفتها أرملة فقدت زوجها فسنحاول أيضا التطرق إلى موقف المشرع الجزائري مع محاولة ربطه بموقف الفقه الإسلامي، وما أوجبه لها من حقوق بعد وفاة زوجها، وليس كل طلاق أو ترميل يوجبان نفس الحقوق بل لا بد من توفر شروط معينة، وسنتعرض من خلال هذا المطلب إلى فرعين كالتالي:

- الفرع الأول: حقوق المطلقة المالية والآثار المترتبة عليها.

- الفرع الثاني: حقوق الأرملة المالية وآثارها السلبية.

الفرع الأول: حقوق المطلقة المالية والآثار المترتبة عليها.

يتناول هذا الفرع حقوق المرأة المالية بعد انحلال رابطة الزوجية بسبب طلاق، وهي النفقة والسكن أثناء مدة العدة، وكذا حقها في المتعة أو التعويض، وتترتب لها هذه الحقوق بسبب الطلاق. وقد لا تحصل المطلقة على هذه الحقوق مجتمعة، بحيث يحكم لها ببعضها فقط وذلك وفقا لكل حالة من حالات الطلاق على حدة، ومن المعروف أن الطلاق الذي تثبت به الحقوق لا بد أن يسنده زواج صحيح ودخول، ليتمكن القول باستحقاق المطلقة لكل أو بعض تلك الحقوق، إما بالتنفيذ على الزوج مباشرة، أو بواسطة صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01/15 بتاريخ 2015/01/04 المتضمن صندوق النفقة، ووفقا للشروط المنصوص عليها. وفي ما يلي دراسة هذه الحقوق والآثار المترتبة عليها من خلال البندين التاليين :

- البند الأول: حقوق المطلقة المالية

- البند لثاني: آثار حقوق المطلقة المالية.

البند الأول: حقوق المطلقة المالية.

من خلال هذا البند ستتم معالجة كلا من النفقة والسكن أثناء مدة عدة المطلقة والمتعة ثم دور صندوق النفقة المستحدث بموجب القانون رقم 01/15 المؤرخ في 2015/01/04 كآلية لحماية المطلقة، وذلك كالتالي:

أولاً: النفقة والسكن أثناء مدة العدة، وحق المتعة (التعويض)

ثانياً: دور صندوق النفقة كآلية لحماية المطلقة.

أولاً: النفقة والسكن أثناء مدة العدة، وحق المتعة (التعويض)

عالجت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري مسألة نفقة وسكن المطلقة المعتدة من خلال النص التالي: "لا تخرج الزوجة المطلقة... من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها...إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، ونصت المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وعليه ستتم دراسة هذه العناصر كالتالي:

1- النفقة والسكن أثناء مدة العدة.

2- حق المتعة (التعويض).

1- النفقة والسكن أثناء مدة العدة.

استناداً إلى نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة العدة، ويجب على مطلقها أن يتحمل هذه النفقة، وعلى المحكمة أن تحكم بها وتحددها إجمالياً أو شهرياً وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق⁽¹⁾، وقد تحتفظ لها بحقوقها في حالة عدم طلبها.

وتستحق المطلقة المعتدة...نفقة العدة التي يراعى فيها حال الزوج يسارا وإعسارا بشرط عدم خروجها من منزلها، وعليه إذا خرجت من بيت الزوجية أو سكنت منزلاً آخر دون ضرورة يقدرها الشارع، فتعتبر حينئذ ناشراً ويسقط حقها في نفقة العدة⁽²⁾. وبذا يكون المشرع الجزائري وفقاً لنص المادة 61 من قانون الأسرة قد أقر للمطلقة حق النفقة أثناء مدة عدتها، غير أنه أغفل التفرقة كما هو الحال في الفقه الإسلامي بين حالتي الطلاق الرجعي والطلاق البائن كما سنرى لاحقاً.

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص291.

- قرار المحكمة العليا، رقم 41560 بتاريخ 1986/4/7، المجلة القضائية 1989، العدد 2.

- قرار المحكمة العليا، رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية، 1989 العدد 3، : تستحق الزوجة نفقة العدة سواء كانت ظالمة أو مظلومة.

(2) بلحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص376-377.

أما من جهة القضاء فقد درجت مختلف محاكم القطر الجزائري عن الحكم بالنفقة إجمالاً أو شهرياً مدة العدة⁽¹⁾، غير أنه لا يحكم لها بها في بعض الحالات كحالة الخلع والطلاق بالتراضي الذي تتنازل فيه عن جميع حقوقها، حيث ينص على ذلك في الحكم القاضي بالطلاق⁽²⁾ ويعتبر ذلك بمثابة الخلع المقتنع.

أما الفقه الإسلامي فقد فرق في نفقة العدة⁽³⁾ بين المطلقة طلاقاً رجعيّاً والتي اعتبرها لا تثير أي إشكال كونها تعتبر بمثابة الزوجة ولمطلقها حق مراجعتها أثناء العدة متى رغب في ذلك، مستنديين إلى نص الآية الكريمة "... فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ..."⁽⁴⁾. غير أن الإشكال يثور بالنسبة للمطلقة طلاقاً بائناً، حيث اختلف الفقهاء حول فهم ما ورد في شأن ذلك في الكتاب والسنة، وانقسموا إلى ثلاث فرق:

الفريق الأول:

ويتزعمه عمر بن الخطاب وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنهما، وسائرهما الأحناف ودليل هذا الفريق في وجوب النفقة والسكن للمبانة قوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ..."⁽⁵⁾ وقوله تعالى: "... وَلَا يَخْرُجْنَ..."⁽⁶⁾ جاء عاماً ليشمل كل المطلقات كيفما كان الطلاق، وإذا وجب عليها القرار في بيت مطلقها للعدة بمقتضى الآية محتبسة وجبت لها النفقة لأجل الاحتباس⁽⁷⁾، وقد سبق القول أن الأحناف جعلوا أساس النفقة الاحتباس.

الفريق الثاني:

يرى عدم استحقاق المبانة للنفقة والسكن أثناء عدتها، ودليله ما روته فاطمة بنت قيس عن النبي عليه الصلاة والسلام، حين طلقها زوجها أبو عمر بن حفص طلاقاً صادف الثلاث وهو غائب بالشام فأرسل إليها مع وكيل له شعيراً، فلم ترض به فأخبرها أن ليس لها على موكله شيء، فرغبت في استفسار النبي عليه الصلاة والسلام عن ذلك فقال لها "ليس لك عليه نفقة" وأمرها بالاعتداد في بيت أم شريك، ثم قال عليه الصلاة والسلام: "تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي عند عبد الله بن أم مكتوم"⁽⁸⁾.

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 291.

(2) محكمة الساناي (وهران)، قسم الأحوال الشخصية، حكم رقم 2000/131، وحكم رقم 2000/664، القاضي بالطلاق بالتراضي بدون قيد أو شرط.

(3) أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 1408 هـ، 1988، ص 18-19.

(4) سورة الطلاق، الآية 1.

(5) سورة الطلاق الآية 6.

(6) سورة الطلاق الآية 1.

(7) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج 3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1335، ص 614 وما بعدها.

- شمس الدين السرخسي، ج 5، مرجع سابق، 201 وما بعدها.

(8) الإمام مالك، ج 2، مرجع سابق، ص 21-32.

وساندها ابن عباس وسائرهما الحنابلة والظاهرية. ويرى أصحاب هذا الفريق أن سياق الآية الأولى والسادسة من سورة الطلاق واحد يخص المطلقة طلاقاً رجعيًا، وأما النص على وجوب النفقة إن كان هناك حمل فمرده إلى طول المدة التي يستغرقها الحمل عادة، لذلك كان النص على الإنفاق إلى وضع الحمل.

وحاول ابن القيم الدفاع عن هذا المعنى فقال بعد حديثه عن الآية الأولى من سورة الطلاق أنها تخص الطلاق الرجعي، ثم ذكر سبحانه وتعالى الأمر بإسكان هؤلاء المطلقات فقال: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم" فالضمائر كلها متحد مفسرها، وأحكامها متلازمة، وكأن قول النبي عليه الصلاة والسلام إنما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة، مستفاد من كتاب الله عز وجل مفسراً له وبياناً لمراد المتكلم به منه، فقد تبين اتحاد قضاء الرسول عليه الصلاة والسلام وكتاب الله عز وجل... فإن النفقة إنما تكون للزوجة فإذا بانّت منه صارت أجنبية حكمها حكم سائر الأجنيات، ولم يبق إلا مجرد اعتدادها منه(1).

ويمكننا التساؤل هنا عن الهدف من العدة بصفة عامة، أليس هو التأكد من براءة الرحم؟ وفي حالة ثبوت حمل المبانة، ألا تكون قد استحققت النفقة حتى تضع حملها؟ إذا فما الذي يمنع من الإنفاق عليها أثناء مدة عدتها؟

الفريق الثالث:

هذا الفريق يرى أن للمبانة السكن في العدة دون النفقة، وقال بهذا الرأي مالك والشافعي ودليله ما روته فاطمة بنت قيس، في الحديث الذي سبقت الإشارة إليه(2)، وما جاء في القرآن(3) من وجوب السكن للمطلقات ومن بينهن المبانات، مع ربط الإنفاق بوجود الحمل إلى الوضع للمبانة(4). هذه كانت أراء الفرق الفقهية الثلاثة التي تناولت مسألة النفقة بالنسبة للمبانة. وملخص ما ذهب إليه الفريق الأول، هو استحقاق المبانة النفقة والسكن معاً، معتبرين أن الآيتين الأولى والسادسة من سورة الطلاق وردتا عامتين، تشملان الطلاق بنوعيه الرجعي والبائن.

(1) محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤسسة العربية للطباعة والنشر بيروت- د. ت. ط، ص 158

(2) الإمام مالك- الموطأ- نفس المرجع السابق، ص 21-32.

- أحمد فتحي بهنسي، مرجع سابق، ص 21.

(3) سورة الطلاق، الآية 6.

(4) مدونة مالك، نفس المرجع السابق، ص 470.

- أبو بكر محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج 2، مطبعة السعادة، ط 1، 1331 هـ، ص 269-270.

- الشافعي، ج 5، مرجع سابق، ص 253.

أما الفريق الثاني الذي خالف سابقه، يرى عدم استحقاق المبانة أثناء عدتها للنفقة وللسكن معا، حيث اعتبر أن الآيتين الأولى والسادسة من سورة الطلاق لم تتناولوا إلا المطلقة طلاقا رجعيا، ودعموا رأيهم بالاستناد إلى حديث فاطمة بنت قيس الذي روته عن النبي عليه الصلاة والسلام .

أما الفريق الثالث، فقد اتخذ موقفا وسطا يرى فيه عدم استحقاق المبانة للنفقة إلا إذا كانت حاملا طبقا للآية السادسة من سورة الطلاق مع حقها في السكن.

- السكن أثناء مدة العدة

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة سكن المطلقة أثناء مدة عدتها في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على أنه "لا تخرج الزوجة المطلقة... من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها... إلا في حالة الفاحشة المبينة..."، وبذا نجد أن المشرع الجزائري قد أقر للمطلقة الحق في السكن مدة عدتها ببيت الزوجية دون مراعاة نوع الطلاق رجعيا كان أم بائنا، على ألا تغادره إلى مسكن آخر دون ضرورة يقدرها الشارع، مما يجعلها في موضع الناشز أو ارتكبت ما يعد بمثابة الفاحشة المبينة (1).

وهذا ما يوافق موقف الشريعة الإسلامية كما سنرى لاحقا حيث فرض القرآن الكريم حق المعتدة عموما، ومنها المطلقة، في السكن ببيت الزوجية مدة عدتها، ونهى عن إخراجها منه، وكذا عن خروجها إلا في حالة إتيانها بفاحشة مبينة (2).

هناك حالة أخرى، تضمن لها فيها المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري الحق في السكن، شريطة أن تكون حاضنة لأطفال مع وجود حكم يقضي لها بذلك، حيث تنص المادة: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك، فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." لقد وردت هذه المادة (72) لتصحيح وضع غير عادل كانت تعاني منه المرأة الحاضنة، التي بمجرد طلاقها تجد نفسها وصغارها دون أي مأوى، حيث لم تكن المادة قبل التعديل، تضمن لها أي حق في السكن (3).

يبقى علينا أن نتساءل عن موقف القضاء في الموضوع، من الملاحظ أنه رغم أن المشرع الجزائري قد اعتبر مكوث المعتدة ببيت الزوجية أثناء عدتها واجبا (4)، مسائرا في ذلك الشريعة

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 377.

- المحكمة العليا (غ.أ.ش) 22 أكتوبر 1984، ملف رقم 4327، المجلة القضائية رقم 89، العدد 3.

- المحكمة العليا (غ.أ.ش) 9 جويلية 1984، ملف رقم 33762، المجلة القضائية رقم 89، العدد 4.

- محكمة مشرية، 25 أبريل 1983، النشرة القضائية 1985، العدد 1، ص 105.

(2) سورة الطلاق، الآية 1.

(3) Malika Boulénouar، Op.cit، p 121.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 377،

- المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري.

الإسلامية التي ترى بصريح الآية⁽¹⁾، مكوث المعتدة ببيت الزوجية أثناء مدة عدتها حقا من حقوق الله لا يجوز التنازل عنه، غير أن القضاء، يبدو أنه خالف القانون والشرعية الإسلامية في آن واحد، حيث نجده يحكم دائما بمبلغ مالي مقابل السكن للمعتدة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من جهة، ومن جهة ثانية يجيز تنازل الزوجة المطلقة طلاقا بالتراضي عن جميع حقوقها، بما فيها حقها في السكن ببيت الزوجية أثناء مدة عدتها، هذا الطلاق الذي لا يعدو في حقيقته عن كونه خلعا مقنعا⁽²⁾. هذا من حيث النصوص القانونية وأحكام المحاكم وحكم الشريعة الإسلامية، أما من حيث الواقع المعيش في الجزائر فننادرا ما تعدد المطلقة ببيت الزوجية بل الغالب والمتعارف عليه، هو مغادرتها له بمجرد حدوث الطلاق، إن لم تكن قد غادرته قبل ذلك بسبب حدوث نزاع، كي لا تعود إليه بعده، مما يجعل طرح التساؤلات التالية من الوجهة بمكان :

- هل تعتبر جميع المطلقات المغادرات لبيت الزوجية أثناء مدة العدة نواشز مما ينجر عنه حرمانهن من نفقة العدة؟

- وهل يكون لكل مطلق الحق في رفع دعوى نشوز على مطلقة المغادرة لبيت الزوجية أثناء مدة عدتها بإرادتها المنفردة لحرمانها من حقها في نفقة العدة؟

وفي حال إجبار المطلق مطلقة على الخروج من بيت الزوجية أثناء مدة عدتها أو التضييق عليها لدفعها إلى ذلك، أيكون لها الحق في رفع دعوى على مطلقها تطالب من خلالها بتمكينها من حقها في الاعتداد ببيت الزوجية وفقا لأحكام القانون؟

إن الاعتداد ببيت الزوجية يعتبر من حقوق المطلقة ما لم تأت بما يسمى فاحشة مبينة، وفقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، مما يعطي الزوجة المطلقة الحق في رفع دعوى تطالب فيها بتمكين زوجها لها من الاعتداد ببيت الزوجية، ويكون على القاضي الحكم لها بذلك. كما يمكن للزوج أيضا رفع دعوى يطالب من خلالها مطلقة بالمكوث والاعتداد ببيت الزوجية وإلا اعتبرت ناشزا، وهذا ما يستمد من أحكام الشريعة الإسلامية كون الاعتداد ببيت الزوجية يعتبر حقا من حقوق الله الذي لا يجوز الاتفاق على التنازل عنها⁽³⁾.

نجد أن المذاهب الفقهية وإن اختلفت حول نفقة العدة قد اتفقوا على وجوب الاعتداد ببيت الزوجية استنادا إلى نص الآيتين الأولى والسادسة من سورة الطلاق، حيث جاء هذا الحق عاما يشمل كافة

(1) سورة الطلاق، الآية 1.

(2) كال مسعودة، مرجع سابق، ص46.

(3) مدونة الإمام مالك، ج5، مرجع سابق، ص471-474.

المعتدات سواء كان الطلاق رجعيًا أم بائنًا⁽¹⁾، بل يثبت حتى للمعتدة من طلاق فاسد العقد، كالزواج بالأخت من الرضاعة...⁽²⁾

أما الحنابلة والظاهرية فقد أسقطوا حق السكن للمبانة. وبناءً على ما تقدم يتبين أن حق السكن على عكس الحق في النفقة التي يبنى على الدخول أو الخلوة الصحيحة في زواج صحيح وأن يكون الطلاق رجعيًا حسب المذهب المالكي ومن سايره، فإن حق السكن على عكس ذلك مرتبط بالعدة اللازمة للمرأة التي انحلت زواجها، بعد أن دخل بها زوجها أو ثبتت الخلوة الصحيحة بينهما فقط، وسواء كان الزواج صحيحًا أم فاسدًا، ومرد ذلك أن حق السكن حق من حقوق الله تعالى لا يسقط وإن اتفق على إسقاطه بخلع⁽³⁾.

وخلاصة القول أنه حينما تثبت العدة للمرأة المطلقة فالحق في السكن زمن العدة يثبت لها أيضًا، لذلك فالمطلقة قبل الدخول بها لا يثبت لها حق السكن لأنها غير معتدة، وبذلك يبقى ثبوت حق السكن مقرون بثبوت عدة المطلقة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحق في السكن للمعتدة يجب أن يكون في مسكن الزوج المفارق للمرأة، أو في جزء منه حسب كفايته واستطاعته، بدليل قوله تعالى: "أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ"⁽⁴⁾. ولا يمكن بأي حال إخراج ولا خروج المطلقة من المسكن أثناء العدة، إلا لعدة تبرر ذلك لقوله تعالى: "لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُبَيَّنَةٍ"⁽⁵⁾.

ويرى البعض أن اعتداد فاطمة بنت قيس في بيت ابن أم مكتوم بأمر من النبي عليه الصلاة والسلام كان لعدة تطولها على أهل زوجها، وأن ذلك مما يدخل في باب الفاحشة المبينة⁽⁶⁾. ويبقى التساؤل قائمًا، إن كان إخراج المطلقة من بيت عدتها لسبب إتيانها بفاحشة مبينة يعتبر حكمًا عامًا يشمل المطلقة رجعيًا والمبانة معًا، أم يقتصر على هذه الأخيرة فقط بناءً على حالة فاطمة بنت قيس التي طلقت طلاقًا بائنًا؟

(1) نفس المرجع السابق، ص 474.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 6، مرجع سابق، ص 172.

(2) مدونة الإمام مالك، المرجع السابق، ص 471.

(3) يقول العلامة الدسوقي في المخالعة على الخروج من سكن العدة الذي طلقت فيه الزوجة "... فإنه يرد بأن ترد الزوجة له لأنه حق لله لا يجوز لأحد إسقاطه... وبانت منه ولا شيء عليها للزوج اللهم إلا أن يريد أن يتحمل بأجرة المسكن زمن العدة من مالها فيجوز ذلك".

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 6، مرجع سابق، ص 172.

(4) سورة الطلاق، الآية 6.

(5) سورة الطلاق، الآية 1.

(6) الشافعي، مرجع سابق ج 5، ص 251 وما بعدها.

- ومما فسرت به الفاحشة المبينة ويعد من مشمولاتها الزنى الذي قد تمارسه المرأة وهي في عدتها ببيت الزوجية، أنظر في هذا:

- محمد علي الصابوني: مختصر تفسير بن كثير، المجلد 3، دار القرآن الكريم، بيروت، ط 7، 1981، ص 513.

بالرجوع إلى الآية الأولى من سورة الطلاق يظهر جليا أن حكم إخراج المعتدة من بيت مطلقها بسبب إتيانها الفاحشة المبينة عام، يشمل المطلقة طلاقا رجعيا والمبانة على السواء، ولذا لا يمكن القول بإخراج المبانة فقط بدليل حكمه صلى الله عليه وسلم في قضية فاطمة بنت قيس المطلقة طلاقا بائنا. وبهذا نكون قد تعرضنا لحكم الشرع طبقا لما ورد في الفقه المستمد من القرآن الكريم والسنة الشريفة فيما يتعلق بسكن المعتدة.

2- المتعة (التعويض).

المتعة أو المتاع اسم يقع على جميع ما ينتفع به⁽¹⁾ وفي اصطلاح الفقهاء تفيد معنى الواجب المالي المستحق للمرأة المطلقة بدليل قوله تعالى: " وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ .. "(2). لذلك فالمتعة حق مالي يثبت للمرأة المطلقة، زيادة على نفقة وسكن العدة، واختلف الفقهاء بصدد تحديد أساس وجوبها بين كونها جبرا لخاطر المرأة، خصوصا وأنها تغادر بيت الزوجية رغما عنها بسبب طلاق زوجها لها، وبين كونها حكما شرعيا غير معلل لأنها حق مالي يورث عن المطلقة إن ماتت ولم تقبضه⁽³⁾.

ويمكن القول بأن المتعة هي عطاء يفيد الجبر المادي والمعنوي لأثر الطلاق، وعليه نتناول هذا الحق المالي للمطلقة من زاويتين:

أ- المتعة في قانون الأسرة الجزائري.

ب- المتعة من منظور الفقه الإسلامي.

أ- المتعة في قانون الأسرة الجزائري.

لم يورد قانون الأسرة الجزائري أي نص صريح يتعلق بالمتعة، غير أن المادة 52 منه تنص على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". كما تنص المادة 55 على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر"⁽⁴⁾. فما هو الفرق بين كلمة متعة غير الواردة في قانون الأسرة الجزائري وكلمة التعويض المذكورة في المادتين 52 و55 منه؟.

(1) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، مرجع سابق، ج2، ص142.

- أحمد فتحي بهنسي، مرجع سبق ذكره، ص 25.

(2) سورة البقرة، الآية 241.

(3) حاشية الدسوقي للدردير، ج2، مرجع سابق، ص 425.

(4) قرار المحكمة العليا بتاريخ 17-11-1998، ملف رقم 210451 "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق..." مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.

إن كلمة تعويض أوسع من كلمة متعة، فهذه الأخيرة مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة، يراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لها حد أدنى ولا أقصى، أما التعويض فيجوز استعماله لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، يراعى القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب⁽¹⁾.

فكلمة تعويض تحيلنا على المادة 124 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁽²⁾، وبذلك يجب أن يكون هناك فعل أضر بالغير يستحق هذا الأخير بسببه تعويضا عن الضرر اللاحق به. ولذا لكي تستحق الزوجة المطلقة تعويضا يجب توافر شرطين:

الشرط الأول: إثبات أن الزوج الرّاعب في الطلاق لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة ما وإنما لنزوة شخصية.

الشرط الثاني: أن يلحق بالزوجة ضرر حقيقي بسبب الطلاق. وبما أن الضرر المعنوي قائم بحكم الطلاق يبقى على الزوجة إثبات الضرر المادي اللاحق بها بسبب الطلاق، ويرى القاضي عبد العزيز سعد أن كلمة متعة قد استبدلت بمرور الزمن بكلمة تعويض⁽³⁾. ومهما كان الاختلاف تبقى الكلمتان تشتركان في نفس المدلول، الذي يعني في نهاية الأمر، الحكم على الزوج بدفع مبلغ من المال لمطلقة تعويضا عما أصابها من ضرر.

وعليه ورغم اختلاف اللفظ، فإن كلمة متعة تبقى هي الأساس والمصدر الشرعي للتعويض وهي المرجع الأول والأخير⁽⁴⁾.

وإذا كان القضاة قد دأبوا على استعمال مصطلح المتعة، تطبيقا للقاعدة الشرعية حيناً، ومصطلح التعويض تطبيقاً للنصوص التشريعية أحيانا أخرى، فإن العلاقة بينهما، وكما سبقت الإشارة إليه، تكمن في اشتراك المصطلحين في مدلول واحد يعني اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج المطلق على دفع مبلغ من المال نقداً أو عينا إلى مطلقته، تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق بسبب تعسفي.

ولقد فرقت المحكمة العليا بين المطلقة بالإرادة المنفردة للزوج وبتعسف منه، وبين المطلقة بناءاً على رغبتها وطلبها، وذلك في قرار لها صدر بتاريخ 1986/12/26 في القضية رقم 43860 قضت فيه بنقض قرار صادر عن مجلس قضاء البليدة كان قد أيد حكماً قضى بتطليق الزوجة ومنحها مبلغاً مالياً كمتعة، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا، أن القرار المطعون فيه جاء مخالفاً للنصوص التشريعية

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 310.

(2) الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

(3) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 309.

(4) نفس المرجع السابق، ص 310.

في فرض المتعة للمطلقة، والحال أنها لا تستحقها، إذ المتعة فرضها الشارع لمن طلقها زوجها، وليس لمن طلقت نفسها، وطلقت بناء على رغبتها وحدها⁽¹⁾.

وبذا تكون المحكمة العليا قد أعملت نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري في هذا المجال، والتي تحيلنا على الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص، واعتمدت رأي الفقه المالكي⁽²⁾ الذي يرى عدم استحقاق المطلقة للمتعة إذا كان الطلاق بسببها، غير أنه وبعد صدور الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة تغير الوضع حيث نص في المادة 53 مكرر على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وبذا أصبح للقاضي السلطة في تقدير الضرر الذي لحق بأي زوجة يحكم لها بالتطليق بسبب الضرر. إضافة إلى ما أورده الفقرة 9 من المادة 53 وهي حالة طلب التطليق بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وبذا يكون هناك نوعان من التعويض، تعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة بسبب فك الرابطة الزوجية "المتعة" وفقا لنص المادة 53 مكرر، وتعويض بسبب إخلال الزوج بالتزاماته العقدية المتفق عليها في عقد الزواج وفقا للقانون المدني.

وإذا كان مجال استعمال مصطلح المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق منه بكثير مما هو عليه مصطلح التعويض في القوانين الوضعية، فإنه يمكن اعتبار التعويض المقرر للمطلقة بموجب نص المادة 52 يغطي الأمرين، أي يمكن اعتباره جبرا لخاطر الزوجة عما أصابها من ضرر بسبب الطلاق، كما هو مقرر في المتعة شرعا، بحكم أن مجال استعمالها أضيق من مجال استعمال التعويض، وهو في نفس الوقت تعويضا بالمفهوم القانوني عما أصابها جرّاء الطلاق بتعسف من الزوج، أو بسبب إخلال الزوج بالتزاماته العقدية، غير أنه ينبغي على القضاة مراعاة عدة جوانب عند تقدير مبلغ هذا التعويض، منها: الضرر اللاحق بالمطلقة، ظروفها الاجتماعية، ومدة أو عمر الزواج، أضف إلى ذلك كون هذا التعويض يعد من ناحية أخرى، بمثابة الرّادع الذي قد يثني الزوج عن التعسف في استعمال حقه الشرعي في توقيع الطلاق، كما يعتبر من جهة أخرى المورد الوحيد الذي يمكن أن تعتمد عليه الزوجة المطلقة التي لا دخل لها، بعد انتهاء مدة عدتها ولو إلى حين.

ب- المتعة من منظور الفقه الإسلامي.

كغيره من الحقوق الثابتة للمرأة المطلقة، كان حق المتعة مثار خلاف بين الفقهاء من حيث وجوبه، ومن حيث نوع الطلاق المخول لاستحقاقه ومن حيث أساس تقدير المتعة.

(1) المحكمة العليا، قرار رقم 43860، بتاريخ 1986/12/26، مرجع سابق.

-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 384.

(2) راجع مفهوم المتعة في الفقه الإسلامي من هذا البحث.

الخلاف الأول: الخلاف الفقهي من حيث وجوب المتعة.

ينقسم الفقه من حيث وجوب المتعة إلى اتجاهين رئيسيين.

الاتجاه الأول: يقول بوجوب المتعة للمطلقة ويمثله ابن حزم والشافعي، ويختلفان في كون الأول يرى أن هذا الوجوب لكل مطلقة في حين يستثني الثاني المطلقة قبل الدخول التي سُمِّيَ لها مهر، ودليل ابن حزم أن المتعة وردت في القرآن الكريم عامة لكل المطلقات لقوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ..." (1) سواء وقع الدخول أم لم يقع (2). ومن القائلين بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر، الأحناف والشيعة الإمامية، في حين اعتبر الأحناف المتعة مستحبة في غير ذلك من الحالات، أما الشيعة الإمامية فلم يقولوا بالاستحباب (3).

الاتجاه الثاني: يرى أن المتعة تعطى للمطلقة من قبل الزوج المطلق على سبيل الاستحباب، ولا يؤاخذ إن لم يفعل، ويقول بهذا القول: المالكية (4) ويشاركهم الأحناف، فيما عدا حالة واحدة، وهي حالة المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، ودليل المالكية أن الله تعالى ربط إعطاء هذا الحق بالإحسان والتقوى لقوله تعالى: "...وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ..." وقوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (5)، فالإحسان والتقوى كلاهما معان تفيد الاستحباب وعدم الوجوب بدليل قوله تعالى في العفو عن الصداق: "... وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى..." (6). وأما دليل الأحناف في استحباب المتعة لغير المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، فيستمدونه من قوله تعالى "فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا" (7).

مما سبق يظهر أن الخلاف الفقهي حول المتعة خلاف مرن، إذ القسم من الفقه الذي لم يقل بوجوبها قال باستحبابها، وبذلك تقل حدة هذا الخلاف بعض الشيء.

(1) سورة البقرة، الآية 241.

(2) الشافعي، ج7، مرجع سابق، ص 270.

- مختصر المزاني للشافعي، ج8، مرجع سابق، ص270.

- ابن حزم، المحلى بالآثار، ج10، دار الفكر، بيروت، ب ت ن، ص3.

(3) أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج2، دار الفكر، بيروت، ط2، 1957، ص 267.

(4) ابن عبد البر، الاستذكار، المجلد 17، مرجع سابق، ص274.

(5) سورة البقرة، الآية 236-241.

(6) أبو محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي، ج1، مرجع سبق ذكره، ص 92.

- الجصاص، المرجع السابق، ص137.

- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، مرجع سابق، ص407.

- سورة البقرة، الآية 237.

(7) السرخسني، ج6، مرجع سابق، ص 62.

- سورة الأحزاب الآية 28.

الخلاف الثاني: الخلاف الفقهي حول الطلاق المخول لاستحقاق المتعة.

إن كان قد اتفق الفقهاء حول كون المطلقة هي المستحقة للمتعة، فإنهم اختلفوا حول نوع الطلاق المخول لاستحقاقها.

يرى ابن حزم أن المتعة حق لكل مطلقة وواجب على كل مطلق قبل الدخول وبعده سواء طلقت طلبة واحدة، أو اثنتين أو صادف الثلاث، كذلك تدخل ضمن هذه الفئة المرأة المختلعة، ويسقط حق المتعة بالنسبة للتي انحل زواجها بغير طلاق، ولا يُسقط مراجعة الزوج لمطلقاته أثناء العدة، حقها في المتعة ولا وفاة أحدهما⁽¹⁾. ونتساءل عن مصير المتعة عند ابن حزم بالنسبة للمملكة في طلاق التملك⁽²⁾ والمخيرة في طلاق التخيير والملاعنة في طلاق اللعان؟

فبالنسبة للتمليك والتخيير لا يقع بهما طلاق عند ابن حزم⁽³⁾، ما دام يعلق استحقاق المتعة على الطلاق، لم يعد هناك موجب لاستحقاق المتعة.

أما بالنسبة لللعان عند ابن حزم فانهلال الزواج بسببه لا يعد طلاقاً وإنما فسخاً، والمتعة تقرر بالطلاق لا بالفسخ عنده⁽⁴⁾.

أما المتعة عند الشافعي فتجب لكل مطلقة غير المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، وكيفما كان نوع الطلاق، فيدخل الخلع والتمليك والتخيير واللعان ضمن سياق الطلاق الموجب للمتعة⁽⁵⁾.

وعند مالك تستحق المتعة على وجه الاستحباب لكل مطلقة، عدا المطلقة قبل الدخول التي لم يسمى لها مهر، وعلى عكس ابن حزم والشافعي، فإن المتعة في المذهب المالكي لا تثبت للمخالعة والمبارئة والمخيرة والمملّكة والمُلاعنة⁽⁶⁾.

(1) ابن حزم، نفس المرجع السابق.

(2) مصطفى الخشاب- دراسات في علم الاجتماع العائلي- بيروت- دار النهضة العربية، 1981، ص 241.

- التملك: كأن يقول الرجل لزوجته "أمرك بيدك" فقد جعل بيدها ما كان بيده من طلاقها".

- التخيير: كأن يقول الرجل لزوجته "إن كنت راضية بالمقام معي على ما أنت عليه فأبقي وإن كنت لن ترضين بذلك فأخبريني أطلقك".

(3) ابن حزم، نفس المرجع السابق، ج9، ص291.

(4) يقع الفسخ عند ابن حزم بسبب الرضاة، ووطء الزوجة من طرف أحد الفروع أو الأصول، أو اللعان أو الخيار في فسخ الزواج بالنسبة للأمة المعتقة، وإسلام أحد الزوجين دون الآخر، أو الردة لأحد الزوجين، أو استرقاق أحد الزوجين للآخر، والموت.

- ابن حزم، نفس المرجع السابق، ج9، ص329 وما بعدها.

(5) الشافعي، ج7، مرجع سابق، ص 270-271.

- اسماعيل بن يحيى أبو ابراهيم المزني، مختصر المزني، ج8، دار المعرفة، بيروت، 1410-1990، ص286.

- أحمد بن عرفة الدسوقي، ج2 مرجع سابق، ص 425-426.

(6) مدونة مالك، ج5، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

- أحمد بن عرفة الدسوقي، نفس المرجع السابق.

أما عند الأحناف فالمتعة لكل مطلقة على وجه الاستحباب⁽¹⁾، وتكون على وجه الوجوب للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، بشرط أن تكون الفرقة من طرف الزوج، أي بسببه وإلا فلا متعة للمرأة إذا كانت الفرقة من قبلها.

الخلاف الثالث: الخلاف الفقهي حول أساس تقدير المتعة.

تفرع عن الخلاف السابق حول المتعة من حيث وجوبها ونوع الطلاق المخول لاستحقاقها، خلاف فقهي آخر، طال هذه المرة أساس تقديرها. هل يراعى عند تقديرها حال الزوج أم حال الزوجة أم حالهما معاً؟

قال تعالى: " وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ " (2) وقال تعالى: " وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ " (3) وقوله تعالى: " فَتَعَالَيْنِ أُمَّتَّعَنَّ وَأُسْرَحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " (4).

يظهر أساس تقدير المتعة في القرآن الكريم من خلال الآيات المذكورة، معتمداً على حال الزوج، والمعروف، والسراح الجميل، وهذه كلها تساعد كأساس على التقدير. ففي سورة البقرة كان الأساس هو حال الزوج من يسر وعسر والمعروف، وفي سورة الأحزاب كان السراح الجميل. وقد اختلف الفقه حول هذه الأسس التي تقدر بموجبها المتعة. فالمالكية والأحناف والظاهرية يرون اعتبار حال الزوج بدليل قوله تعالى: " على الموسع قدره وعلى المقتر قدره " (5)، وحقا أن اعتبار حال الزوج كأساس لتقدير المتعة الواجبة للمطلقة هو الراجح، إذ السراح الجميل لا يعدو أن يكون مما تعارف الناس عليه أنه حسن وجميل، وهذا هو المعروف الذي جاء مرتبطاً بالآية 234 من سورة البقرة التي يستفاد منها اعتبار حال الزوج.

وحال الزوج كأساس لتقدير المتعة هو الذي يجعل من غير الممكن تحديدها بمقدار محدد وبصفة نهائية، لاختلاف الزمان والمكان والأعراف، إلا أن بعض الفقه ذهب إلى تصور مقدار معين يدفع للمطلقة على أنه متعة، فهو عند الشافعي شيء ذو قيمة عالية، وفي قول آخر له هو ثلاثون درهماً، وهو عند الأحناف كسوة وهي الحد الأدنى. ونعتقد أن تقدير المتعة من قبل بعض الفقه لم يكن بصفة نهائية، بل هو تقدير

(1) الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، 1406-1986، ص303.

-ابن جزي، مرجع سبق ذكره، ص159.

-منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403-

1983، ص158.

(2) سورة البقرة الآية 234.

(3) سورة البقرة الآية 241.

(4) سورة الأحزاب الآية 28.

(5) احمد بن عرفة الدسوقي، ج2، مرجع سابق، ص425.

- السرخسي، ج6، مرجع سابق، ص63.

- ابن حزم، ج10، مرجع سابق ص9 وما بعدها.

مرتبط بزمانه وأعراف مجتمعه، لذلك يرى مالك أنه ليس للمتعة قدر معروف في حده الأعلى والأدنى⁽¹⁾.

ثانيا- صندوق النفقة كآلية لحماية المطلقة⁽²⁾

النفقة عموما كما سبقت الإشارة إليه حق مالي مقرر شرعا للزوجة تستحقه ويجب على الزوج بمجرد الدخول بها أو دعوة الزوجة لخطبها إليه بينية. وفقا لنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، كما تجب نفقة الأولاد على الأب وفقا لنص المادة 74 من قانون الأسرة وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وهذا وفقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

وتستحق المطلقة النفقة أثناء مدة عدتها من الطلاق، هذا مفهوم النفقة عموما ومستحقها عدا نفقة الأصول المنصوص عليها في المادة 77 من قانون الأسرة.

والسؤال الجدير بالطرح في هذا المضمار، هل النفقة بهذا المفهوم الوارد في قانون الأسرة هو نفسه المفهوم الذي عالجه القانون 01-15 المؤرخ في 2015/01/04 المتضمن إنشاء صندوق النفقة؟ ستم الإجابة على هذا السؤال من خلال العناصر التالية:

أ- مفهوم النفقة طبقا لأحكام القانون 01-15.

ب- شروط وإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة طبقا لأحكام القانون 01-15.

ج- الأحكام المالية لصندوق النفقة.

أ- مفهوم النفقة طبقا لأحكام القانون 01-15.

أوردت المادة الثانية من القانون 01-15 تحديد مفاهيم المصطلحات القانونية الواردة به، ومنها مفهوم النفقة والأشخاص المستفيدين من مستحقات هذا الصندوق.

وتعني النفقة في مفهوم هذا القانون، المبالغ المحكوم بها وفقا لقانون الأسرة لصالح الطفل والأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذا المبالغ المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق وكذا النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة.

ولقد بينت الفقرة الخامسة من نفس المادة أن مصطلح المستفيد أو الدائن بالنفقة يعني الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة. وبالرجوع إلى قانون الأسرة، ووفقا لنص المادة 64 "تعتبر الأم أولى بحضانة ولدها... ثم الجدة ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم

(1) المدونة الكبرى، ج5، نفس المرجع السابق، ص17-18.

(2) القانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق لـ 4 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية بتاريخ 16 ربيع الأول 1436 الموافق لـ 4 يناير 2015، العدد الأول السنة الثانية والخمسون.

العمة ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك" كما تستفيد من مستحقات صندوق النفقة المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة.

ب- شروط وإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة

للاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة لابد من توافر شروط معينة وإتباع إجراءات محددة.

فيما يخص الشروط وردت على سبيل الحصر في نص المادة الثالثة من القانون 01-15 وهي:

- صدور حكم أو أمر قضائي يحدد مبالغ النفقة المستحقة، ولا تكون الأوامر الولائية المنصوص عليها في هذا القانون قابلة لأي طريق من طرق الطعن م12.
- تعذر تنفيذ الحكم أو الأمر المحدد لمبالغ النفقة، كلياً أو جزئياً، إما:
 - بسبب امتناع المدين بها عن الدفع.
 - بسبب عجز المدين عن الدفع.
 - بسبب عدم معرفة محل إقامة المدين بها.

أما إجراءات الاستفادة من مستحقات صندوق النفقة، فقد حددت المواد الرابعة والخامسة والسادسة والسابعة هذه الإجراءات كالتالي:

- تقديم طلب لقاضي شؤون الأسرة المختص إقليمياً، مرفق بالوثائق المطلوبة التي تحدد عن طريق قرار مشترك بين وزير العدل حافظ الأختام ووزير المالية ووزير التضامن الوطني.
- يبت القاضي في الطلب خلال أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ تلقيه الطلب.
- يبلغ الأمر عن طريق أمانة الضبط في أجل أقصاه 48 ساعة إلى كل من المدين والدائن والمصالح المختصة طبقاً لنص المادة 2 الفقرة 8 وهي المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي.
- في حالة حصول إشكال يعترض الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، يعرض على القاضي المختص الذي يفصل فيه بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه 3 أيام من تاريخ إخطاره بالإشكال.

- تتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوماً من تاريخ تبليغها الأمر، بواسطة تحويل بنكي أو تحويل بريدي.

وهناك حالة أخرى أوردتها الفقرة الثالثة من المادة 6 وهي الحالة التي يكون فيها المدين بالنفقة، قد بادر بدفع مبالغ النفقة المستحقة تنفيذاً للحكم أو الأمر بالنفقة ثم يتوقف عن الدفع، يثبت توقفه بموجب محضر معاينة محرره محضر قضائي وبناء على أمر ولائي صادر عن القاضي المختص ومبلغ طبقاً

للكيفيات المحددة في الفقرة 2 من المادة 5 السالف ذكرها. وطبقا لأحكام الفقرة 2 من المادة 6 تواصل المصالح المختصة صرف المستحقات المالية.

في حالة إذا ما طرأ أي تغيير على الحالة الاجتماعية أو القانونية للمستفيد و/أو الدائن بالنفقة، هذا التغير الذي من شأنه احتمال التأثير في استحقاق النفقة يُعلم به القاضي المختص الذي يفصل فيه خلال 10 أيام من تاريخ إعلامه به، بأمر ولائي يبلغ إلى كل من المدين والدائن والمصالح المختصة عن طريق أمانة الضبط خلال أجل أقصاه 48 ساعة من تاريخ صدوره.

وقد أوردت المادة 8 حالة أخرى وهي صدور حكم أو قرار متضمن مراجعة مبلغ النفقة، يكلف القاضي المختص بتبليغه للمصالح المختصة عن طريق أمانة الضبط في أجل أقصاه 48 ساعة من تاريخ صدوره.

وتجدر الإشارة إلى أن وفقا لنص المادة 13 من القانون 01-15 بأن الاستفادة من مستحقات صندوق النفقة لا يحول دون متابعة المدين قضائيا عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها في قانون العقوبات.

ويسقط الحق في الاستفادة من مستحقات صندوق النفقة بسقوط الحضانة أو انقضاءها طبقا للمواد 65 إلى 70 من قانون الأسرة كما يسقط أيضا بثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها.

ج-الأحكام المالية لصندوق النفقة

وردت الأحكام المالية لصندوق النفقة في المادتين 10 و 11 من القانون 01-15 التي جاء فيه بأنه يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص تحت رقم 302-142 عنوانه "صندوق النفقة" يقيد في هذا الحساب باب للإيرادات المتمثلة في:

- مخصصات ميزانية الدولة
- مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدنيين بها التي يتولى تحصيلها أمين الخزينة الولائية بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وهذا طبقا لنص المادة 9 من القانون 15-01.

- رسوم جبائية أو شبه جبائية تنشأ لفائدة صندوق النفقة.

- الهبات والوصايا.

- كل الموارد الأخرى.

وباب للنفقات تقيد فيه مبالغ النفقة المدفوعة للمستفيد، ويسند الأمر بصرف مبالغ هذا الحساب لوزير التضامن الوطني كأمير رئيسي، ويسير هذا الحساب في كتابات أمين الخزينة الرئيسي وأمناء خزائن الولايات.

وقد أوردت المادة 11 من القانون 01-15 أنه حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 يمكن أن يسير على المكشوف غير أنه يجب تسوية رصيده المدين في آخر كل سنة مالية، كأقصى أجل بواسطة مخصص في الميزانية.

ويلزم كل من تسلم مستحقات مالية بدون وجه حق بردها وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 14 من القانون 01-15.

البند الثاني: الآثار السلبية لحقوق المطلقة المالية

إن ما يطبع حقوق المطلقة المالية من ضالة في مبالغها، يجعل كل متمتع يسلم بفرضية عدم كفاية هذه المبالغ لتغطية تكاليف احتياجاتها المعيشية أثناء مدة العدة، فما بالك بتغطية تكاليف هذه الاحتياجات بعد انقضاء مدة العدة، وخاصة في خضم ما تعانيه الأسر الجزائرية من ضيق ذات اليد، وما نتج عن ذلك من تقلص ملحوظ ومنتزاع في أدوارها التقليدية، في التكافل التي كانت منطوية بها، لذا يصبح القول بغياب الجهة الاحتياطية، التي تأخذ بيد المرأة المطلقة بعد انقضاء مدة عدتها، وفراغ يمينها أمراً مؤكداً، وبذلك نتناول سلبات المستحق للمطلقة من حقوق مالية من خلال:

- أولاً: ضالة حقوق المطلقة المالية.

- ثانياً: سلبات صندوق النفقة وغياب الجهة الاحتياطية الحامية للمطلقة.

أولاً: ضالة حقوق المطلقة المالية.

مما تقدم يمكن الجزم بضالة المستحق من حقوق المطلقة المالية عموماً وعليه ستتم معالجة ضالة حقوق المطلقة المالية من خلال:

1- ضالة نفقة العدة ومبلغ المتعة (التعويض).

2- غياب حق الاعتداد ببيت الزوجية.

1- ضالة نفقة العدة ومبلغ المتعة (التعويض).

نفقة العدة حق يختلف عن حقي السكن والمتعة "التعويض" يفترض أن يخصص له مبلغ كاف لسد تكاليف نفقة المطلقة أثناء مدة عدتها، فهل ما يجري في الميدان فعلاً هو كذلك؟ إن المبالغ التي يحكم بها القضاة كنفقة عدة، ضئيلة، فإلى ماذا يُستند في تقديرها؟ غير أن المؤكد، أنها لا تقدر حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، التي تبين أن مشمولات النفقة هي الطعام واللباس والعلاج، ولا تتوقف عند هذا الحد، بل تزيد عليه بترك الباب مفتوحاً للقاضي ليضيف ما يعتبره ضرورياً في نظر العرف والعادة⁽¹⁾، وهو ما يكون بالتأكيد في حالة تغير دائم، بتغير الزمان عبر الأجيال، وتغير المكان عبر أرجاء الوطن الشاسعة، ويمكننا التساؤل في ذلك مثلاً عما يكون على القاضي الحكم به مراعاة لهذا

(1) عبد القادر داودي، مرجع سبق ذكره، ص 336.

النص، لمن وافقت عدتها حلول مناسبة تتطلب إنفاقاً إضافياً، كشهر رمضان مثلاً، أو عيد الأضحى، أو عقيقة مولودها من مطلقها... ألا يتوجب عليه أخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقديره لمبلغ النفقة في حكمه، أخذاً في الحسبان ما يعتبر من الضروريات في نظر العرف والعادة وفق نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري؟ يبقى ذلك مجرد تساؤل مهم، ما دامت المبالغ المحكوم بها للنفقة لا تكاد تُغطّي في الظروف الحالية، حتى الضروري من أهم العناصر وهو الطعام. هذا بالنسبة لنفقة العدة بصفة عامة، أما فيما يتعلق بالمعتدة الحامل فمن المعروف بدهاء أنها تحتاج من العناية والرعاية بسبب عبئ حملها ما لا تحتاجه المطلقة الحائل، مما يفرض على القاضي إعطاء نفقة الحامل أهمية خاصة عند تقدير مبلغها، وذلك بطبيعة الحال في إطار نص المادة 78 من قانون الأسرة وفقاً لما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ونتساءل عما إذا لم يلتفت القاضي لهذه الخصوصية، وحكم للحامل بمبلغ نفقة لا يختلف عن مبالغ نفقات مثيلاتها الحوائل، هل يكون لها الحق في رفع دعوى تطالب من خلالها برفع مبلغ نفقتها بسبب الحمل، كون ذلك يعتبر ضرورياً في نظر العرف والعادة وفقاً لنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري؟.

وقد أورد القرآن الكريم في الآية السادسة من سورة الطلاق: "وإن كنَّ أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن..." لفئة خصّ ذوات الأحمال فيها بذكر النفقة، مع وجوب النفقة لكل معتدة... فأوجب النفقة حتى الوضع وهو موعد انتهاء العدة لزيادة الإيضاح التشريعي⁽¹⁾، ورغم عدم اختلاف العلماء في وجوب النفقة لكل معتدة غير أن القرآن خصّ الحامل بهذه الآية ملزماً الزوج بالإنفاق عليها أثناء حملها، وكأنه يريد بذلك تكليف المنفق في هذه المرحلة الخاصة وهي مرحلة الحمل، بإنفاق يتناسب ومتطلباتها كمّاً وكيفاً، لما تتطلبه هذه المرحلة من رعاية خاصة للحفاظ على صحة الأم والجنين معاً.

ولم تتوقف الآية في إلزام المطلق بالإنفاق على مطلقته الحامل عند هذا الحد، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك في نصّها "...فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" أي إلى غاية، هي وضعن لحملهن⁽²⁾، والآية هنا تخص ذات الحمل بإلزام زوجها بالإنفاق عليها حتى تضع حملها وينفصل عنها ويبرأ رحمها منه وبذلك فقط تنتهي مدة عدتها أي بمعنى تحميل الزوج، والحال هذه، في إطار الإنفاق مصاريف ما يتطلبه الوضع من ضروريات، الطعام والكسوة والدواء. ثم يأتي قوله تعالى: "... فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمْ بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ "⁽³⁾، ليبين أن الرضاعة لم يجعلها الله واجباً على الأم بلا مقابل، فما دامت تُرضع الطفل المشترك بينهما، فمن حقّها أن تنال أجراً على رضاعته تستعين به على حياتها

(1) ابن كثير، مرجع سبق ذكره، ج8، ص175.

(2) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج5، مرجع سابق، ص293.

- محمد علي الصابوني، ج3، مرجع سبق ذكره، ص401.

(3) سورة الطلاق، الآية 6.

وعلى إدراج اللبن للصغير، وفي الوقت ذاته أمر الأب والأم أن يأتبرا بينهما بالمعروف في شأن هذا الوليد. (1)

وقد جاء في الآية 233 من سورة البقرة "...وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن..."، أي وعلى الأب الذي يولد له، وأثر هذا اللفظ دون قوله وعلى الوالد للدلالة على أن الأولاد للآباء لا للأمهات، ولهذا ينسبون إليهم دونهن كأنهن إنما وَلَدْنَ لهم فقط، والمراد بالرزق هنا الطعام الكافي المتعارف عليه بين الناس، والمراد بالكسوة، ما يتعارفون به أيضاً وفي ذلك دليل على وجوب ذلك على الآباء للأمهات المرضعات. "...وَإِنْ تَعَاسَرْتُمُ..." (2) أي في أجر الرضاع فأبى الزوج أن يعطي الأم الأجر الذي تطلب، وأبت الأم أن ترضعه إلا بما تريد من الأجر، "...فسترضع له أخرى..." أي يستأجر مرضعة أخرى ترضع ولده (3). ويبقى التعرض إلى حصر مدة نفقة الإرضاع التي لم تترك هي الأخرى لاتفاق الطرفين وإنما جاء تحديد أقصاها بسنتين كاملتين في الآية 233 من سورة البقرة في قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة..." أي الواجب على الأمهات أن يرضعن أولادهن لمدة سنتين كاملتين إن شاءت والدات إتمام الرضاعة (4)، فإن تبين لهما أن الولد قد استغنى عن الرضاعة بالأكل قبل انقضاء السنتين، مما يوجب فطمه كان لهما ذلك بعد الاتفاق (5)، هذا بالنسبة للشرعية أما بالنسبة لقانون الأسرة، فإن كان قد عالج نفقة عدة الطلاق نجده أغفل تماماً التعرض إلى مصاريف الوضع وأجرة الإرضاع بالمفهوم الذي تعرضنا إليه آنفاً في الشريعة الإسلامية، غير أن القضاء عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وعملاً بأحكام العرف والعادة المذكورين، يحكم للمطلقة الحامل بمصاريف الوضع إن طلبت ذلك، غير أنه لا يحكم بأجرة خاصة بالإرضاع، وإن كان يحكم بنفقة للطفل المحضون عموماً، فإن تلك النفقة يحكم بها للرضيع ولغير الرضيع.

أما بالنسبة للمتعة وتعرف في اصطلاح الفقهاء، بأنها تفيد ذلك الواجب المالي المستحق للمرأة المطلقة بدليل قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ..." (6) وذلك للجبر المادي والمعنوي لأثر الطلاق (7)، فقانون الأسرة الجزائري نص في مادته 52 على أنه يكون على القاضي، الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ من المال إلى مطلقة تعويضاً عما أصابها من ضرر، كلما كان الطلاق تعسفياً.

(1) سيد قطب ن نفس المرجع السابق.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) محمد علي الصابوني، ج3، مرجع سابق، ص 401.

(4) نفس المرجع السابق، ص 150.

(5) سيد قطب، ج1، مرجع سابق، ص 245. - ابن كثير، ج1، مرجع سابق، ص 248.

(6) سورة البقرة الآية 241.

(7) أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها.

- أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، ج3، مرجع سابق، ص 200

ومن هنا إذا كان يمكن القول أن المشرع الجزائري، إنما سعى من وراء نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري إلى جعل حق المتعة " التعويض " للمطلقة، بمثابة الرّادع لكل زوج تسوّّل له نفسه التعسّف، وسوء استعمال حقّه في الطلاق، مما يعرّضه إلى التغريم، فإن الواقع المعيش، المستخلص من خلال أحكام القضاء، يكشف لنا غير ذلك، فالمبالغ المحكوم بها لا تفي بالغرض المقصود، ولا تحقّق الهدف المنشود، المتمثل في زجر بعض الأزواج وتثنيهم عن التعسف وسوء استعمال حقهم في الطلاق، لضالة هذه المبالغ نسبيا، وعلى القاضي عند تحديدها مراعاة عدة جوانب.

هذا ويبقى حق المتعة، الإطار العملي الذي تلتقي عنده الاتجاهات الفقهية المشهورة، سواء أقالمت بالوجوب أو بالندب، ويعتبر هذا الحق من الناحية الفقهية قائما بذاته، ولو أستاذ في نشوئه إلى واقعة الطلاق، مما يفتح المجال واسعا أمام كل اجتهاد يرمي إلى تحسين وضعية المرأة المطلقة خارج مدة عدتها، وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري، قد سار في نفس الاتجاه من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، تاركا الباب مفتوحا على مصراعيه، أمام اجتهادات القضاة في تقدير مبالغ التعويض للمطلقة، جراء طلاق زوجها التعسفي لها، مما يمكن أن يكون وسيلة تخفيف عنها خارج مدة عدتها، إذا أحسن القاضي مراعاة حالها عند تقديره لمبلغ التعويض، خاصة وأن القانون، واجتهادات القضاء، أعطياه مطلق الحرية في هذا التقدير⁽¹⁾، غير أن ما نلمسه من خلال المبالغ المحكوم بها لا تعكس هذا التوجه، مما يبقي السؤال حول المعيار الذي يستند إليه القضاة، في تحديد مبالغ المتعة "التعويض" قائما، و يجعل السؤال المحوري، حول ما آلت إليه الروابط الزوجية، في المجتمع الجزائري، من هشاشة وسهولة انهيار بالطلاق أو بالخلع بإرادة الزوجة المنفردة بعد تعديل قانون الأسرة، يطرح نفسه بالحاح هو الآخر.

والخلاصة، أن تحديد مبلغ المتعة "التعويض" دون مراعاة الأهداف المتوخاة من وراء فرضها وتقنينها، ومن هذه الأهداف، اعتبارها تعويضا بالمفهوم القانوني، عما أصاب الزوجة المطلقة من ضرر جراء الطلاق، واعتبار هذا التعويض، بمثابة الرّادع الذي يثني بعض الأزواج عن التعسّف وسوء

(1) قرارات صادرة عن المحكمة العليا، عن د/ بلحاج العربي- قانون الأسرة ، مبادئ الاجتهادات القضائية، وفقا لقرارات المحكمة العليا - مرجع سابق.

- " من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"، المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، أ، س، 1988/11/12 ملف رقم 28784 ن، ق 1986 عدد 2 ص 32 و 76.

- " إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا غير مألوف بالنسبة لحالتيهما " المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1986/02/24 ملف رقم 39689 غير منشور.

- "حكم قاضي الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية".

- " إن منح قضاة الموضوع تعويضا للمتضررة من أي إجراء هو مسألة وقائع متروك تقديرها للقضاة وحدهم دون رقابة عليهم"، ص75، المجلس الأعلى غرفة القانون المدني، 1970/10/21 ن. ق، 1972، عدد 1، ص8.

استعمال حقهم في الطلاق، إلى غير ذلك من الجوانب الأخرى، يجعله أي مبلغ المتعة، لا يتعدى الممارسة الطقوسية لقاعدة شرعية في إطار قانوني لا تحقق أي نفع، كونها لا تفي بجبر الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن الطلاق التعسفي، ولا تشكل رادعا للزوج المتعسف في استعماله لحقه في توقيع الطلاق، ولا تحقق للمطلقة موردا إضافيا تعتمد عليه، بعد انتهاء مدة عدتها، فمبلغ المتعة "التعويض" لا يرتبط بمدة العدة، مثل ما هو الحال بالنسبة لنفقة العدة، والحق في السكن أثناءها، وهي ذات تأثير مباشر على حياة الزوجة المطلقة، بعد انتهاء مدة عدتها، وتجب مراعاة تحقيق العدالة لكلا الطرفين، الزوج المطلق، والزوجة المطلقة عند تحديدها، مراعاة لقوله تعالى " ... وَمَنْعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ ... " (1)، وقوله تعالى: " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ... " (2).

وبتقريب الآيتين، يتضح أنه إذا كانت مراعاة حالة الزوج، يسارا وإعسارا عند تحديد مبلغ المتعة "التعويض" ضرورة شرعية لا يمكن إغفالها، فإن مراعاة جانب العدل والإحسان، الذي هو صفة تتجاوز المعروف الذي يعني كما يرى الجصاص (3)، العدل الخالي من الشطط والتقصير، فمراعاة العدل والإحسان ضرورة لا يمكن التغاضي عنها هي الأخرى، وبذلك يصبح أمر مراعاة حال المطلقة من جميع جوانبه ضروريا، سواء أكان من حيث الجانب الاقتصادي، أو الصحي، أو مستوى السن، وقدرتها على مزاوله عمل ما من عدمها ومؤهلاتها العلمية والمهنية، وعمر زواجها بمطلقها، ومدى مساهمتها في خدمته وتنمية ثروته، وفي النهاية مراعاة ما لحق بها من تعسف جراء طلاقها دون سبب ينسب إليها، وما سببه لها هذا الطلاق من أضرار مادية ومعنوية.... الخ.

من خلال مراعاة هذه الجوانب المختلفة فقط يمكن الاقتراب من معاني العدل والإحسان في تقدير مبلغ المتعة، وليس بالاختصار على مراعاة حالة الزوج يسارا وإعسارا، ولا حتى بمراعاة حال الزوجين من هذا الجانب فقط.

إن الهدف من الحكم بالمتعة "التعويض" للمطلقة، يرمي أساسا إلى تحقيق وظيفة اجتماعية، تتمثل في رأب الصدع الذي أصاب المطلقة في حياتها جراء انحلال رابطة زواجها، وتعويضها عما يكون قد لحقها من ضرر جراء ذلك، وينتج عن الحكم بالمتعة "التعويض"، تأمين حياتها ولو لمدة بعد انتهاء عدتها، غير أن واقع الحال يعكس غير ذلك بسبب ضالة هذه المبالغ كما سبقت الإشارة إليه. إن

(1) سورة البقرة الآية 236.

- ابن كثير، مجلد 1، مرجع سابق، ص 252 و 253.

- أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، ج 3، ص 196- 197.

(2) سورة النحل، الآية 90.

- ابن كثير، المجلد 2، نفس المرجع السابق، ص 535.

- القرطبي، ج 10، مرجع سابق، ص 165.

- أبي بكر محمد عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص 1172- 1173.

- الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1335، ط 1، ص 164.

(3) الجصاص، ج 1، مرجع سبق ذكره، ص 164.

أحكام القضاء فيما يتعلق بتقدير المتعة، لا تتوخى تحقيق مبدأي العدل والإحسان الذين أمر الله بتحقيقها في الآية 90 من سورة النحل، وذلك بمراعاتها جميع الجوانب التي أشرنا إليها آنفاً، ويبقى التساؤل مطروحا حول المعيار المتبع من طرف القضاء، في تحديد المبالغ المحكوم بها كمتعة "تعويض".

فبتحقيق مبدأ العدل والإحسان فقط، يمكن تدارك النقص الناتج عن القصور في تقدير حق المتعة "التعويض" من طرف القضاء، حتى لا تفاجأ المرأة بعد عمر زواج طويل، وفناء زهرة شبابها في خدمة أسرتها وتنمية ثروة زوجها، ولو بالمحافظة عليها، تتفاجأ الزوجة بطلاق تخرج جراه من بيت الزوجية صفر اليدين، إلا من مبلغ سبقت الإشارة إليه، قد يحكم لها به كتعويض، وهي في ذلك قد تجاوزت سن الأربعين، أضف إلى ذلك كونها نادرا ما تكون ذات تأهيل مهني يمكنها من شغل منصب عمل مأجور، تستند إليه في تغطية احتياجاتها الحياتية.

هذا إن لم تفقد الزوجة حقها في المتعة "التعويض" تماما، بسبب سوء فهم قد يضعها في موقع المتسببة في الطلاق⁽¹⁾، وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بعدم استحقاق المطلقة للمتعة، معللة ذلك كونها طلقت نفسها أي بناءً على رغبتها وحدها⁽²⁾، وتجدر الملاحظة أن الزوجة التي تطلب التطلاق تعتبر غالبا في عداد من طلقت نفسها بناءً على رغبتها، وكان الأنسب قبل اعتبارها كذلك البحث أولا في الأسباب التي دفعتها إلى طلب التطلاق، حيث تكون في غالب الأحيان ناتجة عن تصرفات الزوج، وإنما هي تلجأ إلى ذلك بعد فشل جميع المحاولات الأخرى، وقد يكون طلب التطلاق ناتجا عن سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادتين 8 مكرر و 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تمنح للزوجة حق طلب التطلاق عند توفر بعض الأسباب، وعند ذلك تكون الزوجة بطلبها التطلاق هذا تمارس حقا من الحقوق المعترف بها لها قانونا، فكيف تتحول ممارستها لحق من حقوقها وهو طلب التطلاق⁽³⁾، إلى سبب في حرمانها من حقها في المتعة لا شيء إلا لكون أن طلب التطلاق قد صدر عنها؟ إن حكما سطحيا كهذا يعتبر على درجة كبيرة من القصور إن لم يتم التفريق قبل إصداره بين حالات ثلاث:

الحالة الأولى: وهي تلك التي تطلب فيها الزوجة التطلاق لتوفر سبب من الأسباب الواردة في القانون، ويكون لها عند ذلك الحق في الحصول على التطلاق مع تمتيعها بجميع الحقوق، بما فيها المتعة "التعويض" وفقا لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

الحالة الثانية: وهي تلك الحالة التي يستعمل فيها الزوج الراغب في طلاق زوجته مع حرمانها من حقوقها، جميع الوسائل الممكنة للتضييق عليها ودفعها إلى طلب التطلاق، وهي حالة متكررة الحدوث في الواقع، ويصعب فيها على الزوجة إثبات الضرر اللاحق بها، بسبب تضييق الزوج عليها مما يتطلب

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 309.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قضية رقم 43860، في 26-12-1986، نقضت قرار مجلس البلدية.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 34327 بتاريخ 1989، العدد 3 القاضي بنقض القرار الصادر عن مجلس البلدية.

اجتهادا خاصا، في استنباط الأدلة وحذاقة مميزة لاستشفاف الحق، فإذا ثبت لديه ما يفيد دفع الزوج لزوجته إلى طلب التطلق وجب عدم حرمانها من حقوقها بسبب طلبها للتطلق، بل تمكينها من جميع حقوقها بما فيها المتعة "التعويض" لسوء نية الزوج، وفقا لنص المادة 53 مكرر.

الحالة الثالثة: وهي الحالة الوحيدة التي يمكن فيها حرمان الزوجة من حقوقها لكونها هي تعسفت في استعمال حقها في طلب التطلق دون مسوغ ولا سبب وجيه، والجاري به العمل قضاءً، هو أن الزوجة إذا طلبت التطلق، وفي جميع الحالات سواء كانت متعسفة في استعمالها لحقها هذا، أو طلبته منعا للضرر اللاحق بها، أو بتوفر سبب من الأسباب القانونية تحرم من جميع حقوقها بسبب استعمالها لحقها المقرر لها قانونا بنص المادة 53 و53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ويلاحظ الاضطراب بين قرارات المحكمة العليا نفسها في هذا الشأن، حيث قضت تارة أن "...التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته، ونتج عن ذلك ضرر لمطلقتها، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطبيقها من زوجها حكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون..."⁽¹⁾، وبهذا القرار تكون المحكمة العليا قد حرمت كل زوجة لجأت إلى المحكمة للمطالبة بالتطبيق أيا كانت وجهة الأسباب التي دفعتها لذلك، من جميع الحقوق هذا من جهة، ومن جهة ثانية، وفي غير هذا القرار تعطيها الحق في المطالبة بالتطبيق⁽²⁾، بل وتذهب إلى أبعد من ذلك فتعطي القاضي الولاية عليها في منع الضرر الذي وقع عليها، حيث جاء في قرارها "حيث أنه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق أمام القاضي فليس له أن يستبد في معاشرته زوجته، أو يمنعها حقا مخلولا لها من قبل الشرع، أو يضارها بما لا تحتمل الإقامة معه، ذلك أن للزوجة طلب التطلق منعا للضرر والقاضي جعل له الشرع ولاية عامه في ذلك منعا للإضرار..."⁽³⁾.

ولقد عالجت المادة 53 مكرر مسألة مدى استحقاق من طلبت التطلق، للتعويض عن الضرر اللاحق بها، بإجازته للقاضي الحكم لها به، غير أن التساؤل يبقى قائما حول متى يجوز للقاضي الحكم، لمن طلبت التطلق بسبب الضرر بالتعويض.

2- غياب حق الاعتداد ببیت الزوجية.

تنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها، من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها... إلا في حالة الفاحشة المبنية..."

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في 1989/03/27، ملف رقم 53017 المجلة القضائية 1991 عدد 1 ص 56

(2) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1984/05/14، ملف رقم 33275 المجلة القضائية 1990 عدد 2 ص 75.

- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/19، ملف رقم 34791 المجلة القضائية 1989 عدد 3 ص 76.

(3) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1971/01/12 - النشرة القضائية 1972 عدد 2 ص 61.

- دبلجاج العربي، مبادئ الاجتهادات القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 79-81-82-92.

وبذا يكون قد أعطى المطلقة حق الاعتداد ببيت الزوجية، في مواجهة الزوج حتى إن أراد إخراجها "فلا تخرج"، كما فرض عليها هي الاعتداد ببيت الزوجية وعدم الخروج منه أثناء مدة عدتها إلا في حالة الفاحشة المبنية.

ومن الملاحظ أن المشرع لم يساير في هذا النص الشريعة في منع التضييق على المعتدة لإرغامها على الخروج من بيت الزوجية بطرق غير مباشرة أثناء مدة عدتها.

وقد سبق التساؤل، في هذا المضمار استنادا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري عما إذا كان يمكن اعتبار جميع المطلقات المغادرات لبيت الزوجية أثناء مدة عدة طلاقهن نواشرا، مما ينجر عنه حرمانهن من حقهن في نفقة العدة؟ ثم هل يكون لكل مطلق الحق في رفع دعوى نشوز لحرمان مطلقة المغادرة لبيت الزوجية أثناء مدة عدتها، من حقها في النفقة؟ وفي حالة إجبار المطلق المطلقة على الخروج من بيت الزوجية أثناء مدة عدتها، أو التضييق عليها لدفعها إلى ذلك، أ يكون لهذه الأخيرة الحق في رفع دعوى على مطلقها، تطالب من خلالها بتمكينها من حق الاعتداد ببيت الزوجية وفقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، يمكن القول أنه طبقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، أن للمطلق التي خرجت مطلقة من بيت الزوجية أثناء مدة عدتها من تلقاء نفسها ودون إكراه من مطلقها أو تضييق عليها منه، يكون له الحق في رفع دعوى يطالبها فيها بالرجوع للاعتداد ببيت الزوجية، وفقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، وإلا اعتبرها ناشرا، وترتب عليها ما يترتب على الناشز⁽¹⁾، وبالمقابل يكون لها حق رفع دعوى على مطلقها تطالبه فيها بتمكينها من الاعتداد ببيت الزوجية، إذا كان المطلق قد أجبرها على الخروج أو ضيق عليها لإرغامها على ذلك، وفي كلتا الحالتين لا يكون على القاضي إلا الحكم لرافع الدعوى بما طلب منه، انصياعا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري.

هذا موقف المشرع الجزائري، فما موقف الشريعة الإسلامية؟ وهل يجد المشرع الجزائري سنداً فيها؟

قال تعالى في الآية الأولى من سورة الطلاق: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن، وأحصوا العدة وأتقوا الله ربكم، لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً".
جعل الله للمطلقة المعتدة السكنى فرضا واجبا وحقا لازما... لا يجوز للزوج أن يمسكه عنها ولا يجوز لها أن تسقطه عن الزوج....

(1) وهذا ما يوافق قول مالك: في أن للسلطان أن يجبرها على الرجوع إلى بيتها حتى تتم عدتها: - مدونة مالك- ج 2، مرجع سابق، ص 39.

قال مالك: "لكل مطلقة السكنى، كان الطلاق واحدا أو ثلاثا..." و"ظاهر القرآن أن السكنى للمطلقة الرجعية لقوله تعالى "لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا" وقوله: "لا تخرجوهن" يقتضي أن يكون حقا على الأزواج وبقتضي قوله: "ولا يخرجن" أنه واجب على الزوجات⁽¹⁾، وتحقيق القول في الآية أن الله تعالى أوجب السكنى، وحرّم الخروج والإخراج تحريما عاما "لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا" قال جميع المفسرين: أراد بالأمر هنا الرغبة في الرجعة، ومعنى القول التحريض على طلاق الواحدة والنهي عن الثلاث، فإنه إن طلق ثلاثا أضرب نفسه عند الندم على الفراق، والرغبة في الإرجاع فلا يجد للرجعة سبيلا.

إنما أبقيت المطلقة في منزل الزوج في مدة العدة، لعل الزوج يندم على طلاقها ويخلق الله في قلبه الرغبة في رجعتها، فيكون ذلك أيسر وأسهل، وتوفير فرصة سانحة لتجاوز الخلاف بعد زوال مسببات الخصام، عسى أن يتم العدول عن إتيان أبغض الحلال إلى الله وهو الطلاق.

وخلاصة القول، باعتبار أن الاعتداد ببيت الزوجية حق من حقوق الله التي لا يجوز التنازل عنها ولو باتفاق الطرفين، أي أنه من النظام العام وذلك ما أيده المشرع الجزائري في نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، فبات يفرض على القاضي الحكم به تلقائيا، حتى ولو لم يطلب منه، وإن كان الطلاق بالتراضي.

فما موقف القضاء من السكن أثناء العدة؟ نجد أن القضاء قد خالفت أحكامه جميع النصوص القانونية منها والشرعية حيث يهمل الحكم بالاعتداد ببيت الزوجية تماما، ولا يحدد له مكانا، وإنما يقتصر الأمر في ذلك على الحكم بمبلغ مالي.

وبغض النظر عن سلبية عدم أخذ القضاة بمبدأ عدم خروج المعتدة من بيت الزوجية خلال مدة عدتها، ومدى مخالفة ذلك لأحكام القانون والشرع في آن واحد، كان يفترض في المبلغ المحكوم به، تلبية حاجة المطلقة للسكن أثناء مدة عدتها على الأقل، وهو الشيء الذي يستحيل تحقيقه لضالة المبالغ المحكوم بها، بحيث لا تكفي لتغطية مشمولات النفقة وثمان استئجار بيت مهما كان مستواه لمدة ثلاثة أشهر. وإذا كانت مدة العدة معلومة شرعا وقانونا، يبقى السؤال حول متى يبدأ تاريخ احتسابها مطروحا، بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري وتطبيقات القضاء، وذلك ما نحاول التعرض له فيما يلي.

أوردت المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري نصا صريحا فيما يتعلق بتاريخ بداية حساب مدة العدة كالتالي "...من تاريخ التصريح بالطلاق" أي أن حساب مدة العدة يبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، وليس من تاريخ التصريح بحكم الطلاق، والفرق بين الأمرين جلي، فالتصريح لغة هو إبداء الأمر

(1) أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، مرجع سابق، ص 1829 - ص 1832.

- أبي الفداء إسماعيل بن كثير، المجلد 4، مرجع سابق، ص 341.

- أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، المجلد 18، مرجع سابق، ص 154 - 156 - 157.

وإظهاره⁽¹⁾، والتصريح بالطلاق هو قول أي كلام بوضوح يفيد معنى الطلاق الذي هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين، وهو أمر جعله الله بيد الأزواج وملكهم إياه دون الزوجات، فقال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"⁽²⁾، إذن فالتصريح بالطلاق لا يمكن أن يصدر إلا ممن يملكه وهو الزوج⁽³⁾، وحساب مدة العدة يبدأ من تاريخ التصريح به من طرف الزوج، شريطة أن تكون الزوجة قد علمت به، أو يقيم على ذلك بينة في حالة عدم علم الزوجة به⁽⁴⁾.

أما التصريح بحكم الطلاق، فهو النطق بالحكم والإفصاح عنه، وهذا لا يملك القيام به إلا القاضي وفق أحكام القانون المنظم لذلك، ونطق القاضي بحكم الطلاق إنما هو إثبات وترسيم قانوني للتصريح بالطلاق، الذي يكون قد صدر قبل ذلك ممن يملكه شرعا، وهو الزوج. ونجد أن قانون الأسرة قد ساير الشرع طبقا لنص المادة 58 في اعتبار أن تاريخ سريان حساب مدة العدة يبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، خلافا لما ذهب إليه البعض معتمدين على نفس المادة في أنه: "إذا كانت الزوجة قد ترافعت أمام القضاء، وأن المحكمة قد حكمت بعد ذلك بطلاقها من زوجها، فإنه يجب عليها أن تنتظر ولا تتزوج، إلا بعد أن تحيض وتطهر ثلاث مرات كاملة بعد التصريح بالحكم الذي قضى بالطلاق، أو بفسخ عقد الزواج، وإذا تزوجت قبل ذلك فإنها تكون قد خالفت القانون وخالفت حكم الله وفعلت شيئا حراما"⁽⁵⁾، يبدو أن هذا الرأي قد تأثر في تفسيره للمادة 58 من قانون الأسرة الجزائري بتطبيقات القضاء، معتبرا أن العدة يبدأ سريان حسابها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق بصفة عامة، واقعا بذلك في الخلط بين التصريح بالطلاق والتصريح بحكم الطلاق، كما سبق شرح الفرق بينهما.

غير أن هذا الرأي يمكن أن ينطبق على حالة واحدة وهي الحالة التي تطلب فيها الزوجة من القاضي الحكم لها بالتطليق فيبدأ سريان حساب مدة عدتها من تاريخ صدور الحكم لها بالتطليق وليس الحكم بالطلاق.

والحال أن الزوجة، التي تتزوج بعد انتهاء مدة عدتها، محسوبة من تاريخ تصريح زوجها لها بالطلاق، وقبل صدور الحكم به، لا تكون بذلك قد خالفت حكم الله وفعلت شيئا حراما، ولا خالفت نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، مع الإشارة إلى وجوب التزام المطلقات بعدم إعادة الزواج قبل صدور حكم الطلاق تجنباً للفوضى. أما فيما يخص مبادئ الاجتهادات القضائية، فنجد أن المحكمة العليا

(1) - فؤاد إفرام البستاني، منجد الطلاب، ط 25 دار الشروق بيروت لبنان، ص 400.

- ابن منظور، ج2، مرجع سابق، ص511.

(2) الآية 1 من سورة الطلاق.

(3) الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج2، مرجع سبق ذكره، ص646.

- هبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سبق ذكره، ص681.

- (إلا إذا كان قد تنازل لها عنه وملكها أمرها) أنظر:

- أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي الأندلسي المالكي، القبس في شرح موطن بن أنس، مرجع سابق، ص731.

(4) الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع السابق، ص697.

(5) عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص286.

من خلال نقضها لبعض الأحكام قد سايرت الشرع ونص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، حيث اعتبرت أن تاريخ بداية حساب مدة العدة، هو تاريخ صدور الطلاق من الزوج، أي تصريحه به حيث جاء في نص قرارها: "ولا يمكن للزوج أن يتراجع عن طلاق قبْلَهُ أمام القاضي، وبعد مضي مدة العدة"⁽¹⁾، ومدة العدة تكون والحال هذه محتسبة من تاريخ قبول الزوج بالطلاق أمام القاضي كما قضت في قرار آخر: "... إِنَّ تَلَفُظَ الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ يُلْزِمُهُ، وَمِنَ الْمُقَرَّرِ أَيْضًا أَنَّ الرَّجْعَةَ لَا تُعْتَبَرُ شَرْعًا إِلَّا أَثْنَاءَ قِيَامِ الْعِدَّةِ... الزَّوْجُ الْمُطْلَقُ إِذَا نَدِمَ أَوْ تَرَاجَعَ فِي طَلَاقِهِ بَعْدَ انْتِهَاءِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ هَذَا لَا يَشْفَعُ لَهُ شَرْعًا فِي عَدَمِ احْتِسَابِ الطَّلَاقِ الَّذِي تَلَفَّظَ بِهِ، وَبِنَاءً عَلَيْهِ فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَرَاغِعَ زَوْجَتَهُ كَانَ عَلَيْهِ إِتِّبَاعُ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ، الَّتِي تَنْظُمُ وَتَضْبِطُ الرَّجْعَةَ، وَكَانَ عَلَى قَضَاءِ الْاسْتِنْفَافِ التَّقِيدَ بِهَذِهِ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ..."⁽²⁾

ففي حكم صادر عن محكمة السانبا طلب الزوج الطلاق، وبعد مضي أكثر من سبعة أشهر، تراجع عن طلبه، وحكمت له المحكمة باستئناف الحياة الزوجية⁽³⁾. فإذا كان هذا الزوج قد تلفظ بالطلاق عند طلبه تكون المحكمة قد خالفت الأحكام الفقهية المنظمة للرجعة بعد انقضاء مدة العدة. وعليه يجب على المحكمة التأكد مما إذا كان قد تلفظ الزوج بالطلاق، لأن تلفظه به يلزمه كما جاء في قرار المحكمة العليا⁽⁴⁾.

إذا كانت المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، تبدو صريحة في مسايرتها للشرع، عند حساب مدة العدة ابتداء من تاريخ التصريح بالطلاق، فإن نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يبقى مبهما، إذ تنص على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3) أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" وكان يمكن أن تدخل جميع المواد في تناغم وتوافق تامين، مع المبدأ الشرعي من جهة، ومع بعضها البعض من جهة ثانية، في حساب مدة العدة، ابتداء من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق لو أكمل نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بالجملة التالية: "...من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق" فيصير النص كالتالي: "...دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق" عوض "ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ، 1986/04/21 ملف رقم 41100 المجلة القضائية 1993 العدد 4، ص164.

- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا- مرجع سابق، ص 71.

(2) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ، 1984/12/17 ملف رقم 35322- المجلة القضائية- 1989 عدد 4 ص 91.

- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، نفس المرجع السابق، ص 65.

(3) محكمة السانبا قسم الأحوال الشخصية قضية رقم 545 / 99، غير منشور.

(4) المحكمة العليا، غربة الأحوال الشخصية قرار رقم 35322، مرجع سابق.

وبذلك يكون على القاضي أخذ تصريح الزوج بالطلاق لزوجته ومدى نيته في توقيعه، بعين الاعتبار في جلسات الصلح، لتحديد تاريخ بداية حساب مدة العدة وفقا لنص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائرية.

وحتى المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري لا تسد هذا النقص بنصها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد".

إن الاعتماد على جلسة الصلح، وتاريخ صدور الحكم بالطلاق في حساب مدة عدة الطلاق، دون أخذ تاريخ صدور التصريح بالطلاق من قبل الزوج، بعين الاعتبار، يعتبر ولا ريب ثغرة من ثغرات قانون الأسرة، يمكن تداركها بإضافة الجملة المشار إليها في آخر نص المادة 49، وإلا كيف يمكننا حساب مدة عدة من صرّح لها زوجها بالطلاق، ولم يرفع أحد الطرفين دعوى الطلاق، إلا بعد مرور مدة تفوق الثلاثة أشهر أو تساويها، هل ينتظر في هذه الحالة صدور حكم الطلاق للعودة إلى حساب مدة عدة جديدة بعد ذلك؟

ويبقى المتضرر الأول والأخير، والحال هذه المعمول بها اليوم، هي المطلقة التي قد يتسبب لها ذلك على الأقل، في الاحتباس لمدة تفوق مدة العدة بوقت طويل دون أي مبرر، لا شرعي، ولا قانوني، وذلك ما يوجب على القاضي مراعاة تاريخ علم الزوجة بتصريح الزوج لها بالطلاق، واتخاذ تاريخا لبداية حساب مدة عدة المطلقة، موافقا في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، واجتهادات المحكمة العليا معاً، أثناء إجراء جلسات الصلح، فإذا وقع داخل هذه المدة عُدَّ الطلاق رجعياً لا حاجة في ذلك إلى عقد جديد، ولا إلى موافقة الزوجة، أما إذا كانت مدة العدة محسوبة من تاريخ تصريح الزوج للزوجة بالطلاق وعلمها بذلك، قد انقضت قبل حلول تاريخ جلسة الصلح وأثمرت هذه الأخيرة رغبة الزوجين في المصالحة والعودة إلى الحياة الزوجية من جديد، وجب على القاضي مراعاة ضرورة العقد من جديد وبموافقة جديدة من طرف الزوجة.

ثانياً: سلبات صندوق النفقة وغياب الجهة الاحتياطية الحامية للمطلقة

تبدو مما تقدم ضالة المبالغ المتمثلة لحقوق المطلقة جلية، بسبب العيوب التي تطال تقدير هذه الحقوق، وكذا قصر المدة التي يمكن أن تغطيها هذه الأخيرة، والتي لا تتعدى مدة العدة، وصندوق النفقة هو الآخر عند بيان الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من مستحققاته فقد حدد حالة واحدة وهي المرأة التي صدر حكم بطلاقها وحكم لها بالنفقة ولا تستفيد مباشرة إلا بعد استيفاء شروط معينة وإجراءات محددة.

أما المرأة المحكوم لها بالنفقة كإجراء استعجالي قبل صدور الحكم بالطلاق، فلا يمكنها طبقاً لقانون 01-15 الاستفادة من مستحققات هذا الصندوق، والأمر سواء بالنسبة للزوجة المحكوم لها بنفقة إهمال في حالة امتناع الزوج عن واجب الإنفاق طبقاً لنص المادتين 74-75 من قانون الأسرة، رغم

تجريم المشرع لهذا الفعل طبقا لنص المادة 331 عقوبات، وهذا رغم أن المادة 13 من هذا القانون تنص على متابعة المدين بالنفقة عن جريمة عدم دفع النفقة المعاقب عليها في نص المادة 331 عقوبات، هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن الاستفادة من مستحقات صندوق النفقة لا تكون إلا بعد أن يصبح الحكم نهائيا ويبلغ إلى المعني بالأمر وفقا لإجراءات معينة ويثبت بمحضر عدم دفع النفقة إما بسبب امتناع المدين عن دفعها أو بسبب عجزه أو بسبب عدم معرفة محل إقامته، وكل هذا قد يتطلب من المرأة الاستعانة بمحام وقد يستغرق وقتا طويلا تكون خلاله أنفقت أكثر مما ستتحصل عليه، خاصة إذا لم يكن لديها الدعم المادي، وعلى هذا الأساس قد تعزف المرأة عن اللجوء إلى أروقة المحاكم محاولة إيجاد مخرج آخر يمكنها من التكفل بأبنائها.

كما أن الأشخاص المحكوم لهم بالنفقة قبل صدور هذا القانون لا يمكنهم الاستفادة منه، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من هذا القانون. مما يجعل التفكير في وجوب توفير جهة احتياطية تتكفل بالمطلقة أمرا ذا أهمية، لكونها تنتقل بسبب الطلاق وبطريقة فجائية، من وضعية اجتماعية غالبا ما تكون مريحة أو لائقة، إلى وضعية قد تهوي بها في بعض الأحيان إلى درك التشرّد، وهنا تبرز أهمية دور هذه الجهة، للتخفيف من وقع السقوط الاجتماعي الحر، والعمل على امتصاص آثاره السلبية الصعبة الاحتمال، بعد مضي مدة عدة المطلقة بالخصوص.

ناهيك عما يعرفه المجتمع الجزائري، من عنف التحولات الاقتصادية والاجتماعية، التي كان لها الأثر السلبي الواضح على المنظومة الأسرية عموما، وعلى عادات وتقاليد التكافل بين أعضائها بصفة خاصة، الشيء الذي زاد من معاناة المطلقة، وحرمانها من تضامن تقليدي كان يوفر لها محيطها الأسري والاجتماعي، هذا التضامن التقليدي الذي يستمد أساسه في شكله ومحتواه من مبادئ الدين الإسلامي الحنيف.

لقد تقلص هذا التضامن، بصفة جلّية، بسبب تقلص دور الأسرة وبتقلص حجمها وتأثيرها، من أسرة متضامنة في أوسع أطرها إلى أبعد تفرعاتها، إلى أسرة في أضيق مفاهيمها، مقتصرة على الزوجين والأولاد، وبذلك إنعدم دور الأسرة الراعية للشؤون الاجتماعية والاقتصادية لجميع أعضائها بالمعنى الواسع للكلمة، وبسبب هذا الانقلاب تكون المرأة المطلقة في المجتمع الجزائري، قد فقدت سند حمايتها الذي كان يتمثل في أسرتها، خاصة إذا ما كانت أمّا لأطفال، فإن ساعدها الأب، فلحين، ويصعب في الظروف الحالية، تصور مساعدة الأخ لأخته المطلقة إلا نادرا، بسبب طغيان الأنانية والفردية، وضعف، الوازع الديني الذي كان، وكما أشرنا، يعتبر بمثابة المصدر الأساسي، والمحرك الرئيسي للتكافل الأسري في المجتمع من جهة، والدافع إلى بذل التبرعات التي تتلقاها هيآت وأنظمة خيرية ذات أهداف اجتماعية، كالأوقاف وهيآت مساعدة ورعاية المحتاجين من جهة أخرى، كل هذه الأمور

مجتمعة، إضافة إلى كون انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، يعني بالنسبة للمطلقة انقطاع رعاية زوجها وإعالتها لها، ومن ثم نهاية إمكانية اعتمادها، على الذي كان يعتبر المكلف شرعا وقانونا بواجب الإنفاق عليها، كل ذلك، وإذا كانت المرأة غير عاملة ولا مؤهلة لشغل منصب عمل، فستجد نفسها في وضعية من لا مورد له إطلاقاً.

ومن خلال تعرضنا في دراستنا هذه، لجميع النصوص القانونية التي تعنى ماديا بالزوجة، سواء أثناء زواجها أو بعد انفصام رابطتها الزوجية لحين انتهاء مدة العدة. وباستثناء ما تنص عليه تشريعات العمل، التي تتكفل بالأرملة جزئياً بعد وفاة الزوج، إذا توفرت الشروط، فإننا لا نجد أي نصوص أخرى تهتم بالمطلقة بعد انتهاء عدتها، وقد لاحظ هذا الفراغ المستشار عبد العزيز سعد حيث يرى: "ولكننا نحذ لو أن المشرع الجزائري، قد أورد نصاً صريحاً، يجيز للقاضي أن يحكم للمطلقة بمبلغ من المال يدفع لها شهرياً لمدة سنة أو أكثر، كلما طلبت ذلك وكلما تبين له أن الطلاق غير مسبب تسبباً عقلياً أو شرعياً، وأن هذه المطلقة ستعرض للبؤس والتشرد، وذلك استناداً إلى السياسة العادلة في الإسلام باعتبار أن الشريعة لا تقبل أن تتضرر المرأة، وتتعرض لكل أنواع الحرمان، بسبب ظلم الزوج وتعسفه في استعمال حقه الشرعي أو القانوني في طلاق زوجته دون سبب، وهذا هو معنى ما ورد النص عليه في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث منح القاضي سلطة الحكم بالتعويض كلما تبين له تعسف المطلق وتضرر المطلقة وهو أيضاً ما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية ويتفق مع أهدافها الإنسانية العليا"⁽¹⁾.

وحبذا لو حذى المشرع الجزائري حذو المشرع المصري والسوري، حيث نصت المادة 18 مكرر 1 من قانون الأحوال الشخصية المصري أنه، لمن طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها، متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، مع مراعاة حال المطلق وظروف الطلاق، ومدة الزوجية، مع جواز سداد هذه المتعة على أقساط.

كما تنص المادة 84 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن نفقة الزوجة من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من 9 أشهر.

وهذا ما يقابله ما ورد في نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وقد أوجب المشرع الجزائري على القاضي، الحكم بالتعويض للزوجة عن الضرر اللاحق بها جراء تعسف الزوج في استعماله حقه في الطلاق، ومنحه سلطة تقدير التعويض دون تقييده بأي حد، وهذا ما أشار إليه المستشار عبد العزيز سعد نفسه بقوله: "...اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 310.

على دفع مبلغ من المال، نقداً أو عينا، إلى مطلقته تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق بسبب تعسفي⁽¹⁾.

وبهذا يمكننا توجيه البحث عن مواطن الخلل في هذا المجال للسلطة القضائية عوض السلطة التشريعية التي نرى أنها قد ألقت بموجب نص المادة 52 السالفة الذكر، المسؤولية على القضاة ليجعلوا أحكامهم متمشية مع الظروف الاجتماعية المعيشة، ومحقة في نفس الوقت لمبدأ العدالة، الذي يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية، ويحقق أهدافها الإنسانية العليا.

إن استثمار نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، كما ينبغي من طرف القضاة، يمثل بالنسبة لهم مجالا رحبا لتحقيق ذلك.

إن الوضع الاجتماعي، الذي آلت إليه المرأة المطلقة، في زماننا وفي مجتمعنا، مقارنة بما كانت عليه في السابق، سواء من حيث مبادئ الشريعة الإسلامية كأساس لتنظيم سلوكات المجتمع المسلم، أو من حيث ما كان قد تحقق فعلا في المجتمع إذ كان هناك اهتمام ملحوظ بالمطلقة والتخفيف من العبء الواقع على كاهلها، فيتحمل في ذلك الزوج جزءا منه ويتحمل الباقي المجتمع، بواسطة هيئات اجتماعية، سواء كانت تابعة للدولة أو للأفراد، مثل بيت مال المسلمين، والأوقاف وإحسان المسلمين المباشر.

واليوم وقد تراجع كل ذلك، يمكننا القول بأن الرعاية الاجتماعية للمطلقة قد تراجعت بشكل واضح عما كانت عليه، مما جعل هذه الأخيرة تفقد الكثير مما كان يعتبر مكاسب للمرأة عموما، تحققت لها في ظل الشريعة الإسلامية. إنه إذا أمكن تجاوز إطلاق تسمية المؤسسة عن الأسرة، بوصفها الأداة الأساسية في تكوين المجتمع دون منازع، مما لهذه المؤسسة من دور اجتماعي، اقتصادي، ديني، تربوي وثقافي بصفة عامة، فإن المرأة المطلقة اليوم وبفقدائها السند الاجتماعي، أصبحت تكاد تتحمل لوحدها الآثار المدمرة غالبا، لما بقي من حياتها، هذه الآثار الناتجة عن انهيار مؤسسة هي الأساسية في تكوين المجتمع، هذه الخلية التي لا غنى لهذا الأخير عنها في حركية تكوّنه، ومواصلة وجوده، فهي اللبنة الأساسية في بنائه فلا يمكن إغفال دور الأسرة نحو المجتمع، وما يتحقق بالزواج من أهداف سامية، أسماها الحفاظ على النسل ورعايته وحسن تنشئة الأجيال، كل ذلك أوجب على المجتمع، أن يتحمل على الأقل، جزءا من الآثار السلبية الناتجة عن انهيار بعض لبناته، حتى لا يكون في وضع من يستفيد من الغنم، دون أن يتحمل شيئا من الغرم، بل الأدهى من ذلك أن يرمي به إلى من لا طاقة له على تحمله، وهي المرأة المطلقة التي كان المفروض ضرورة حمايتها بعد انفصام رابطة زواجها خاصة إذا كانت أما لأطفال.

(1) عبد العزيز سعد – مرجع سابق- ص 309.

حيث كما سبقت الإشارة إليه، تنتقل بطلاقها مباشرة من وضعية اجتماعية مقبولة عادة، أو على الأقل تنقسم فيها أعباء مسؤولية حياة الأسرة مع زوجها، إلى وضعية اجتماعية، تهوي بها إلى درجة التشرّد.

فالمطلقة تعيش بعد طلاقها مباشرة، وقبل حصولها على حقوقها فترة فاقة، خلال المدة الفاصلة بين تصريح الزوج بالطلاق، وبين صدور الحكم وإثباته من طرف المحكمة، أضف إلى ذلك المدة الفاصلة ما بين تاريخ صدور حكم الطلاق من المحكمة وتاريخ تنفيذ الحكم والتي قد تطول هي الأخرى، لأسباب متعددة، منها على سبيل المثال، جهل المطلقة بالإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ الحكم، إضافة إلى فقرها لما يستلزمه التنفيذ من مال، أضف إلى ذلك ما قد يسببه تماطل الزوج من إطالة في مدة التنفيذ، كل ذلك والمطلقة تعاني، لانعدام المورد وفقدان المعيل خاصة إذا كانت أما لأطفال، الشيء الذي يوجب التفكير في طريقة عملية وناجعة، للتكفل بها لإخراجها من هذا الفراغ المقيت، وبذلك بتوسيع مجال تغطية صندوق النفقة ليشمل كل من له حكم بالنفقة على أن تصرف المبالغ لمستحقيها تلقائياً، بمجرد صيرورة الحكم نهائياً، لتعود مصالح الصندوق في ما بعد على المدين بها .

كما يمكن أن تخصص للمطلقة مساعدة قضائية، يتكفل مختص من خلالها بالسهر على القيام بإجراءات التنفيذ بالسرعة اللازمة، ويتقاضى أتعابه من هذا الصندوق أو من خزينة الدولة، حتى لا تصبح هذه المساعدة عبئاً لا يأتيها من تفرض عليه، إلا وهو مكره، مما يكون له الأثر السلبي على تنفيذ الأحكام، وتعود الأمور بذلك إلى نقطة الصفر من جديد.

وقد تفتن المشرع المصري إلى حل هذا الإشكال بواسطة نص المادة 8 من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 62 لسنة 1976 التي تلزم الوزارات والمصالح الحكومية والهيئات العامة ووحدات الحكم المحلي ووحدات القطاع العام وجهات القطاع الخاص والهيئات العامة للتأمين والمعاشات والهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية وإدارة التأمين والمعاشات والقوات المسلحة والنقابات المهنية، أن تقوم بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها وفقاً للمادة 5 وإيداعها بالبنك بمجرد طلبه ذلك، دون الحاجة إلى إجراء آخر سوى قيام البنك بإرسال صورة طبق الأصل من الصيغة التنفيذية للحكم أو الأمر وما يفيد تمام الإعلان. وأوضحت المادة 9 الحكم في حالة التزام بين الديون المشار إليها في المشروع وكذلك بالنسبة للديون الأخرى، فجعلت الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ثم نفقة الأبناء... ويتولى مهمة القيام بتنفيذ الأحكام بنك جمال عبد الناصر لتنفيذ الأحكام القضائية⁽¹⁾.

(1) القانون رقم 11 لسنة 2004، ينشئ صندوق نظام تأمين الأسرة.

أما صندوق النفقة لمملكة البحرين المنشأ بموجب القانون رقم 34 سنة 2005 فقد نص على أن المستفيدين من النفقة هم الزوجة المطلقة، الوالدان، والأولاد وكل من تجب لهم النفقة أو من ينوب عنهم قانوناً. وتصرف في الحالات التالية:

- للذين صدرت في صالحهم أحكام بالنفقة وتعذر تنفيذها

- للذين أقاموا دعوى بشأن تقرير نفقة لهم ولم يفصل فيها "نفقة مؤقتة"

أما صندوق النفقة الفلسطيني المنشأ عام 2005 فقد حدد المستفيدين بـ: كل من صدر الحكم بالنفقة لصالح وهم الزوجة المعتدة، الولد، الوالدين والقريب المحال. وتعذر تنفيذ الحكم بسبب تغيب المحكوم عليه، أو الجهل بمحل إقامته أو عدم وجود مال ينفذ عليه أو لأي سبب آخر.

أما بالنسبة لتونس فقد نشأ صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بالقانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلق بإحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق.

والمستفيدون من الصندوق هم المطلقات وأولادهن إذا تعذر حصول المطلقة على النفقة بسبب تمنع الزوج، ويتم صرفها خلال 15 يوم من تقديم الطلب مرفق بالوثائق المطلوبة.

أما المشروع المغربي فقد اهتدى إلى حل لضمان دفع النفقة، يعتبرون أبرز تجارب الدول العربية ضمنه مدونة الأسرة⁽¹⁾.

وتنص المادة 83 من المدونة أنه: "إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين حددت المحكمة مبلغاً يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإففاق عليهم في المادتين الموالتين".

وتنص المادة 83: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة.

المادة 85: "إذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص في المادة 83 أعلاه داخل الأجل المحدد له اعتبر مترجعاً عن رغبته في الطلاق ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

المادة 87: بمجرد إيداع المبلغ المطلوب منه، تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة...".

(1)- القانون المغربي رقم 70-03 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004.

ومما تقدم يتبين أن المشرع المغربي احتاط لمسألة صعوبة استيفاء المطلقة لحقوقها المالية قبل وقوع الطلاق ولم يكن بعد ذلك في حاجة إلى إنشاء صندوق للنفقة.

ومن الملاحظ أنه رغم أن الجزائر تعتبر من أكثر الدول العربية تقدما على درب ترقية المرأة وتمكينها من حقوقها غير أنها كانت من آخر الدول المنشئة لصندوق رعاية المرأة المطلقة وتمكينها من حقها في النفقة، وكان بإمكانها الاستفادة من تجارب الدول التي سبقتها في هذا المجال لتجنب النقائص التي شابت صندوق النفقة والتي سبقت الإشارة إليها.

ومع كل ما تقدم، يمكن الجزم أن المطلقة، حتى وإن تحصلت على حقوقها المالية الناتجة عن الطلاق، تستنفذ ما حصلت عليه من مال خلال أيام، ويمكن التساؤل بعد ذلك عن الوضعية التي ستؤول إليها هذه المطلقة العديمة المورد والسند بعد ذلك؟ إذ لا نرى لها خيارات كثيرة من أمرها، فهي إما أن تتمكن من الحصول على عمل مأجور يدر عليها ما تسد به رمقها ورمق أطفالها، وسوق العمل، وتفشي البطالة غير خافية عن العيان، خاصة وأنها نادرا ما تكون ذات تأهيل، مما يجعل الخدمة في البيوت أو البيع في الطرقات، هو الملجأ الوحيد في أحسن الظروف، رغم ضالة مردودية هذا النوع من الأعمال، وعدم كفايته واستقراره، مما ينعكس على حياة المرأة فيطبعها بمظاهر الفقر وعدم الاستقرار، ويجعلها تشعر بوطأة الخصاصة والفاقة، في إطار وضعها الاجتماعي الجديد، مقارنة بما كانت عليه قبل طلاقها، فتتولد لديها رغبة ملحة في الخروج من مأزقها بشتى الوسائل، التي قد تفوقها حتى إلى الانغماس في الأعمال المشينة، ومع اتجاه منحى ظاهرة الطلاق في بلادنا نحو الارتفاع المضطرد سنة بعد سنة، الأمر الذي ينبئ بظهور فئة اجتماعية من النساء المطلقات، وما قد يتبع ذلك من الأثر السيئ على الأسرة بصفة خاصة وعلى المجتمع عموما.

بإمكانية معالجة ظاهرة فاقت وتشرذم النساء المطلقات، إذا خلصت النيات، بواسطة إنشاء صندوق، يتكفل بالمطلقات، شبيه بصندوق التقاعد، والذي مهما قيل فيه، لا يمكن الاستهانة بدوره في التخفيف من حدة ضيق ذات اليد، التي تلم بالأرامل بعد وفاة أزواجهن، هذه الفئة التي سنتعرض في المبحث التالي، إلى مدى عدم كفاية الحقوق الآيلة إليها، بعد فقدانها لمعيها بسبب الوفاة.

الفرع الثاني: حقوق الأرملة⁽¹⁾ المالية وأثارها السلبية.

قد تنرمل المرأة بوفاة زوجها عنها أثناء حياتها الزوجية، أو أثناء مدة عدتها من طلاق، أو بفقد زوجها وصدور حكم بوفاته، وفي جميع هذه الحالات، تعدد عدة المتوفى عنها زوجها، وقد حددتها المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري بأربعة أشهر وعشرة أيام، تحتسب من تاريخ وفاة الزوج أو من تاريخ

(1) الأرملة في اللغة من الإرمال وهو الفقر وهو ذهاب الزاد، وسميت بالأرملة لما يحصل لها من الإرمال (الفقر) بسبب ذهاب الذي كان يعولها.

-ابن منظور، ج11، مرجع سابق، ص296-297. -بلقاسم شتوان، مرجع سبق ذكره، ص264.

صدور الحكم بفقد الزوج، ويبدو أن نص هذه المادة قد وقع فيه خلط بين الحكم بفقد الشخص وبين الحكم بوفاة المفقود، فالشخص المحكوم بفقدته يعتبر على قيد الحياة وفقا لنص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيه: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا...." ولذا فالحكم بفقد الشخص لا تترتب عنه أية عدة على زوجة المحكوم بفقدته على عكس ما ورد في نص المادة 59 من قانون الأسرة إلا في حالة توفر أحد الشرطين التاليين:

1- أن تطلب زوجة المفقود الحكم لها بالتطليق ويحكم لها به وفقا لنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيه: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون" وبذلك يكون عليها أن تعتد عدة المطلقة ثلاثة أشهر.

2- أن تنتهي مدة التحري على المفقود المقررة بنص المادة 113 من قانون الأسرة، وهي أربع سنوات على الأقل ثم يصدر حكم بموته وفي هذه الحالة يكون على زوجة المفقود المحكوم بموته التي بقيت في انتظاره طوال هذه المدة، أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.

وعدة الحامل وضع حملها وفق نص المادة 60 من قانون الأسرة. والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا المجال هو: ما هي الحقوق المالية الثابتة للأرملة أثناء مدة عدتها من الوفاة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية وماهي الآثار السلبية لهذه الحقوق؟ وهذا ما سيتم تناوله من خلال البندين التاليين:

- البند الأول: حقوق الأرملة المالية حسب قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية.

- البند الثاني: الآثار السلبية لحقوق الأرملة المالية.

البند الأول: حقوق الأرملة المالية حسب قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية.

يمكن حصر حقوق المتوفى عنها زوجها، في حقها في الإرث من تركتها زوجها الهالك، وحقها في السكن والنفقة أثناء عدتها من الوفاة، ونعالج هذه الحقوق من خلال:

- أولا: حق الأرملة في الإرث.

- ثانيا: حق الأرملة في النفقة والسكن أثناء عدتها.

أولا: حق الأرملة في الإرث.

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حق الإرث، وهو آخر حق من الحقوق التي ترتبط بزمة الزوج المالية رغم وفاته، ويعرف الإرث بأنه: "حق قابل للتجزئة يثبت لمستحقه بعد موت من كان له، وذلك لقرابة أو زوجية أو ولاء."⁽¹⁾

(1) بدران بدران أبو العينين، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص11

كما يعرف أيضا بأنه اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث⁽¹⁾، ومن أسباب الإرث الزوجية، حيث تنص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "أسباب الإرث القرابة والزوجية" والزوجية التي تكون سببا في الميراث هي التي تكون نتيجة عقد صحيح قائم حقيقة أو حكما وقت وفاة أحد الزوجين⁽²⁾، وإن لم يعقبه دخول أو خلوة صحيحة، فالنبي عليه الصلاة والسلام ورث يروع بنت واشق من زوجها المتوفى قبل الدخول بها، وقبل أن يفرض لها صداقا⁽³⁾. فإذا مات أحد الزوجين بعد العقد الصحيح مباشرة ورثه الآخر، ما لم يوجد مانع من موانع الإرث⁽⁴⁾. وبهذا أخذ المشرع الجزائري فورث المتوفى عنها زوجها ولو لم يقع البناء، حيث تنص المادة 130 من قانون الأسرة الجزائري على: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء".

والمتوفى عنها زوجها قد تكون مطلقة بعد الدخول في صحة أو مرض، فترث ما دامت الوفاة قد وقعت أثناء عدتها من الطلاق، حيث تنص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري: "إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث". غير أن هناك حالات أخرى نجدها في الفقه لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري، مما يتطلب منا إعمال نص المادة 222 منه، حيث نجد أن المذهب المالكي يعتبر أنه إذا كانت المتوفى عنها زوجها قد طلقت طلاقا بائنا أو صادف الثلاث، والمطلق مريضا يغلب أن يؤدي مرضه إلى الوفاة فإنها تعد وارثة إذا حدثت الوفاة من ذلك المرض، وسواء حدثت الوفاة داخل العدة أو خارجها⁽⁵⁾. كذلك تعد وارثة إذا كان المطلق قد طلقها في مرضه طلاقا مملكا أو مخيرا أو خلعا حسب ما ورد في مدونة مالك⁽⁶⁾.

ويقدر نصيب المتوفى عنها زوجها بربع 4/1 التركة بعد اقتطاع مصاريف التجهيز والدفن وسداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى والوصية إن وجدت⁽⁷⁾، وذلك إن لم يكن للمورث ولد⁽⁸⁾، أما إن كان لزوجها المتوفى ولد فيكون نصيبها ثمن 8/1 التركة⁽⁹⁾، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "...وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ..."⁽¹⁰⁾، وتقسم نفس الأنصبة بالتساوي

(1) د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 2.

(2) د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 168.

(3) ابن قيم الجوزية، ج 4، مرجع سابق، ص 4 - ص 209.

(4) الرجوع إلى المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري لمعرفة موانع الإرث.

(5) المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج 4، المطبعة الحجرية بفاس، 1928، ص 74-75.

(6) مدونة مالك، ج 6، مرجع سابق، ص 34.

(7) المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري.

(8) المادة 145 من قانون الأسرة الجزائري.

(9) المادة 146 من قانون الأسرة الجزائري.

(10) سورة النساء الآية 12.

على أرامل المتوفى إن كان له أكثر من زوجة⁽¹⁾ وقد يزيد هذا النصيب على ذلك إذا لم تستغرق الفروض التركة كلها وبقي منها شيء، بعد أخذ ذوي الفروض أنصبتهم، شريطة عدم وجود عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو ذوي الأرحام⁽²⁾، وهذا ما يعرف في المواريث بالرد وهو: "صرف الزائد على الفروض النسبية بقدر فروضهم حيث لا عاصب"⁽³⁾.

ثانيا: حق الأرملة في النفقة والسكن أثناء مدة عدتها.

نصت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها عنها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، من خلال نص المادة 61 يتبين أن المشرع الجزائري إن كان قد ساير الفقه المالكي في إعطاء الأرملة المعتدة الحق في السكن كقاعدة عامة بمسكن الزوجية أثناء مدة عدتها، بينما خص المعتدة من طلاق بالنفقة دون الأرملة، مما يفيد عدم استحقاق هذه الأخيرة لها أثناء عدتها، غير أنه لم يجاريه في تفصيل الحالات المختلفة التي يمكن أن تثور من خلال إشكالية، ما إذا كان الزوج الهالك مالكا لما اسماه بالسكن العائلي أو مستأجرا له، دفع ثمن إيجاره مسبقا قبل أن توافيه المنية، أو مستأجرا لم يدفع ثمن الإيجار، وعليه وطبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية يتوجب الأمر الرجوع إلى الفقه لمعرفة رأيه في هذا الموضوع.

يعتبر حق الأرملة في النفقة والسكن أثناء مدة عدتها من وفاة زوجها، الحقان اللذان اختلف بشأنهما الفقه، ففي حين يرى المالكية عدم وجوب النفقة أثناء عدة الوفاة، حائلا كانت الأرملة أم حاملا⁽⁴⁾ ولا يثبت لها إلا حق السكن، وإن كان ليس لها حق السكن من مال التركة، فلها الحق في الاعتداد ببيت الزوجية، إذا كان المسكن ملكا للزوج الهالك، أو كان قد دفع كراهه إذا لم يكن في ملكه، وبتعذر توفر شرط ملكية المتوفى للسكن أو دفعه لكرائه، ليس لأرملته الحق في السكن مدة عدتها منه من مال تركته⁽⁵⁾. هذا رأي المالكية رغم تأكيدهم على ضرورة مراعاتها لواجب الاعتداد ببيت الزوجية وعدم خروجها منه إلا لضرورة⁽⁶⁾.

(1) المادة 145 و146 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) المادة 167 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 156.

- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي الملكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، مرجع سبق ذكره، ص 419.

- بدران أبو العينين، الميراث المقارن، دار المعارف، مصر، 1971، ص 228.

(4) عبد الرحمان الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص 502.

- الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج2، مرجع سبق ذكره، ص 646.

- المدونة الكبرى للإمام مالك، ج5، مرجع سابق، ص 157.

(5) ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 209.

(6) المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج4، المطبعة الحجرية، بفاس، 1928، ص 74 و 75.

ويبقى التساؤل مطروحا على الفقه المالكي، حول ما إذا كان في حال عدم ملكية الهالك لسكنى وعدم دفعه لثمن كرائه، يجعل الأرملة مجبرة على مغادرة بيت الزوجية أثناء مدة عدتها من وفاة زوجها لتعتد بمكان آخر، بسبب عدم جواز دفع ثمن كراء السكن من التركة؟
فإن كان الجواب بنعم، يثور تساؤل آخر وهو أين تعتد الأرملة الحامل التي لا تتوفر على سكن و ليس لها كافل؟

ذهب الشافعي وابن حنبل في رواية عنه إلى أن للمتوفى عنها زوجها حق في السكن لمدة العدة من مال التركة⁽¹⁾.

ويرى الأحناف والظاهرية عدم استحقاقها لكل من النفقة والسكن معا⁽²⁾.

وهناك من يرى أن لها الحق في النفقة أثناء مدة عدتها من جميع مال التركة، إذا كانت حاملا كابن ليلى والثوري والليث بن سعد، ويرى ابن عمر والشافعي أن لها حق النفقة والسكن⁽³⁾. وخلاصة القول أنه بناء على نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي معا، قد تجد الأرملة نفسها أثناء مدة عدتها، في حالة عدم امتلاك زوجها المتوفى لسكن، وعدم دفعه لأجرة كراءه مسبقا قبل وفاته، وعدم قدرتها هي على دفع ثمن إيجاره من مالها الخاص، تجد نفسها مضطرة لمخالفة ما يقرّون أنه حق من حقوق الله، بسبب عدم السماح بدفع ثمن إيجار سكن الأرملة أثناء مدة عدتها من مجمل مال تركه المتوفى إن وجدت. إن كانت المرأة أرملة عامل فلها بعض الحقوق المالية التي نصت عليها تشريعات العمل⁽⁴⁾.

البند الثاني: الآثار السلبية لحقوق الأرملة المالية.

يفقدان الأرملة لزوجها ومعيّلها، تكون وأسرته قد فقدت السند الأساسي الذي تعتمد عليه، في مواجهة مختلف المصاعب اليومية للحياة، وإن كان كما سبقت الإشارة إليه، لا يستهان بدور صندوق التقاعد في التخفيف من حدة ضيق ذات اليد التي تُلمّ بالأرامل، بعد فقدانهن لأزواجهن، فإن هذه الاستفادة من خدمات صندوق الضمان الاجتماعي والصندوق الوطني للتقاعد، لا تشمل جميع أرامل المجتمع، بطبيعة الحال، إنما تعني أرامل العمال الذين تتوفر فيهم شروط الاستفادة من معاش التقاعد، وفي أراملهم شروط الاستفادة من معاش تقاعد الأيلولة "المنقول"، إضافة إلى الأرامل اللاتي كن عاملات بأجر، أو متقاعدات بصفة شخصية، وهذا مع ضعف نسبة النساء العاملات في المجتمع⁽⁵⁾، أما الأرامل خارج

(1) الشافعي، ج5، مرجع سابق، ص من 242 إلى 246.

- ابن قيم الجوزية مرجع سابق ج 4 ص 217.

(2) المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، مرجع سابق، ج2 ص 345.

(3) الجصاص، ج3، مرجع سابق، ص 462.

(4) أنظر الجزء المخصص لحماية المرأة في قانون العمل.

(5) يبلغ عدد النساء العاملات في الجزائر لسنة 2015 نسبة 16,4%.

هذين الصنفين، ويمثلن الأغلبية الساحقة⁽¹⁾، فلا تشملهن الاستفادة من عائدات صندوق التقاعد بطبيعة الحال، رغم كل ما يمكن أن يقال كما أسلفنا عن ضالة هذه العائدات.

ويمكن تناول موضوع عدم كفاية الموارد المالية التي تعود على الأرملة بعد وفاة زوجها ومعيها من جانبيين اثنين، من خلال:

- أولا: ضالة حقوق الأرملة المالية

- ثانيا: غياب الجهة الاحتياطية الحامية للأرملة

أولا: ضالة حقوق الأرملة المالية.

تعتبر حالة الأرملة في أيامنا هذه، من أكثر حالات المرأة مأساوية في المجتمع، بسبب ما آلت إليه أوضاع المجتمع الجزائري من تدن في العلاقات، نتيجة التخلي المتواصل عن العمل بمبادئ الشريعة الإسلامية، والامتنال لأوامرها، ومسايرة السنن الكونية في التطور، التي لا تتوقف والتي لم يتمكن تأويل الأحكام العامة للشريعة الإسلامية، الذي هو الفقه من مسايرتها في تطوير نظريته للأمور الحياتية، وجعلها تتوافق بصفة دائمة مع هذا التطور المستمر، فالفقه كما أشرنا دائما، خارج المسائل القطعية الدلالة، التي لا مجال للاجتهاد فيها، ليس الشريعة ذاتها، وإنما هو تأويل بشري لأحكامها، يختلف ويتغير باختلاف فهم الأجيال لأمر الحياة، وبسبب هذا الجمود الطويل، عبر القرون في مسايرة تأويل مبادئ الشريعة الإسلامية العامة، لمتطلبات التطور الاجتماعي والقواعد المنظمة له، تكونت بينهما هوة سحيقة، ما فتئت تزداد اتساعا يوما بعد يوم، وحتى القواعد التي أريد بها تقليد المجتمعات الغربية في تنظيم شؤونها، جاءت دون المستوى لعوامل عدة، لا يتسع المجال لشرحها، وبذلك تكون المجتمعات الإسلامية، في وضعية لا تحسد عليها، فلا هي تطورت في إطار فهم مبادئ الشريعة السمحاء بجعلها مسايرة للتطور الحاصل عبر العصور، ولا هي انخرطت كلية في حركية التطور بالمفهوم الغربي، مما انعكس سلبا على المجتمع ككل، وعلى طبيعة المرأة خاصة والأرملة بصفة أخص، هذا بالنسبة لواقع القواعد الفقهية.

أما بالنسبة للقانون، ووفقا لنص المادة 145 و146 من قانون الأسرة الجزائري، يعود على الأرملة ربع 1/4 تركة المتوفى، إذا كانت هي زوجته الوحيدة، وإلا يشتركن في الربع، ويجب ألا يكون قد خلف ولدا، فإذا كان له ولد، فيكون للأرملة الثمن 1/8 من التركة، إذا كانت الزوجة الوحيدة، وتشترك فيه مع غيرها من الزوجات إذا كان للمتوفى أكثر من زوجة، ويزاد وفقا لنص المادة 167 إلى نصيب

www.ons.dz/IMG/pdf/emplar0915.pdf.

(1) يبلغ عدد الأرمال 847792 أرملة بينما يبلغ مجموع النساء ذوات المنح 238703 والعاملات المتقاعدات 158267 والفرق بين الرقمين يبين ضعف الاستفادة من المنح بالنسبة للأرمال بدون دخل 607089.

ANNUAIRE STATISTIQUE d'ALGÉRIE Résultat 2010-2011 édition 2014 N°30 recensement 2008 tableau 22 p 26. Tableau 23.2 p 29.

الأرملة، بنفس النسبة من باقي التركة، إذا لم يوجد عاصب من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام، وهذا ما يعرف بالرد عندما لا تستغرق كل التركة.

وليس للأرملة في ظل قانون الأسرة الجزائري، أي حق آخر زيادة على نصيبها في تركة زوجها المتوفى، لأن نفقتها تعتبر قد سقطت بوفاة زوجها حسب الفقه المالكي، وتلزم المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، كلاً من المطلقة والأرملة بالاعتداد بالمسكن العائلي، غير أنها تفرق بينهما فيما يتعلق بنفقة العدة، فتعطي الأولى وتحرم الثانية بنصها "... ولها الحق في النفقة في عدّة الطلاق"، أي أن الحق في النفقة مقصور على المعتدة من طلاق، دون المعتدة من وفاة، وذلك إتباعاً لما ذهب إليه الفقه المالكي، الذي يرى عدم وجوب النفقة للأرملة أثناء عدة الوفاة حاملاً كانت أم حائلاً، أما الحق في السكن أثناء مدة العدة، فيكون لها إذا كان البيت مملوكاً للزوج الهالك، أو كان قد دفع أجره كرائه قبل وفاته، فإذا لم يتحقق أحد الشرطين، انتفى حق الأرملة في السكن أثناء عدتها من مال التركة⁽¹⁾، ولم تتعرض المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري إلى هذا التفصيل وتركت الأمر مبهماً مما يبقي السؤال حوله قائماً، وبالقياص بحالة المطلقة حيث أعطت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري لكلية الحق في السكن أثناء مدة العدة بالمسكن العائلي، نجد أن القضاء يحكم دائماً بمبلغ مالي للمطلقة مقابل حقها في السكن أثناء العدة، بينما لا مجال لحصول الأرملة على حقها في السكن من تركة زوجها المتوفى، سواء بإبقائها في المسكن إذا كان مملوكاً له، أو كان قد دفع أجر كرائه قبل وفاته، وفي حالة عدم توفر أحد الشرطين تعويضها بمبلغ مالي من مجموع التركة، مثلما هو الحال بالنسبة للمطلقة، ويكون لها حق رفع دعوى مطالبة بحقها في السكن أثناء مدة عدتها وفقاً لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، وقد أوردت هذه المادة أنها لا تخرج مدة عدتها من السكن، إلا في حالة إتيانها بفاحشة مبينة، ومدة عدة الأرملة كما هو معلوم من نص المادتين 59 و60 من قانون الأسرة الجزائري، إما أن تكون أربعة أشهر وعشرة أيام، إذا كانت حائلاً، أو بوضع حملها إذا كانت حاملاً، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ وفاة الزوج، والسؤال المطروح بالحاح في كلتا حالتَي اعتداد الأرملة، وقد فرض عليها الاحتباس ببيت الزوجية، طوال مدة عدة أقصاها عشرة أشهر، تكون فيها حاملاً، ابتداء من تاريخ فقدانها لمعيها مع حرمانها من النفقة، ألا تكون والحال هذه، أقرب لحالة الهرة التي دخلت بسببها امرأة النار لأنها حبستها لا هي أطعمتها ولا هي تركتها تذهب لتأكل من خشاش الأرض؟⁽²⁾.

(1) مدونة مالك، ج5، مرجع سابق، ص157.

— ابن قيم الجوزية، ج4، مرجع سابق، ص4 - ص209.

(2) سيد سابق، فقه السنة، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1397-1977، ص565.

رغم أنه من الثابت شرعا وقانونا وعقلا ، أن من حُسِّ لِحَقَّ غيره، فنفقته واجبة على ذلك الغير⁽¹⁾، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، حيث أن الصحابة -رضوان الله عليهم- وضعوا أجرة للخليفة أبي بكر رضي الله عنه بعد توليته من بيت مال المسلمين، لأنه كان يعمل صباحا لأجل قوته، وفي المساء يتفرغ لمهام الدولة، ففرضوا له أجرا ليتفرغ لشؤون الدولة فقط. والفقهاء قاسوا على ذلك نفقة المفتي، والولي، والقاضي، والمعلم، وغيرهم معللين بأن هؤلاء حبسوا أنفسهم لمنفعة المجتمع والدولة، فنفقاتهم بقدر كفايتهم.

ألا تكون الأرملة والحال هذه أولى بأن تفرض لها نفقة وهي محبوسة لمدة قد تصل السنة امتثالا لأمر الله عز وجل؟

هذا من حيث النصوص أما من حيث الواقع المعيش فبمجرد وفاة الزوج يتهافت ورثته، وقد برقت لهم فسحة مادية، مطالبين باقتسام تركة المتوفى كلها دون تمييز بين ما كان مملوكا له، وما كان ملكا لأرملته، بما في ذلك السكن لتجد نفسها دون مأوى، ذلك في غياب تام لثقافة التوثيق بالمجتمع ككل بصفة عامة، وانعدام هذه الثقافة فيما بين الأزواج بصفة خاصة، رغم انفصال ذممهم المالية⁽²⁾، وأمر الله سبحانه وتعالى عباده المؤمنين عامة دون تمييز بتوثيق ديونهم صغيرة كانت أم كبيرة⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك كله، مخالفة ما تقدم مخالفة صارخة لنص الآية 240 من سورة البقرة، والتي يقول فيها المولى عز وجل "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج فإن خرجن فلا جناح عليكم في ما فعلن في أنفسهن من معروف، والله عزيز حكيم" في هذه الآية تقرير لحق المرأة المتوفى عنها زوجها، في وصية منه تسمح لها بالبقاء في بيته والعيش من ماله مدة حول كامل، لا تخرج ولا تتزوج إن رأت من مشاعرها أو من الملابس المحيطة بها ما يدعوها إلى البقاء... وذلك مع حريتها في أن تخرج بعد أربعة أشهر وعشر ليال كالذي قررته آية الطلاق⁽⁴⁾.

فالعدة فريضة عليها والبقاء حولا حق لها وبعضهم يرى أن هذه الآية منسوخة بتلك ولا ضرورة لافتراض النسخ لاختلاف الجهة.... فهذه تقرر حقا لها إن شاءت استعمالته وتلك حقا عليها لا مفر منه، "...فإن خرجن فلا جناح عليكم في ما فعلن في أنفسهن بالمعروف..." وكلمة "عليكم" توحى بمعنى الجماعة المتضامنة المسؤولة عن كل ما يقع فيها.... فهي المسؤولة في النهاية عن الأفراد في الصغيرة والكبيرة، والخطاب يوجه إليها بهذه الصفة لتقرير هذه الحقيقة في حسها وفي حس كل فرد

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7، دار الفكر، دمشق، ط3، 1405-1985، ص787.

- جمعي ليلي، مرجع سبق ذكره، ص232.

(2) المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) سورة البقرة الآية 282.

- تفسير ابن كثير، ج1، مرجع سابق، ص293.

(4) "...يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا...." سورة البقر، الآية 234.

- تفسير ابن كثير، نفس المرجع السابق - ص 249.

منها⁽¹⁾. هذا من الكتاب أما من السنة، أخرج إسحاق بن رهويه في تفسيره عن مقاتل بن حيان أن رجلا من أهل الطائف قدم المدينة، وله أولاد ورجال ونساء ومعه أبواه و امرأته، فمات بالمدينة، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فأعطى أولاده بالمعروف ولم يعط امرأته شيئا، غير أنهم أمرُوا أن ينفقوا عليها من تركة زوجها إلى الحول، وفيه نزلت الآية 240 من سورة البقرة⁽²⁾، إن عدم التفات قانون الأسرة لهذه الفسحة الشرعية، التي كان من المفروض أن تستفيد منها الأرملة، بالإضافة إلى ما أسلفنا من اضمحلال المبادئ التضامنية في المجتمع الجزائري، يثبت بكل تأكيد، ما أشرنا إليه سافا من أن ذلك التدني في العلاقات الاجتماعية، إنما مرده إلى التخلي التدريجي والمتواصل عن العمل بمبادئ الشريعة الإسلامية من جهة، وإلى جمود الاجتهاد الذي لم يعد يساير العصر والتطورات الاجتماعية المتسارعة من جهة ثانية.

إن من أسوأ الوضعيات التي قد تجد المرأة نفسها فيها، هي حالة وفاة زوجها الفقير، الذي لا يستفيد من نصوص قانون العمل، تاركا لها أطفالا صغارا⁽³⁾، حيث بمجرد الفراغ من دفن الزوج، يهرع ورثته لتقاسم ما يكون قد تركه وإن قل، وإخراج الزوجة المصابة من بيت الزوجية، إن كان مملوكا للزوج المتوفى، لتجد نفسها وصغارها مرمية في الشارع دون شفقة، وتعتبر هذه الصورة السوداوية كثيرة التكرار بالمجتمع، مما يجعل وجوب التفكير في إيجاد حل جذري لها من الضرورة بمكان، ومما يمكن اعتباره كأحد الحلول الجذرية التي يمكن أن تجعل حدا لتكرار هذه المأساة، هو إخراج بيت الزوجية المملوك للزوج أبو الأطفال من تركته عند وفاته، ليبقى بمثابة الضمانة للأرملة وأطفالها الأيتام، يأويهم بعد فقد سندهم ومعيهم، وهل يمكن لأي كان أن يتقبل، حتى تصور إخراج أرملته وأولاده الصغار، من بيتهم الذي بذل قصارى جهده لتوفيره لهم، والرمي بهم في الشارع؟

يبقى السؤال قائما حول نص المادة 72 من قانون الأسرة، التي تلزم الزوج المطلق بتوفير سكن ملائم لمطلقاته لتمارس فيه حضانة محضونها، رغم أن الزوج طلقها بإرادته أو طلبت التطلاق هي نفسها، بينما تتجاهل الأرملة الحاضنة ولا يعطى لها مثل هذا الحق رغم أنها فقدت زوجها بحكم قضاء وقدر، لا يد لها ولا لزوجها فيه، أليست الأولى بأن يضمن لها القانون الحق في بيت تحضن فيه أيتامها؟

ثانيا: غياب الجهة الاحتياطية الحامية للأرملة.

تعتبر وضعية الأرملة من أصعب وضعيات المرأة في المجتمع، من جميع النواحي، سواء من حيث انعدام الأحكام الفقهية المتماشية مع التطور الاجتماعي الحاصل، أو من حيث النصوص القانونية، أو الواقع الاجتماعي المعيش، فمن حيث أحكام الفقه، وقد سبقت معالجتها في المطلب السابق، تعتبر

(1) سيد قطب- في ظلال القرآن- مرجع سابق - ج 1 ص 259 و ص 368.

(2) عصمت الدين كركر حرم الهيلة - المرأة من خلال الآيات القرآنية- الشركة التونسية للتوزيع، 1979، ص 240 و 241.

(3) حالة إذا ما خلف الهالك بناتا فقط أو ورثة أبواه و لم يتنازلا عن حقهما في بيت المورث.

الأرملة خارج ما يمكن أن تحصل عليه من تركة زوجها، إذا كان قد خلف تركة، محرومة من أي حق مالي آخر، حتى من حقها في السكن أثناء مدة عدتها، إذا لم يكن مملوكا للزوج المتوفى أو سبق له أن دفع أجرة كرائه قبل وفاته، ذلك رغم أن سكن المعتدة ببيت الزوجية يعتبر حقا من حقوق الله لا يجوز التنازل عنه، وقد سار قانون الأسرة الجزائري على هذا المنوال نفسه، فلم يُخصَّ الأرملة فيما عدا نصيبها من تركة زوجها المتوفى بشيء آخر. بينما تبقى الإشارة إلى أن في المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري أوجب نفقة الأصول على الفروع، بحسب قدرة الأواخر واحتياج الأوائل، وكذا درجة القرابة في الإرث، ولم يعط تفاصيل أكثر في الموضوع، كما لم يورد قانون الأسرة مواد أخرى أكثر وضوحا فيما يتعلق بوجوب نفقة الأبوين على الأبناء.

ومن نص المادة 77 دائما، نستشف أنه عند فرض نفقة الأصول على الفروع، يجب مراعاة قدرة المكلف بالنفقة على مدى تحملها، وكذا مراعاة مدى احتياج الأصل إليها، أي بمعنى أنه إذا تبين أن الولد غير قادر عليها، أو أن الأصل لا يحتاجها، سقطت على المكلف بها. وهذا ما يجعل فرضية وجوب تكفل الابن بنفقة أمه الأرملة، يتطلب إثبات الأمرين، وهما قدرة الولد على الإنفاق، واحتياج الأم الأرملة إليها، والمعروف في مجتمعنا أن الأمر نادرا ما يصل إلى درج مطالبة الأم لولدها بالإنفاق عليها، أمام الهيئات المختصة بارغامه على ذلك ولو كان هذا الأخير ممتنعا عن الإنفاق رغم يساره، فالأم تُفَضَّلُ تجنب مقاضاة ولدها، والوقوف معه أمام المحاكم ولو على حساب راحتها وإشباع الضروري من حاجاتها.

بل من بين الأمهات الأرامل من تفضلن البقاء في دور العجزة، على أن تسبب إزعاجا لولدها، وهي حالة كان من المفروض أن تتكفل هذه المؤسسات، بواسطة الهيئات المختصة، بالتحقيق فيها وفقا لنص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري فإذا ثبت يسار الابن، أجبر على الإنفاق على أبويه أو أحدهما بقوة القانون، عوض أن يبقى مرميين في دور العجزة بلا معيل.

هذا في حالة ما إذا افترضنا أن للأرملة ابن أو أولاد قادرين على الإنفاق، غير أن فرضية أرملة الفقير، الأم لأطفال صغار هي أسوأ الحالات التي يمكن أن تكون عليها الأرملة، والتي لا نجد لحالتها أية معالجة في قانون الأسرة الجزائري.

مما يفرض بالحاح مسؤولية تكفل المجتمع ككل بها، وفقا للنصوص الشرعية، حيث فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه قال: "الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله" وأحسبه قال: "وكالقائم لا يفتر، وكالصائم لا يفطر"⁽¹⁾.

(1) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني- فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج 10، دار المعرفة والطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1390 هـ، ص 437.

- صحيح مسلم، ج 4، مرجع سبق ذكره، حديث رقم 2982، ص 2286.

فإن مبدأ التكافل الاجتماعي أي بمعنى التضامن⁽¹⁾ بين أفراد المجتمع، يعني التزام أفرادهم بالتعاون فيما بينهم، ولا يقتصر التكافل على مجرد التعاطف المعنوي، بل يشمل أيضا التعاون المادي، ويكون ذلك بالالتزام كل فرد قادر في المجتمع بعون أخيه المحتاج. وقد توعّد المولى عز وجل من يمتنع عن أداء هذا الواجب في سورة الماعون⁽²⁾.

أما مبدأ الضمان الاجتماعي، فهو التزام الدولة نحو مواطنيها، وهو لا يتطلب تحصيل اشتراكات مسبقة، التزامها بتقديم المساعدة للمحتاجين متى لم يكن لهم دخل أو مورد رزق⁽³⁾. فمبدأ الضمان الاجتماعي، هو ضمان حد الكفاية الذي هو الحد اللائق للمعيشة لكل فرد في المجتمع، ويعتبر حق إلهي مقدس، ويختلف حد الكفاية عن حد الكفاف الذي يعني الحد الأدنى للمعيشة.

وقد أورد ابن حزم أنه: "فرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكاة بهم، ولا سائر أموال المسلمين فيقام بهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك وبمسكن يكنهم من المطر والشمس وعيون المارة"⁽⁴⁾.

وأورد عبد العزيز سعد، أنه إذا لم يكن للمعسر الفقير المدقع العاجز عن الكسب أقرباء موسرين أغنياء يتحملون واجب الإنفاق عليه، فإن نفقته تكون من بيت الله أو ما نسميه اليوم (خزينة الدولة) وأن من حق هذا الشخص، سواء كان ذكر أو أنثى، أن يطالب الدولة ممثلة في وزير ماليتها بأن تتحمل تكاليف معاشه، والإنفاق عليه، سواء بطلب مباشر أو يرفع دعوى أمام القضاء إذا امتنعت عن ذلك دون مبرر⁽⁵⁾.

ويعتبر صندوق الزكاة المنشأ حديثاً من طرف وزارة الشؤون الدينية، مؤسسة تكافل اجتماعي على درجة كبيرة من الأهمية، إذا ما أحسن العمل على تطويره وتسخير له لسد حاجات الطبقات الفقيرة، وإعطاءها فرصة للعمل مع توليته أهمية خاصة لشريحة الأراذل والفقيرات الأمهات لأطفال صغار، فتوفير العيش الكريم للطبقات المعتمدة في المجتمع، لا يتحقق بالصدقات وإحسان المحسنين بل يتم بتدخل الحاكم لأن الله يزع بالسلطان مالا يزع بالقرآن.

أما كفالة الأرملة في ظل تشريعات العمل، فإما أن تكون عاملة، أو متقاعدة، وفي هذه الحالة يكون لها حق الاستفادة شخصياً وبصفة مباشرة من التقاعد في ظل القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد، وإما أن تكون زوجة لعامل تتوفر فيه شروط الاستفادة من معاش تقاعد، وتتوفر فيها هي شروط

(1) ابن منظور - لسان العرب - دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، ص 588.

(2) سورة الماعون، الآية 1-2-3.

- إسماعيل ابن الكثير، الجزء 4، مرجع سابق، ص 558-559.

(3) محمد شوقي الفنجري، المذهب الاقتصادي في الإسلام، دار الصحوة، القاهرة، ط 1، 1405-1985، ص 164-165.

(4) ابن حزم، الجزء 6، مرجع سبق ذكره، ص 156.

(5) عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص 334-335.

الاستفادة من معاش تقاعد الأيلولة "المنقول"، وذلك دائما في ظل نصوص القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد⁽¹⁾، وإما أن تكون من الأرامل اللاتي لا ينتمين إلى هؤلاء ولا إلى أولئك، وهي أصعب الأوضاع التي تكون عليها الأرملة، خاصة إذا كانت أما لأطفال صغار، وهذه هي شريحة الأرامل التي تكون في أمس الحاجة إلى جهة احتياطية تستند إليها، ويحدّد إنشاء صندوق خاص لحماية هذه الشريحة التي تعتبر في أقصى درجات العوز، ويمكن تعميم تجربة منحة أرامل الشهداء، على مجموع الأرامل المعوزات في المجتمع، وبذلك يضمن المجتمع للأرملة الكفاف، وللعائلة استقرارا واطمئنانا ماديين.

المبحث الثاني: حماية حقوق المرأة الغير مالية

تتمثل حقوق المرأة الغير مالية في حقها في الرضى بالزواج والرغبة فيه كونها هي التي ستتحمّل آثاره، فإذا تضررت منه أو كرهت لسبب أو لآخر، يكون لها الحق في حله. هذا ما سنتّم دراسته في هذا المبحث من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: حماية حق المرأة في إبرام عقد الزواج

المطلب الثاني: حماية حق المرأة في فك الرابطة الزوجية

المطلب الأول: حماية حق المرأة في إبرام عقد الزواج

الزواج لغة هو الاقتران، وشرعا هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه⁽²⁾. وعرفه المشرع الجزائري بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽³⁾ و"ينعقد الزواج بتبادل رضي الزوجين"⁽⁴⁾ وبناء عليه فإن عقد الزواج عقد رضائي، يجب إلى جانب، تبادل رضى طرفية أن تتوفر فيه شروط الأهلية والصدق، والولي والشاهدين مع خلوي طرفيه من الموانع الشرعية⁽⁵⁾ وبانعقاد عقد زواج صحيحا تترتب عليه آثار، تتمثل في حقوق لكل طرف وواجبات عليه تجاه الطرف الآخر⁽⁶⁾. لتجنب التكرار لن يتم التطرق إلى شرط المهر في هذا المطلب لسبق معالجته خلال دراسة حقوق المرأة المالية.

(1) راجع موضوع حماية أرملة العامل من هذا البحث.

(2) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، بيروت، لبنان، ط2، 1990، ص15.

(3) المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

(5) المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري.

(6) المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.

وستتم معالجة هذا الموضوع من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الرضى في عقد الزواج وشروط صحة العقد.

- الفرع الثاني: آثار عقد الزواج (حقوق الزوجة)

الفرع الأول: الرضى في عقد الزواج وشروط صحة العقد

تتفق كل تشريعات العالم وكذا الاتفاقيات الدولية والعربية على اعتبار الرضى ركنا أساسيا في عقد الزواج، ويعرف الرضى على أنه: "الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقيق المراد من صدورهما"⁽¹⁾ وإلى جانب الرضى لابد من توافر شروط أخرى لا ينعقد الزواج إلا بها.

تتم دراسة هذا الموضوع من منظور الفقه الإسلامي بداية ثم من خلال موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

البند الأول: ركن الرضى في الزواج وشروط صحة العقد، في الفقه الإسلامي

وتكون البداية بمعالجة ركن الرضى أولا ثم شروط صحة عقد الزواج ثانيا.

أولا: الرضى في عقد الزواج وصحة العقد في الفقه الإسلامي

1- الرضى في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

حصر الحنفية ركن الرضى في الإيجاب والقبول فقط⁽²⁾ دون الولي بحيث يمكن للمرأة أن تزوج نفسها ويتحقق الرضى بشقيه الإيجاب والقبول، بينما يرى جمهور الفقهاء أن الولي هو الذي يتولى الصيغة⁽³⁾، والإيجاب عند الجمهور هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل لأن القبول إنما يكون للإيجاب فهو اللفظ الدال على الرضى بطلب الزواج الصادر عن الخاطب⁽⁴⁾ ومن يقوم مقامه⁽⁵⁾ أما الحنفية فيعتبرون أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين سواء أكان الخاطب أو المخطوبة والقبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر⁽⁶⁾ وحتى يكون الرضى صحيحا لابد من صيغة يتم من خلالها التعبير عن إرادة طرفي العقد ورغبتهما في إتمامه⁽⁷⁾.

(1) بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص41.

(2) محمد رأفت عثمان، عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ب.ت.ن، ص109.

(3) وهبة الزحيلي، ج7، مرجع سابق، ص36.

(4) نفس المرجع السابق، ص37.

(5) عبد الرحمان الجزيري، ج4، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424-2002، ص16.

(6) بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص41.

(7) الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج2، مؤسسة الريان، ب.ت.ن، ب.س.ن، ص514.

- مراد بن سعيد الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2015، ص58.

أ-الصيغة اللفظية: هي اللفظ المعبر عن إرادة الطرفين ورغبتهما في إتمام العقد ولا يشترط فيه عبارة خاصة، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضى المتبادل بحسب الأعراف والناس وعاداتهم، فقد أجمع الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتملك والصدقة⁽¹⁾، وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج⁽²⁾، وهو قول الحنابلة أيضا⁽³⁾ وأن يكون في صيغة الماضي⁽⁴⁾ وبذلك يكون الإيجاب والقبول منجزين غير معلقين إلى المستقبل⁽⁵⁾، وينبغي أن يكون القبول في النكاح عقب الإيجاب، أما الاشتغال بحديث آخر قبل إتمام الصيغة فلا يجوز⁽⁶⁾ ويشترط في هذه الألفاظ أن يستعملها الموجب فقط في إيجابه أما القابل فيكفيه أن يقول قبلت أو رضيت⁽⁷⁾.

ويصح إبرام عقد الزواج بأي لغة المهم أن يفهمها العاقدان، وأن تكون الألفاظ الصادرة عنهما مفهومة لدى الشهود أيضا، حتى ولو كان الزوجان أو أحدهما يفهم العربية، وهذا موقف الأئمة الثلاث المالكية والحنفية والحنابلة، أما الشافعية فيمنعون استعمال غير اللغة العربية في العقد إذا كان الزوجان يفهمانها⁽⁸⁾، كقاعدة عامة لا بد أن يكون التعبير عن الإرادة إيجابيا، إلا أن عقد الزواج كاستثناء اعتبرته السنة النبوية، في حالة توجيه الإيجاب للبكر وسكوتها، بمثابة قبول، لقوله عليه الصلاة والسلام "لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها الصموت"⁽⁹⁾.

ب-الصيغة غير اللفظية: قد يتعذر على أحد المتعاقدين التعبير عن إرادته في الزواج شفاهة لعجزه المؤقت عن النطق أو لعائق كالأخرس والأبكم، وعليه أقر الفقهاء في حالة كهذه أن تقوم الكتابة أو الإشارة مقام اللفظ في التعبير عن الإرادة⁽¹⁰⁾، وتقدم الكتابة إذا كان العاقد يحسنها كونها طريقة أكثر بيان من الإشارة وهو موقف جمهور الفقهاء⁽¹¹⁾، وقول الحنفية، ولهم قول آخر يرون فيه أنه يمكن أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان يحسن الكتابة⁽¹²⁾، أما إن لم يكن يعرف الكتابة إضافة إلى كونه أخرس، فالإشارة

-
- (1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1950، ج2، ص40. بدران أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص43 وما بعدها.
 - (2) ابن الهمام، فتح القدير، ج3، مرجع سبق ذكره، ص194.
 - (3) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص40. بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص43 وما بعدها.
 - (4) الغرياني، ج2، مرجع سابق، ص514. بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص42.
 - (5) السيد سابق، مرجع سابق، ص26. مراد سعيد، مرجع سابق، ص60.
 - (6) الغرياني، ج2، مرجع سابق، ص516. مراد بن سعيد، مرجع سابق، ص59.
 - (7) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2009، ص514.
 - (8) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص43.
 - (9) الترمذي، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، ج2، دار العرب الاسلامي، بيروت، 1998، حديث رقم 1107، ص406.
 - (10) الغرياني، ج2، مرجع سابق، ص516-517.
 - (11) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء - الزواج - دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، سنة 1984، ص32. محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص43.
 - (12) محمد أبو زهرة، نفس المرجع السابق، ص43.

هي أقصى طرق التعبير بيانا عنده⁽¹⁾. أما فيما يتعلق بإبرام عقد الزواج بالمراسلة، فقد أجاز الفقهاء لتعذر حضور المتعاقدين مجلس العقد أن يعبر عن الإرادة في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة، أو عن طريق الرسول لكنهم اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أو كتابة الموجب ويشهدون عن القبول⁽²⁾، وقياسا على ذلك هل يمكن استعمال وسائل الاتصال الحديثة في ذلك؟ وما هي المحاذير الذي يمكن أن تثار بشأنها في هذا المنوال؟

2- صحة الرضى في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

يجب أن يكون الرضى في عقد الزواج صحيحا أي صادرا عن ذي أهلية. والأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا أنه فيما يتعلق بعقد الزواج حدد الفقهاء معيارين إثنين، الأول البلوغ وهي تلك المرحلة التي تأتي بعد مرحلتى الطفولة⁽³⁾ والتميز وتظهر طبيعيا بعلامات على الفتى كالاختلام، وعلى الفتاة كالحيض والحمل⁽⁴⁾، والمعيار الثاني بتحديد سن معينة إذا بلغها المعني أعتبر بالغا ومؤهلا للزواج، وهذا موقف جمهور الفقهاء⁽⁵⁾. قال الشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ أن أجل البلوغ يحل بخمسة عشرة (15) سنة قمرية لكل من الأنثى والذكر لمن لم يحتلم، وبه قال الشوكاني⁽⁸⁾ أما الحنفية⁽⁹⁾ فقالوا يكون بلوغ الغلام بثمانى عشرة (18) سنة والأنثى بسبعة عشرة (17) سنة. أما المالكية⁽¹⁰⁾ فالرأي المشهور عندهم هو بلوغ الأنثى والذكر على السواء سن ثمانى عشرة (18) سنة.

ثانيا: شروط صحة عقد الزواج في الفقه الإسلامي

إلى جانب ركن الرضى اشترط الفقهاء لصحة عقد الزواج حضور الولي وشاهدين.

- (1) محمد حضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية، الأردن، عمان، 2010، ص134.
- (2) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي "تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996، ص530 وما بعدها. بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص48.
- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص41. عبد الرحمن الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص18.
- (3) محمد خرشي أبو عبد الله، مختصر خليل، ج5، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، مصر، 1317هـ، ص291.
- (4) ابن قدامة، ج6، مرجع سابق، ص597. محمد خرشي مختصر خليل، مرجع سابق، ص291. القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ج5، مرجع سابق، ص35. حاشية الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص292.
- (5) الكاساني، الجزء 7، مرجع سابق، ص171. ابن قدامة، ج6، مرجع سابق، ص599.
- (6) السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، عام 1411هـ-1990م، ص223.
- (7) البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج1، دار المؤبد ومؤسسة الرسالة، د. ت. ن، ص389.
- (8) الشوكاني، ج5، مرجع سابق، ص274. ابن قدامة، ج6، مرجع سابق، ص598.
- (9) الكاساني، الجزء 7، مرجع سابق، ص172. ابن قدامة، ج6، مرجع سابق، ص598. ابن عابدين، ج6، مرجع سابق، ص153.
- (10) الدسوقي، ج4، مرجع سابق، ص476. ابن قدامة، ج6، مرجع سابق، ص598. -القرطبي، ج5، مرجع سابق، ص35.

1- شرط الولي: يقسم الفقهاء شرط الولاية إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار (عدم الإجبار) أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب، وولاية الاختيار تتلاقى فيها إرادتها وإرادة الولي ويشتركان في الاختيار ويتولى هو الصيغة⁽¹⁾. أما الولي المجبر فله تزويج من له عليه الولاية بدون إذنه ورضاه⁽²⁾، وهي تثبت دون اختلاف عند الفقهاء للصغيرة والمجنونة ولو كانت بالغة بكراً أو ثيباً. أما الولي غير المجبر وهو لا بد منه، لكن لا يصح له أن يزوج من له الولاية عليه دون إذنه ورضاه⁽³⁾ وهذا هو موقف جمهور الفقهاء عدا الحنفية الذين قالوا لا ولاية إلا للمجبر وهو الذي يختص بإجبار الصغير والصغيرة مطلقاً والمجنون والمجنونة الكبار⁽⁴⁾. أما البالغة فسواء كانت بكراً أو ثيباً فلا جبر عليها لأحد، ولا يتوقف نكاحها على ولي، بل لها أن تزوج نفسها لمن تشاء بشرط أن يكون كفواً وإلا فالولي الاعتراض وفسخ العقد⁽⁵⁾ ودليلهم قوله تعالى: " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَجهنَّ " ⁽⁶⁾، فأضافة الآية النكاح إليهن ونهت عن منعهن منه، ولأنه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كبيع ما تمتلكه وهو تصرف في رقبته، وسائل منافعها، وكذا في النكاح الذي هو عقد على بعض نفعها⁽⁷⁾.

ولقد اختلف الفقهاء في تكييف شرط الولي، هل شرط صحة أم ليس كذلك⁽⁸⁾ فذهب جمهور الفقهاء عدا أبي حنيفة أنه شرط صحة⁽⁹⁾ أما الحنفية فقد اعتبروه شرط تام⁽¹⁰⁾ فالولي عندهم لا يشترط مطلقاً⁽¹¹⁾ وسبب اختلاف الفقهاء كما يقول ابن رشد أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح. فضلاً عن أن يكون ذلك نص، بل الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة كذلك⁽¹²⁾. اتفق جمهور الفقهاء على أنه يستحب للولي أن يستأذن البكر البالغة العاقلة في أمر زواجها وذلك تطبيقاً⁽¹³⁾ لقوله ﷺ: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" وفي حديث آخر

(1) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 108.

(2) عبد الرحمن الجزيري، ج 4، مرجع سابق، ص 34.

(3) نفس المرجع السابق.

(4) ابن قيم الجوزية، ج 5، مرجع سابق، ص 34. ابن رشد الحفيد، ج 3، مرجع سابق، ص 20.

(5) عبد الرحمن الجزيري، ج 4، مرجع سابق، ص 20. ابن رشد الحفيد، ج 3، مرجع سابق، ص 20.

(6) سورة البقرة، الآية 232.

(7) ابن قدامة المعني، ج 9، مرجع سابق، ص 22.

(8) ابن رشد الحفيد، ج 3، مرجع سابق، ص 20.

(9) وهبة الزحيلي، ج 9، مرجع سابق، ص 6572.

(10) ابن رشد الحفيد، ج 3، مرجع سابق، ص 20.

(11) العسقلاني، ج 3، سبل السلام، مرجع سبق ذكره، ص 323.

(12) ابن رشد الحفيد، ج 3، مرجع سابق، ص 21.

(13) ابن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 386.

عنه صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا: يارسول الله، وكيف إذن؟ قال: "أن تسكت" (1) وفيه أنه لابد من طلب الأمر من الثيب فلا يعقد عليها حتى يطلب ولي الأمر منها الإذن بالعقد، والمراد من ذلك اعتبار رضاها، وهو معنى أحقيتها بنفسها من وليها في الأحاديث، وقوله البكر أراد بها البكر البالغة، وعبر عنها بالاستئذان بينما عبر عن الثيب بالاستئثار، وأشار إلى الفرق بينهما وأنه يتأكد مشاورة الثيب، ويحتاج الولي إلى صريح القول بالإذن منها في العقد عليها، والإذن من البكر دائر بين القول والسكوت، بخلاف الأمر، فإنه صريح القول، وإنما اكتفى من البكر بالسكوت لأنها قد تستحي من التصريح (2) وقال ابن المنذر: "إن البكر البالغة ليس للأب ولا لأحد من الأولياء أن يعقد عليها النكاح إلا بإذنها للثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر" فهذا أمر ونهي وحكم بالتخير (3) فسكوتها رضاها فأصل الرضى منها معتبر (4) فلا تزوج إلا برضاها (5) وهذا قول جمهور السلف (6) وإذا زوج الولي المرأة بغير إذنها فبلغها فأجازت، لم يجز النكاح حتى تجدد نكاحها بإذنها (7)، وفي السنن من حديث ابن عباس أن جارية بكرا (8) أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباه زوجها وهي كارهة، فخيره النبي عليه الصلاة والسلام، وهذه غير الخنساء (9).

وجاء في روضة الطالبين وعمر المفتين للنووي أنه "إذا التمس البكر البالغة التزويج وخطبها كفى، لزم الأب والجد إجابتها فإن امتنع، زوجها السلطان (10).

ويرى ابن رشد فيما يخص الأدلة المعتمدة من قبل من يقولون بأن الولي شترط صحة في قوله تعالى: "فلعن أجلهن فلا تعضلوهن" ليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصمتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهن عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا (11)، فالخطاب يجب أن يكون عاما لكل من يعضل النساء سواء كان وليا أو غيره، فليست مقصورة على

- (1) العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها"، ص191. -شرح النووي علي مسلم، ج9، مرجع سابق، ص203. -الترمذي، الجامع الكبير، (سنن الترمذي)، ج2 "باب ماجاء في استئثار البكر والثيب"، مرجع سابق، ص577. -أبو داود، سنن أبي داود ومعالم السنن، ج2 "باب في البكر بزوجه أبوها ولا يستأمرها"، مرجع سابق، ص398 وما بعدها.
- (2) العسقلاني، سبل السلام، ج3، مرجع سابق، ص327.
- (3) ابن قيم الجوزية، ج5، مرجع سابق، ص88.
- (4) الشرخسي، ج5، مرجع سابق، ص2.
- (5) عبد الرحمان الجزيري ج4، مرجع سابق، ص32.
- (6) الشرخسي، ج5، مرجع سابق، ص2.
- (7) ابن المنذر النيسابوري، الإقناع، ج1، الطبعة الأولى 1408 هـ دون دار نشر، ص298.
- (8) العسقلاني فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج9 مرجع سابق، ص194.
- ابن قيم الجوزية، ج5، مرجع سابق، ص87. ابن عبد البر، مرجع سابق، ص25.
- (9) سنن أبي داود، ج2، مرجع سابق، ص398. سنن ابن ماجه، ج9، مرجع سابق، ص164.
- الإمام سحنون، المدونة الكبرى الإمام مالك، ج2، دار الكتب العلمية 1994/1415، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- (10) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، مرجع سابق، ص54.
- (11) ابن رشد الحفيد، ج3، مرجع سابق، ص22.

الأولياء بدون منازع⁽¹⁾ وعبرة "أن ينكح" أي يتزوجن بعبارتهن ولو كانت عبارة النساء لا تنفع في عقد الزواج، لقال: "فلا تعضلوهن أن تنكحوهن أزواجهن"⁽²⁾. أما قوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" خطاب لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين، أخرى من أن يكون للأولياء... والمقصود بالآية ليس هو حكم الولاية، وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات⁽³⁾، وجاء في سبل السلام للعسقلاني فيما يتعلق بالحديث: عن عائشة رضي الله عنها، قالت: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، أي امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل (3مرات) فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها⁽⁴⁾."

والضمير في قوله "فإن إشتجروا" عائد على الأولياء والداد عليهم ذكر الولي، في السياق، والمراد بالاشتجار، منع الأولياء من العقد عليها وهذا هو العضل وبه تنتقل الولاية إلى السلطان، إن عضل الأقرب، وقيل بل تنتقل إلى الأبعد وانتقالها إلى السلطان مبني على منع الأقرب الأبعد، وهو محتمل.

ودل على أن السلطان ولي من لا ولي لها، لعدمه أو لمنعه ومثاله غيبة الولي⁽⁵⁾ والحكمة من اشتراط الولي، أن الولاية على المرأة في النكاح مظهر تكريم وتشريف حيث نصب لها الشارع ممثلاً يدافع عنها ويحاميها عن حقوقها في عقد لو هي تولته بنفسها لنفسها لغلبيها الحياء، فأسقطت كثيراً من حقوقها، والأمثلة الواقعية أكثر من أن تحصى، هذا من حيث الجانب المادي من العقد، أما الجانب الآخر وهو الأهم، وهو اختيار الزوج المناسب صاحب الخلق والدين فإن الولي أقدر على ذلك، لأنه في الغالب أكثر تجربة من المرأة وتبصر بحقائق الأمور... ثم إن مبدأ الولاية في عقد الزواج يقوم على أساس التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد الخطير، فهو عقد لا تعود آثاره على الزوج والزوجة فحسب بل يصيب الأهل والأولياء كذلك شيء من آثاره⁽⁶⁾.

2- الشهادة في عقد الزواج: اختص عقد الزواج باشتراط الشهادة لما اشتمل عليه من مزايا ذات شأن عظيم وما تميز به من صفات وآثار ذات خطر كبير، فإظهاراً لقدره طلب إعلانه، وتعظيماً لشأنه طلب الإشهاد عليه، لكي تنقطع السنة السوء ويتضح الفرق بين الحلال والحرام⁽⁷⁾، والغاية من الشهادة شهر

(1) عبد الرحمن الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص48.

(2) عبد الرحمن الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص49.

(3) ابن رشد الحفيد، ج3، مرجع سابق، ص23.

(4) العسقلاني، سبل السلام، ج3، مرجع سابق، ص324.

(5) العسقلاني، سبل السلبام، مرجع سابق، ص326.

(6) الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سبق ذكره، ص557. مراد بن سعيد اليسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص54 وما بعدها.

(7) بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص63. محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص52.

- الدسوقي، الجزء 2، مرجع سابق، ص216. محمد سعيد، مرجع سابق، ص55.

الزواج وإعلانه بين الناس⁽¹⁾، واتفق الفقهاء أن الشهادة شرط في الزواج⁽²⁾ لقوله عليه الصلاة والسلام "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽³⁾ وعن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين"⁽⁴⁾ إلا أنهم اختلفوا في محل الوجوب فذهب أغلبهم أن محلها عند العقد. قال الحنابلة: أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين وهذا المشهور عندهم⁽⁵⁾ وهو قوا الشافعية⁽⁶⁾ حيث المعني عندهم في إحضار الشاهدين الاحتياط للإيضاح وصيانة المناكحة من الجحود⁽⁷⁾ وبه قال عمر وعلي رضي الله عنه.

وعند الحنفية كذلك لا نكاح عندهم إلا بحضور الشهود مع العاقدين وبه يتحقق معنى الجهر والإعلان⁽⁸⁾.

أما المالكية فقالوا إن حضور الشهود عند عقد النكاح إنما هو مستحسن فقط وليس بواجب إلا عند الدخول⁽⁹⁾ إذ قالوا إن الإشهاد على النكاح واجب، وكونه عند العقد مندوب، زائد عن الواجب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب معا وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البنابغير شهادة تم أعلن النكاح⁽¹⁰⁾ وفعله بن عمر رضي الله عنه⁽¹¹⁾ فالشهادة عند المالكية ليس بشرط في النكاح وإنما شرط الإعلان⁽¹²⁾.

البند الثاني: ركن الرضى في الزواج وشروط صحة العقد في قانون الأسرة الجزائري

عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري الزواج أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..." ولكي يبرم عقد الزواج صحيحا لا بد من توافر ركن الرضى بين طرفيه الخاطب

-
- (1) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص52.
 - (2) ابن عبد البر، الاستدكار، المجلد16، دار الوعي، القاهرة، ط1، 1414-1993، ص210.
 - السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص30
 - ابن قدامة، ج9، مرجع سابق، ص347.
 - البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دار الكتب العلمية، ط3، 1424-2003، ص202.
 - (3) الدار قطن، السنن الكبرى، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1424، 3-2003، ص321.
 - (4) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، عام 1417، ص251.
 - (5) الماوردي، الحاوي الكبير فق فق مذهب الإمام الشافعي وهو مختصر المربي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط. الأولى، 1999/1419، ص57.
 - (6) الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر بيروت، لبنان، ج2، بدون تاريخ نشر، ص408.
 - (7) اللخمي، مختصر خلفيات البيهقي، ج4، مكتبة الرشد الرياض، السعودية، ط الأولى 1997/1417، ص126.
 - السنن الكبرى للبيهقي، ج7، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط الثالثة 2013/1424، ص.
 - (8) السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص31. ابن الهمام، ج3، مرجع سابق، ص199.
 - (9) ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2013/1434، ص339.
 - (10) ابن رشد الحفيد، ج3، مرجع سابق، ص36.
 - (11) ابن قدامة، ج9، مرجع سابق، ص347.
 - (12) السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص31.

والمخطوبة⁽¹⁾ ويتحقق ركن الرضى بإيجاب من أحد طرفي العقد وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالصيغة، فإن الإيجاب يصدر عرفا وعادة من الخاطب أو وكيله تجاه المخطوبة أو وكيلها، بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تفيد طلب موافقة المخطوبة أو وكيلها على زواجها من الخاطب، أما القبول فهو رد المخطوبة أو وكيلها على الخاطب بقبولها عرض الزواج الصادر عنه، بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تفيد موافقتها على طلبه في حالة العجز عن الكلام⁽³⁾ وبما أن الإيجاب يعني الخاطب عادة، كما تقم، فإن القانون خص المرأة فيما تعلق بحقها في شق القبول بحماية كاملة، ليتمكنها من اختيار شريك حياتها بكل حرية، ودون تدخل من أي كان. فأعطى المرأة الراشدة، الكاملة الأهلية⁽⁴⁾، الحق في أن تعقد زواجها بنفسها بحضور وليها سواء أكان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره بكل حرية⁽⁵⁾ وهو ما يوافق مذهب أبي حنيفة، غير أن القانون لم يشترط الكفاءة في الخاطب مثلما ذهب إليه الحنفية. وهذه الحرية تتعلق في نفس الوقت، باختيار الزوج واختيار الولي الذي يحضر مجلس إبرام عقد زواج، وبذلك، يكون حضور الولي مجلس إبرام عقد زواج الراشدة الكاملة الأهلية، شرفيا، لا أثر له على صحة العقد، وعلى عكس ذلك، إذا كانت المرأة قاصرة دون 19 سنة، فيتولى تزويجها وليها أبوها أو أحد أقاربها الأولين أو القاضي في حالة عدم وجود الأقارب⁽⁶⁾، وتولي الولي تزويج القاصرة لا يخوله سلطة إكراهها على الزواج بمن لا ترضى الزواج به، أو إكراهها على الزواج أصلا إن لم تكن لها الرغبة فيه، إنما يتولى الإنابة عنها في إبرام عقد الزواج بعد موافقتها عليه وإبداء رضاها الكامل بمن يخطبها⁽⁷⁾، وتكتسب الزوجة القاصرة أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات⁽⁸⁾. رغم عدم اكتمال أهليتها بالنسبة لغير ذلك من التصرفات القانونية.

ومن شروط صحة إبرام عقد الزواج أن يحضره شاهدان عدلان⁽⁹⁾، وأن تنعدم موانع الزواج الشرعية المؤبدة منها والمؤقتة لحين زوالها شرعا⁽¹⁰⁾. وحماية لصحة الزوجين والأسرة كلها من الإصابة بأي أمراض قد تنتج عن العلاقة الزوجية، أوجب المشرع الجزائري على المقبلين على الزواج تقديم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخ استصدارها عن الثلاثة (03) أشهر، تثبت خلو كل منها من أي مرض

-
- (1) المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (2) المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (3) المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (4) المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (5) المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (6) المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (7) المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (8) المادة 7 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (9) المادة 9 مكرر الفقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (10) المادة 9 مكرر الفقرة 6 والمواد 23 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري.

أو أي عامل قد يشكل خطرا، يتعارض مع الزواج. وأوجب على الجهة المخولة بإبرام عقد الزواج التأكد، قبل إبرامه من خضوع الخاطبين للفحص الطبي اللازم، وإن كان هذا الفحص قد كشف عن مرض ما، أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، أن يخطر به الخطيبين، وأن يؤشر بذلك في عقد الزواج⁽¹⁾. وإن كان هذا الإجراء يعتبر حماية لكلا الزوجين والأسرة معا، إلا أنه يعطي حماية أكثر للمرأة لكونها تمثل الحلقة الأضعف صحيا في العلاقة الزوجية بطبيعتها.

مما تجدر الإشارة إليه، أن إعطاء المشرع الجزائري، المرأة الراشدة الكاملة الأهلية، الحرية في أن تزوج نفسها بحضور وليها، سواء أكان أبوها أو أحد أقاربها أو حتى أي شخص آخر تختاره بنفسها بكل حرية، ليحضر عقد قرانها، يجعل حضور هذا الأخير شرفيا، كما سبقت الإشارة إليه، ولا أثر له على صحة عقد الزواج، كما أنه من الناحية العملية والعرفية، يبقى مستهجنا ومرفوضا اجتماعيا، هذا فضلا عما يمكن أن تلقاه المرأة التي تسلك هذا المسلك من صعوبات خلال حياتها الزوجية، فلا تجد من يقف بجانبها لذات السبب، مما يجعل تزويج المرأة نفسها، دون رضى وحضور وليها، سلوكا لا تقدم على القيام به في المجتمع الجزائري إلا من اضطررتها ظروفها الأسرية والاجتماعية لذلك.

فضلا على أن هذا السلوك يعتبر عاملا يضاف الى عوامل أخرى أدت الى الامعان في انتشار تفكك الروابط الاسرية في المجتمع، تفككا صار يلقي بظلاله على حماية المرأة اجتماعيا، على عكس ما كانت تحضى به في السابق من حماية ورعاية من قبل افراد اسرتها الاقربين والاقل قرابة، مما يفرض على المشرع الجزائري البحث بكل جد في كيفية توفير وسائل تجنب المجتمع كل ما قد يؤدي الى المساس بلحمة الأسرة، وينتج عنه تفككها وتشظيها، علما ان اختلال ركن الرضى يبطل الزواج بحيث لا يمكن تصحيحه، أما إختلال ركن الشاهدين او الصداق او الولي فينتج عنه فسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق للزوجة فيه، فإذا تم الدخول رغم إختلال أحد هذه الأركان فيثبت الزواج بصداق المثل، اذا اختل ركن الصداق⁽²⁾.

الزواج العرفي:

يطلق على الزواج الذي لم يوثق أو لم يسجل في المصالح المختصة بتسجيل عقود الزواج، بالزواج العرفي، وهو عقد تتوفر فيه جميع شروط صحة العقد الشرعية ما عدا الشكلية، الذي بواسطته يستطيع كلا الزوجين إثبات علاقته الزوجية بالزوج الآخر، وفي غياب وسيلة الإثبات هذه قد تترتب على الزواج العرفي آثار سلبية جد خطيرة على الزوجة، كضياع حقوقها الزوجية في حالة النزاع، فلا تقبل دعواها أمام القضاء، لانعدام وسيلة إثبات الزواج، إضافة إلى ضياع النسب خاصة في حالة غياب الزوج وانقطاع أخباره أو في حالة إنكاره الزواج أصلا. وكثيرا ما يكون الزواج العرفي وسيلة تحايل

(1) المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

(2) المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

على القانون من أجل الحصول على موارد مالية، أو للتمكن من التعدد دون موافقة الزوجة الأولى، أو لرغبة في الزواج بمن لم تبلغ السن القانونية للزواج، ورغم هذا فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 6 على "... أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون" إذا فالزواج العرفي يعتبر في نظر لقانون زواجا صحيحا، متى توافرت فيه الشروط الشرعية ولا يختلف عن الزواج الرسمي إلا من حيث الشكلية التي يمكن تداركها بحكم قضائي وفقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: آثار عقد الزواج (حقوق الزوجة)

بمقتضى عقد الزواج تترتب حقوق مادية وغير مادية لطرفية الزوج والزوجة وسيقتصر هذا الفرع على دراسة حقوق الزوجة الغير مادية أو غير المالية أو كما يسميها بعض الفقهاء الحقوق المعنوية، وسيتم التطرق إلى هذا النوع من الحقوق في الفقه الإسلامي ثم في التشريع الجزائري.

البند الأول: آثار عقد الزواج (حقوق الزوجة) في الفقه الإسلامي

جاء إبرام عقد الزواج تترتب حقوق معنوية لكلا الزوجين، كحل العشرة الزوجية بينهما⁽¹⁾ وحقوق معنوية للزوجة كحق المعاشرة بالمعروف، والعدل في حالة إذا كان للزوج أكثر من زوجة، وعدم الإضرار بها، إلى جانب ثبوت النسب.

أولا- حل الاستمتاع وهو حق مشترك بين الزوجين⁽²⁾ فيحق لكل واحد من الزوجين الاستمتاع بالآخر⁽³⁾ حلّ ما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج⁽⁴⁾ لقوله تعالى: " وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزُوجِهِمْ حَفِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ " ⁽⁵⁾.

ثانيا- المعاشرة بالمعروف: أو حسن المعاشرة، ومعناه أنه على الزوج تحسين خلقه مع زوجته والرفق بها، وتقديم ما يمكن تقديمه لها مما يؤلف قلبها، فضلا عن تحمل ما يصدر منها أو الصبر عليها⁽⁶⁾ لقوله تعالى: وَاعْشِرُواْ هُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ⁽⁷⁾ فقد قال ابن كثير في تفسير هذه الآية، أي طيبوا أقولكم لهن وحسنوا أفعالكم وهياتكن، بحسب قدرتكم كما تحب ذلك منها⁽⁸⁾.

(1) محمد أو زهرة، مرجع سابق، ص163.

(2) الغرياني، ج2، مرجع سابق، ص655.

- عبد الرحمان بن عبد الخالق يوسف، الزواج في ظل الاسلام، الدار السلفية الكويت، ط3، 1408-1988، ص94.

- السيد سابق، ج2، مرجع سابق، ص100.

(3) بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص202.

(4) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص163.

(5) سورة المؤمنون، الآية 5-6.

(6) السيد سابق، ج2، مرجع سابق، ص119 وما بعدها.

(7) سورة النساء، الآية 19.

(8) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 عام 1419، ص212.

وهو مثل قوله تعالى: "فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ" (1) وذلك في توفية حقها من المهر والنفقة، ألا يَعْبَسَ في وجهها بغير ذنب وأن يكون منطلقاً في القول، لا قُظاً ولا غليظاً ولا مظهر ميلاً إلى غيرها، والعشرة المخالطة والممازحة، فأمر الله تعالى بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن لتكون أدمّة ما بينهم، وصحبتهن على الكمال فإنه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش (2) والأصل في العلاقة الزوجية المودة، والمودة سلوك إنساني أساسه الحب، والمعاشرة بالمعروف أوسع من الود، وجوهر المعاشرة بالحسن هو التحلي بالمعروف المتمثل في سلوكيات وتصرفات، يتعين على الزوج تنبئها حتى تكون الأسرة بعيدة عما ينفّر (3)، ويسودها الوئام ويظلها السلام (4)، ولا يقتصر حسن العشرة على كفاية الزوجة من الطعام والشراب وصفوف الزينة (5)، وليست المعاشرة بالمعروف كف الأذى عن الزوجة بل احتمال الأذى منها، وأن ينظر إلى مزاياها وليس إلى العيوب فقط لقوله ﷺ: "لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقاً رضي منها آخر" (6) أو قال "غيره" (7). ويقول الإمام الغزالي أبو حامد رحمه الله في الأحياء: "واعلم أن ليس حسن الخلق مع المرأة كف الأذى عنها، بل احتمال الأذى منها والحلم عن طيشها وغضبها، اقتداء برسول الله ﷺ، فقد كانت أزواجه تراجعن الكلام وتهجره الواحدة منهن يوماً إلى الليل" (8)، ومن السنة قوله ﷺ: "استوصوا بالنساء خيراً" وقوله ﷺ: "أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهن خلقاً وخياركم خياركم لنسائكم" (9) وكذا قوله: "خيركم خيركم لأهله"، وهذا تنبيه بأن أعلى الناس رتبة في الخيرية وأحقهم بالاتصاف به هو من كان خير الناس لأهله، فإن الأهل هم الأحق بالبشر وحسن الخلق والإحسان وجلب النفع ودفع الضرر فإن كان الرجل كذلك فهو من خير الناس، وإن كان على عكس ذلك فهو الجانب الآخر من الشر (10)، وآخر ما وصي به ﷺ ثلاث كان يتكلم بهن حتى تلجلج لسانه وخفي كلامه جعل يقول: "الصلاة الصلاة وما ملكت أيمانكم لا تكلفوهم ما لا يطيقون الله الله في النساء فإنهن عوان في أيديكم -يعني أسراء- أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله" (11).

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ج5، مرجع سابق، ص97.

(3) مراد بن سعيد، مرجع سابق، ص65 وما بعدها.

(4) السيد سابق، ج2، مرجع سابق، ص101.

(5) عبد الرحمن بن عبد الخالق يوسف، مرجع سابق، ص202.

(6) موسوعة النابلسي naboulsi.com

(7) النووي، شرح النووي على مسلم، ج10، مرجع سابق، ص58.

(8) أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم بيروت لبنان، ط1، عام 2005/1426، ص481.

(9) شرح النووي على مسلم، ج10، مرجع سابق، ص57.

(10) الشوكاني، ج6، مرجع سابق، ص245.

(11) أبو حامد الغزالي، مرجع سابق، ص481.

ثالثا- حق العدل إذا كانت له أكثر من زوجة، وهو ما يطلق عليه الفقهاء "القسم" والمقصود به التسوية بين الزوجات(1) لقوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"(2)، فقد أمر الله تعالى بالاعتصاف على زوجة واحدة عند الخوف من عدم إقامة العدل، فكان ذلك دليل على وجوب إقامته(3). وسيتم دراسة موضوع العدل المطلوب بين الزوجات عند معالجة موضوع طلب الزوجة التطليق للتعدد.

رابعا- عدم الإضرار بالزوجة: لا يجوز لأي شخص الإضرار بغيره لقوله عليه الصلاة والسلام "الإضرار ولا ضرار"(4)، فما بالك بالزوجة وقد ارتبطت بزوجها بميثاق غليظ، فلا يجوز له الإضرار بها لأن ذلك يعد من الظلم، والظلم محرم لقوله عليه الصلاة والسلام فيما يرويه عن ربه "يا عبادي لقد حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا"(5). هذا فيما بين عامة الناس وعلى الزوجة يعتبر أشد حرمة لتعارضه مع قوله عليه الصلاة والسلام "استوصوا بالنساء خيرا"(6)، ولقد ضرب القرآن الكريم عدة أمثلة لأنواع الظلم التي تقع من الأزواج على الزوجات كقوله تعالى مثلا: "وَلَا تُسْكِنُوهُنَّ فِرَارًا لَّنَعْتَدَنَّ" (7) يقول القرطبي في سبب نزول هذه الآية أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد إمساكها، كما يطول بذلك العدة عليها ليضارها، "ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه"(8) وعرضها للعذاب(9).

ومن حقوق الزوجة حق زيارة الولدين ولا يحق له منعها من ذلك حتى ولو حلف لها، وكذا لها حق زيارة أخيها وعمها وخالها وابن أخيها وابن أختها، ولا يمنع أخوها أو أبوها أو أولادها من زيارتها لأن حق الزوج على زوجته بالمعروف، ومن حقوقها أيضا احتفاظها بلقبها العائلي الذي كانت تحمله قبل الزواج(10).

خامسا- ثبوت النسب: يعتبر الزواج السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة قوامها المودة والرحمة والمحافظة على الأنساب، والمراد بالمحافظة على الأنساب هنا، إلحاق الولد بأبويه ديناً وقانوناً(11) لقوله

(1) بدران أبو العيين، مرجع سابق، ص192.

- ابن جزئ، مرجع سابق، ص366. -الإمام سحنون المدونة الكبرى، ج2، مرجع سابق، ص189.

(2) سورة النساء، الآية 3.

(3) عبد الرحمن الجزيري، ج4، مرجع سابق، ص212. بدران أبو العيين، مرجع سابق، ص192.

(4) سبق تخريجه.

(5) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج16، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392، ص132، حديث رقم 2577.

(6) سبق تخريجه في حق المعاشرة بالمعروف.

(7) سورة البقرة، الآية 231.

(8) نفس الآية السابقة..

(9) القرطبي، ج3، مرجع سابق، ص156.

(10) الفرياني، ج2، مرجع سابق، ص648 و649 و650.

(11) مراد بن سعيد، مرجع سابق، ص67.

تعالى: " أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ " (1). ولا يكون هذا الثبوت إلا بالزواج الشرعي فأهم مقاصد تحريم الزنى هو تجنب اختلاط الأنساب (2).

البند الثاني: آثار عقد الزواج في قانون الأسرة (حقوق الزوجة)

قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 كان ينص في المادة 36 على واجبات الزوجين المشتركة وفي المادة 37 على واجبات الزوج نحو زوجته، وفي المادة 38 على حقوق الزوجة والمادة 39 على واجباتها.

جاء تعديل 2005/02/27 ليلغي المادتين 38 و39 من القانون 84-11 ويلغي معها التصنيف الذي كان قائما على أساس ما يعتبر واجبات مشتركة بين الزوجين، وما يعتبر واجبات على الزوج نحو زوجته، وما يعتبر حقوقا للزوجة وما يجب عليها. وكذا إلغاء فقرة النفقة الشرعية الواجبة على الزوج، والتي حشرت في المادة 37. رغم أن المواد 74 وما بعدها مخصصة لمعالجة موضوع النفقة. كما تم إلغاء الفقرة الأولى من المادة 39 والمتعلقة بواجب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيس العائلة وكذا الفقرة الثانية من نفس المادة 39 والمتعلقة بواجب إرضاع الزوجة لأولادها عند الاستطاعة وتربيتهم. وذلك لأن الإرضاع ليس واجبا شرعيا عن الزوجة لقوله تعالى: " فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ " (3) بمعنى فإن لم يرضعن لكم فلا أجرَ لهن عليكم، أي أن مسألة الإرضاع خاضعة لاتفاق الطرفين وليست من واجبات الزوجة.

وبالباقي فلقد قام المشرع بدمج جميع الحقوق والواجبات في المادة 36 بعد التعديل، تحت عنوان، حقوق وواجبات الزوجين، وذلك سعيا لتحقيق المساواة بين الرجال والنساء امتثالاً لما أوصت به اتفاقية "سيداو".

المطلب الثاني: حماية حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها

أولت الشريعة الإسلامية، عقد الزواج أهمية خاصة لما لمؤسسة الأسرة من خطورة على صحة واستقرار الأمة الإسلامية فقال المولى عز وجل: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا " (4)، فالزواج يعتبر أساس بقاء واستمرار الجنس البشري، لذا أولى الشارع الحكيم له أهمية بالغة وخصه برعاية خاصة وأفضى عليه قدسية ميزته عن باقي العقود الأخرى، لما يترتب من آثار لا تقتصر على الزوجين بل تطال المجتمع كله، ولذلك قال عز وجل: "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ

(1) سورة الأحزاب، الآية 05.

(2) مراد بن سعيد، مرجع سابق، ص 68.

(3) سورة الطلاق، الآية 06.

(4) سورة النساء، الآية 01.

إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا" (1). وتتمثل أهمية الزواج في تحقيق أهداف نبيلة أهمها تكوين الخلية الأولى للمجتمع والأمة - الأسرة - على الوجه الصحيح الذي تتحقق فيه السعادة والاستقرار والسكينة لقول تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " (2) والمودة والرحمة، هي عطف قلوبهم بعضهم على بعض. وقال السدي المودة هي المحبة، والرحمة هي الشفقة (3)، إلا أنه ورغم هذه الأهمية قد يحدث وألا تتحقق هذه المقاصد وتصبح الحياة الزوجية بعد ما كانت نعيما، جحيما لا تصلح معه دوام العشرة ويصبح من الأفضل أن تنحل هذه الرابطة حسما للنزاع ورفعاً للظلم والضرر، وقد يستبدل كل منها زوجا آخر يألف معه لقوله تعالى: "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ" (4) فقد شرع الإسلام الطلاق كآخر حل إن لم تجد محاولات إصلاح

ذات البين نفعاً، رغم أن الطلاق أبغض الحلال لقوله ﷺ: "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق" (5). إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قد جعلت الطلاق بيد الزوج وحده دون سواه فقد قضت عدالتها عدم إهمال جانب الزوجة في هذا الحق، بحيث إذا وجدت الزوجة ضرراً من زوجها ولم تستطع مواصلة العشرة الزوجية معه، أباحت لها الحق في طلب التطليق لأسباب تثبتتها أمام القاضي، وأوجب على القاضي أن يجيبها (6)، ويعمل على إنصافها إذا تبين له صحة ما تدعيه، فالتطليق لا يقع إلا بناء على مبررات شرعية حددها الشرع الإسلامي ومن ورائه قانون الأسرة الجزائري، غير أنه لم يعرف التطليق وإنما اكتفى بتحديد أسبابه في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. ويعتبر التطليق مكنة منحها الشارع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استناداً لأسباب محددة، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، مع تطبيق أحكام الصلح بعدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وهذا ما أكدته المحكمة العليا (7) وقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد

78-79-80 من هذا القانون.

(1) سورة النساء، الآية 21

(2) سورة الروم، الآية 21

(3) إسماعيل بن عبد الرحمن السدي الكبير، تفسير السدي الكبير، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1414-1993، ص379.
- شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام البيان، تفسير القرطبي، ج14، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ/1964م، ص17.

(4) سورة النساء، الآية 130

(5) سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق الجزء 03، دار الرسالة العالمية سوريا، 2009، ص504.

- الإمام ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1969، ص54.

(6) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار الطباعة للنشر، بيروت، سنة 1967، ص429.

(7) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية العدد 04 سنة 1984، ص86.

- 2- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 5- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها موصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 6- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 7- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- 8- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 9- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 10- كل ضرر معتبر شرعا.

-الفرع الاول: التطلاق لعدم قيام الزوج بالتزاماته الزوجية والتطلاق لإخلال الزوج بواجباته التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

من خلال هذا الفرع ستنم دراسة التطلاق لعدم الانفاق، والتطلاق للغيبة، والتطلاق للهجر، والتطلاق للعيوب كما يلي:

البند الأول: التطلاق لعدم الإنفاق

تعتبر النفقة أثر من آثار عقد الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه يجبر الزوج على الإنفاق على زوجته ولو كانت غنية؛ ولقد تناول موضوع النفقة بعناصرها في هذا البحث⁽¹⁾ وتفاديا للتكرار يقتصر هذا الموضوع على معالجة حكم طلب التفريق لعدم الإنفاق، أو جزاء الامتناع النفقة. وهل مجرد امتناع الزوج عن أداء واجب النفقة يخول زوجته طلب تطبيقها منه أم أن هناك شروط أخرى يجب توافرها تتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال:

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التطلاق لعدم الإنفاق

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

أولاً- موقف الفقه الإسلامي من التطلاق لعدم الإنفاق

لاستحقاق الزوجة الاستجابة لطلب التطلاق فرق الفقهاء بين حالتين:

- حالة وجود مال ظاهر للزوج، حاضرا كان أم غائبا وامتنع عن الإنفاق.
- وحالة عدم وجود مال ظاهر لفقره أو إيساره أو لجهل مكانه وقيمته أو كان غائبا وامتنع عن الإنفاق.

(1) أنظر حماية حقوق المرأة المالية من هذا البحث.

الحالة الأولى: أجمع أغلب الفقهاء على أنه إذا كان الزوج قادراً وذو مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه، بل لها أن تستوفي حقها من هذا المال، وليس لها الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً. لأن المقصود هو رفع الضرر ودفع الظلم عنها ولا حاجة إلى تطبيقها⁽¹⁾ ويكون ذلك عن طريق التنفيذ على ماله الظاهر، كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته⁽²⁾ هذا ما قضى به الرسول عليه الصلاة والسلام في شكوى هند زوجة أبي سفيان بأن تأخذ من ماله وما يكفيها وولدها بالمعروف⁽³⁾، فلو كان للزوجة الخيار بالتفريق في هذه الحالة لما أمرها عليه الصلاة والسلام بأن تأخذ من مال زوجها بالمعروف⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: وهي إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه، سواء كان لفقره أو إفساره أو للجهل، بما له لإخفائه هذا المال حيث لا يعلم مكانه، اختلف الفقهاء في هذه الحالة منهم من قال بأن لها الحق في طلب التطلاق ومنهم من قال ليس لها ذلك.

الرأي الذي يرفض التفريق: وهم الأحناف فذهب أنصار هذا الرأي أن يفرض لها القاضي نفقة، ويأذن لها بالاستدانة عليه، ممن تجب نفقتها عليهم ثم ترجع على الزوج متى أيسر، أما إذا لم يكن معسراً ولم يثبت للقاضي عجزه عن النفقة فإن له أن يحبسها⁽⁵⁾ بطلب من الزوجة باعتباره ظالماً⁽⁶⁾، أما إذا ثبت عسره فإنه يجب على القاضي إخلاء سبيله لقوله تعالى: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ"⁽⁷⁾ واستدلوا بقوله تعالى: "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَأْءَاتَهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"⁽⁸⁾، والصحابه رضوان الله عليهم كان من بينهم المعسرون والموسرون وأكثريتهم معسرون، ولم يرد ما يدل على أنه عليه الصلاة والسلام قد فرق بين صاحبي وزوجته لعدم الإنفاق⁽⁹⁾ وحتى الحنفية يظهر أن خلافهم نظري، حيث ورد في حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي قال في غرر الادكار: "لم أعلم أن مشايخنا إستحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائباً عنه

(1) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص430.

- السيد سابق، ج2، مرجع سابق، ص288.

(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، دار الفكرن سوريا، ط3، 2012، دار الفكر، ص484.

(3) عز الدين عبد الدايم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، دار كردادة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2011، ص21.

(4) ابن قيم الجوزية، ج4، مرجع سبق ذكره، ص144.

(5) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، ج2، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979، ص81-82.

- عبد الحميد ميهوب محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، 1999- ص223.

(6) السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1993/1414، ص187-188.

(7) سورة البقرة، الآية 280.

(8) سورة الطلاق الآية 7.

(9) ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص159.

ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى الطلاق، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها، وحتى الزوج مالا أمر متوهم بالتفريق ضروري إذا طلبته⁽¹⁾.

الرأي القاتل بجوار التفريق لعدم الإنفاق: وهو رأي جمهور العلماء والأئمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد⁽²⁾، فيذهبون إلى أن للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي متى امتنع الزوج عن الإنفاق لعجزه، أو امتنع ظلما منه مع قدرته واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "...فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوْفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ"⁽³⁾ وقوله تعالى: "...وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَّتَعْتُدْنَ..."⁽⁴⁾ وإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها. ليس إمساكا بمعروف فيتعين التسريح⁽⁵⁾. أما الآية الثانية فالإمساك بدون نفقة للزوجة اعتداء عليها، فيجب التسريح بإحسان، بأن يطلقها فإن لم يفعل ناب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعا للضرر عن الزوجة، واستدلوا لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁶⁾ ويفيد ذلك منع الشخص من أن يلحق الضرر بالغير والامتناع عن النفقة من باب الضرر، فعلى القاضي أن يزيله بفك الرابطة الزوجية، كما استدلوا بأن القاضي يفرق بين الزوجين من أجل العيوب بالزوج، وأن عدم الإنفاق أشد إيذاء للزوجة وظلما لها من وجود عيب بالزوج، فكان التفريق لعدم الإنفاق أولى⁽⁷⁾، واستدلوا أيضا بموقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما كتب في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهن أو ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا⁽⁸⁾، واستدلوا أيضا بأن النفقة تجب مقابل الاستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة نشوز الزوجة وبالمقابل فإن عدم الإنفاق يسقط حق الزوج في الاستمتاع، وبالتالي وجب حق الخيار للزوجة⁽⁹⁾، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق لعجزه أو ظلما منه مع قدرته كان للزوجة حق طلب التفريق⁽¹⁰⁾.

- (1) ابن عابدين حاشية ابن عابدين، ج3، دار الفكر، بيروت، ط3، 1386، ص590.
- (2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصر، ج2، دار المعارف للطباعة والنشر، ط6، 1402-1982، ص51.
- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص29 و30.
- (3) سورة البقرة، الآية 229.
- (4) سورة البقرة، الآية 231.
- (5) ابن قدامة المغني، ج8، المغني، مكتبة القاهرة، 1388-1968، ص204.
- (6) محمد بن ماجه، كتاب السنن، تحقيق شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد محمد كامل قره بللي عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط1، 2009، ص432.
- (7) السيد سابق، ج2، مرجع سابق، ص88.
- (8) محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سبق ذكره، ص91.
- (9) ابن حزم العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مرجع سبق ذكره، ص609-610.
- (10) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج1، مرجع سابق، ص431.

أما فيما يخص علم الزوجة مسبقا بإعسار زوجها ورضاها بذلك، يرى ابن قيم الجوزية، أنه إذا كانت قد تزوجته وهي عالمة بإعساره أو كان موسرا ثم أعسر لا تملك الزوجة طلب الفرقة في هاتين الحالتين. أما إذا كان قد غرر بها عند الزواج فقال إنه موسر ثم تبين لها إعساره فإنه يكون لها حق الفسخ⁽¹⁾، أما ابن قدامة فيرى وجوب النفقة مع تجدها كل يوم، فيتجدد لها الفسخ⁽²⁾. والفرقة بسبب الظلم عند المالكية، طلاق بائن إذا كان قبل الدخول لا يمكن للزوج مراجعة زوجته⁽³⁾، أما إذا كان بعد الدخول فهو طلاق رجعي، للزوج مراجعة زوجته إذا أيسر في عدتها، لأن التفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها، واليسار الذي يجب أن يتوفر هو القدر الذي يجب لمثلها على مثله، وإن أيسر بأقل من ذلك فلا رجعة له⁽⁴⁾. أما الشافعية والحنابلة، يقولون أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم وبطلب من الزوجة، فإذا فرق الحاكم بينها فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه⁽⁵⁾.

يستنتج من الآراء الفقهية السالفة العرض، أنها تصب في اتجاه واحد وواضح، أن إمساك الزوجة دون نفقة إضرار بها، خاصة إذا كان الامتناع عن الإنفاق مع اليسر فيه ظلم لها، وحبسها من شأنه أن يجعل الضرر ضررين، ويصبح حالها شبيه بحال القطعة التي حبستها صاحبها لا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض. فمتى تحقق الظلم وجب على القاضي رفعه بالتفريق بينهما. أما إذا كان الزوج معسرا أي عديم القدرة على الإنفاق، لفقره، فمن الأحسن التمهّل في التفريق ومنح الزوجة فرصة للتفكير والزوج فرصة لتدبر أمره، فإذا قررت التطلاق يصبح ذلك أمرا ضروريا، إذ لا يصبح إجبارها على الصبر إذا كانت لا تطيقه، فالاحتباس بلا نفقة فيه ضرر، خاصة إذا طال الأمد، ولربما بالتفريق يفتح الله عليهما وقد تتزوج هي غيره ينفق عليها.

ثانيا- موقف قانون الأسرة الجزائري من طلب التطبيق لعدم الإنفاق

نصت الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة إعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80" يتضح من نص هذه المادة أنه للزوجة حق طلب التطلاق شريطة توفر شرطان:

- (1) ابن قيم الجوزية، ج5، مرجع سابق، ص465.
- (2) ابن قدامة، ج8، نفس المرجع السابق، ص207.
- (3) محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002، ص342.
- (4) محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1971، ص353.
- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مرجع سابق، ص85.
- عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص58.
- (5) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص490.
- ابن قدامة، ج8، نفس المرجع السابق، ص206.

الشرط الأول: صدور حكم قضائي بوجوب النفقة، أي أن تكون الزوجة قد رفعت أمرها إلى قضاء مطالبة زوجها بالإنفاق عليها، وحكم لها بذلك، ورفض الزوج الامتثال للحكم القاضي عليه بالإنفاق على زوجته.

الشرط الثاني: ألا تكون الزوجة على علم بإعساره عند الزواج، إذا كان معسرا.

وقد حدد الدكتور بالحاج العربي⁽¹⁾ شروطا ثلاثة وهي:

1- امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا، وأن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل أمام القضاء للمطالبة بالنفقة، و صدر حكم قضائي يلزم الزوج بذلك، وامتنع وأصر على عدم الإنفاق.

2- ألا يكون الامتناع عن النفقة بسبب إعساره

3- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

أما الأستاذ عبد العزيز سعد⁽²⁾ فيتفق مع بلحاج العربي في الشرطين الأول والثالث السالفي الذكر، ويضيف أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة، والتي يحق لها طلب التطبيق لعدم توفره، هو إنفاق مثل زوجها على مثلها.

لكن المقصود بالشرطين الواردين بالفقرة الأولى من المادة 53 الذين يُعَلَّقُ عليهما حق الزوجة في طلب التطبيق لامتناع الزوج عن الإنفاق هما:

الشرط الأول: عدم الإنفاق بعد صدور حكم على الزوج يجبره على الإنفاق وهذا الشرط يحمل في طياته شرطين بدوره، أولهما صدور حكم يجبر الزوج على الإنفاق، وثانيهما عدم امتثال الزوج للحكم الصادر ضده بالإنفاق، أي عدم الانفاقرغم صدور حكم يلزمه بذلك. إن صدور حكم يلزم الزوج بالانفاق، لابد أن يكون سببه إهمال الزوج وامتناعه عن واجب النفقة، وتضرر الزوجة من تصرف الزوج هذا، مما دفعها إلى اللجوء للقضاء لإجباره على القيام بواجبه، ومتى تحققت الشروط واقتنع القاضي بإدعاء الزوجة حكم على الزوج بدفع النفقة مع مراعاة، عند تقديرها، نصوص المواد 78-79-80 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تتعلق بمشمولات النفقة، وحال الزوجين وظروف المعاش وتاريخ استحقاقها، وبعد أن يصير الحكم نهائيا وتُستنفذ إجراءات التبليغ، ولا يمتثل الزوج للحكم الصادر ضده، ويواصل إصراره على الإخلال بواجب الإنفاق، وهذا هو المقصود من عبارة "عم الإنفاق بعد صدور الحكم على الزوج يجبره على النفقة".

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، مرجع سابق، ص276.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الجزائري، مرجع سابق، ص256.

الشرط الثاني: والمتعلق بمدى علم الزوجة وعدم علمها بإعسار الزوج عند إبرام عقد الزواج، فالأمر يتعلق بعلمها بذلك، الشيء الذي يُسقط حقها في طلب التطلاق لعدم الإنفاق، كونها رضيت بحاله قبل إبرام عقد الزواج، مما يجعلها تفقد حقها في طلب التطلاق لعدم الإنفاق، ويقع عبئ إثبات ذلك على عاتق الزوج بجميع وسائل الإثبات ولها أن تثبت العكس، أي عدم علمها بإعساره، وخاصة إذا أوهمها أنه ذو مال أو ميسور الحال في حين أنه ذو عُسرة.

أما فيما يتعلق بمراعاة المواد 78-79-80 من قانون الأسرة، العبارة الواردة في آخر الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة، يبدو أنها أقحمت في هذه الفقرة دون أن يكون هناك محل ولا فائدة من إقحامها، لأن طلب الزوجة التطلاق لعدم الإنفاق معلق على شرط أولي وأساسي، وهو حيازتها لحكم يجبر الزوج على الإنفاق وأثناء تقدير النفقة التي سيحكم بها القاضي يكون قد راعى نصوص هذه المواد التي على أساسها حددت النفقة المحكوم للزوجة بها، وأن الزوج رغم تبليغه بالحكم وعلمه به لم يمتثل لأوامر العدالة، ولم يدفع لزوجته النفقة المحكوم بها، حينها يمكن للزوجة المتضرر اللجوء إلى القضاء لطلب التطلاق لعدم الإنفاق، وعندما ينظر القاضي في طلب الزوجة التطلاق لعدم الإنفاق لا يقوم بتقدير وتحديد النفقة وإنما بمراقبة مدى توفر الشروط القانونية التي تخول الزوجة طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

يبقى سؤال مطروح حول المدة الزمنية الفاصلة بين صدور الحكم على الزوج بالإنفاق، وبين تاريخ لجوء الزوجة للقضاء لطلب التطلاق لعدم الإنفاق.

إن صدور حكم على الزوج بالإنفاق وتبليغه له، ومرور شهرين دون أن يمتثل هذا الأخير لأمر العدالة يشكل جريمة عدم تسديد النفقة وفقاً لنص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائي، مما يعرض الممتنع لعقوبات جزائية. ويمكن القياس على هذا النص لاستنباط المدة الفاصلة بين تاريخ تبليغ الحكم للزوج الممتنع والتاريخ الذي يمكن للزوجة المحكوم لها بالنفقة رفع دعوى التطلاق لعدم الإنفاق فيه، فتكون المدة بالقياس على مدة قيام جريمة عدم تسديد النفقة شهرين لأن نص المادة 331 من قانون العقوبات ونص الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة يشتركان في نفس المبرر وهو إخلال الزوج بواجب الإنفاق على زوجته وأسرته، وأن تجريم الفعل لا يكون إلا بعد صدور حكم بالنفقة، وكذلك الحال فيما يتعلق بدعوى طلب التطلاق لعدم الإنفاق يشترط صدور نفس الحكم. غير أن المادة 331 من قانون العقوبات تشترط مرور أكثر من شهرين على علم الزوج بالحكم، وعدم الامتثال له، لقيام جريمة عدم تسديد النفقة، بينما سكنت الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة عن تحديد المدة.

من جهة أخرى فإن المادة 331 من قانون العقوبات تفترض أن عدم تسديد النفقة فعل متعمد مالم يثبت العكس، أي أن على المتهم إثبات أن إعساره خارج عن إرادته، كالمرض أو الظروف الاقتصادية

القاهرة، فالمشرع حدد بعض الحالات التي لا يمكن أن تتخذ كأعذار والمتمثلة في سوء السلوك والكسل والسكر. ومما تقدم فإن تجاوز مدة شهرين بعد صدور الحكم وتبليغه وصيرورته نهائيا، وعدم سعي الزوج رغم ذلك إلى تسديد مبالغ النفقة، وتضرر الزوجة جراء ذلك وانعدام رغبتها في مواصلة العلاقة الزوجية، يعطيها الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها⁽¹⁾ "متى كان من المقرر فقها وقضاء وفي أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرر لطلبها التطليق على زوجها". أما فيما يتعلق بنوع الفرقة الناتجة عن التطليق لعدم الإنفاق، فباستظهار نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري الذي أورد: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". استنادا لما ورد في هذا النص فإن التطليق بطلب من الزوجة لعدم الإنفاق يقع طلاقا واحدة، مثله مثل الطلاق بطلب من الزوج أو بتراضي الزوجين، ويكون الصلح واجبا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة.

وتنص المادة 50 من قانون الأسرة على: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وبناء على ذلك متى حكم القاضي بالتطليق لعدم الإنفاق فلا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد وهذا يفيد أن الطلاق يقع بائنا وليس رجعيًا وهو ما صرحت به المحكمة العليا⁽²⁾ في قرارها: "من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، و أن حكم القاضي به، لا يغير من رجعيته إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائنة فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناءً على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها".

البند الثاني: التطليق لغياب الزوج

من أهم التزامات الزوج المحافظة على أسرته ورعايتها باعتباره رب الأسرة والمسؤول عليها، ولا يتأتى له ذلك في حالة غيبته عن أسرته دون مبرر شرعي، فغياب رب الأسرة الطويل عن أسرته يؤدي حتما إلى اهتزاز كيانه واستقرارها وخلخلة دعائم بنائها، وهو حال كل رعية بلا راع، "فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته..."⁽³⁾.

(1) قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 الملف رقم 34791 المجلة القضائية عدد 3 سنة 89، ص 76.

- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 280.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 39463 بتاريخ 10-02-1986، المجلة القضائية، العدد 1 لعام 1989، ص 115.

(3) أحمد بن حجر العسقلاني، شرح صحيح البخاري، الجزء 5 دار ابن كثير، دمشق، 1993/1414، ص 1996.

قد يكون الغياب دون عذر ولا مبرر مما يعتبر هروبا من تحمل أعباء الأسرة وواجبات الزوج نحوها، وقد تكون الغيبة مبررة كطلب العلم أو العمل أو الخدمة الوطنية...إلخ.

وقد تكون الغيبة اضطرارية كحالة الفقد، وقد أوردت الفقرة الخامسة (05) من المادة 53 من قانون الأسرة حالة غياب الزوج عن زوجته مدة سنة بدون عذر ولا نفقة، مما يعطيها الحق في طلب التطليق من زوجها الغائب، فما هو موقف الفقه من طلب الزوجة التطليق لغياب الزوج؟ وهل سار المشرع الجزائري على خطى الفقه الإسلامي، أم أنه اتخذ موقفاً مغايراً وهو ما سستتم معالجته كالتالي:

أولاً: موقف الفقه من طلب الزوجة التطليق لغيبة الزوج

لا تعتبر الغيبة مما يبرر طلب الزوجة التطليق، في نظر الفقه الإسلامي إلا إذا كان الزوج خارج البلدة التي تقيم فيها زوجته، وتكون الغيبة مسافة القصر (83 كلم) أو أكثر (1) أما إذا كان متواجداً في نفس البلدة التي تقيم فيها الزوجة فإنه يكون إهمالاً ويدخل بالتالي في إطار الضرر (2) وقد اختلف الفقهاء بين رافض لطلب الزوجة التطليق لغيبة الزوج وبين مؤيد لهذا الطلب:

الرأي الأول: الرأي الرافض لطلب الزوجة التطليق لغياب زوجها وهي لا تعتد ولا تنكح حتى يأتيتها يقين وفاته أو طلاقه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية وابن حزم (3).

أدلة أصحاب الرأي الأول: استدلت أصحاب الرأي الأول القائلين بعدم أحقية الزوجة في طلب التطليق لغياب الزوج، بالمعقول من وجهين:

1- أنه اتفق المسلمون على عدم وجوب العدة على الزوجة إلا من وفاة أو طلاق، وحيث أنه لم يتحقق أي منهما، فإن زوجة الغائب تبقى على نكاحه.

2- أن ما يخص الزوجين من الأحكام، كاللعان والظهار والإيلاء ووقوع الطلاق ووجوب العدة منصوص عليه، أما التفريق للغيبة فلم يقوم عليه دليل من الكتاب والسنة (4).

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنه يحق للزوجة طلب التفريق لغياب الزوج إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك، وهي طول مدة الغيبة وتضرر الزوجة من ذلك وانعدام عذره ومراسلته، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة (5).

(1) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2002، ص 342.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2، مرجع سابق، ص 489.

(3) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سبق ذكره، ص 397.

- ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 134.

(4) الشافعي، الأم، ج 5، مرجع سابق، ص 351.

- ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 141.

(5) حاشية الدسوقي، ج 3، مرجع سابق، ص 351.

- ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 240 وما بعدها.

أدلة أصحاب الرأي الثاني: استدل المجيزون للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها بالقرآن وبالمعقول.

1- من القرآن:

يقول تعالى "... فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ..." (1).

ويقول تعالى: "... وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ..." (2).

وجه الدلالة أن الله تعالى قد خير الأزواج بين الإمساك بمعروف والتسريح بمعروف وليس من المعروف ترك الزوجة كالمعلقة، ولما كان ترك المرأة بدون إيناس ولا وطء لحق بها الضرر، وعرضها ذلك للفتنة، فإن رفع الضرر ومنع الوقوع في الفاحشة يستلزم التفريق (3).

2- من الأثر: ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما روى أبو حفص عن زيد بن أسلم: "أن عمر بن الخطاب سمع امرأة تشكو غيبة زوجها -وكان غاب في سبيل الله- فسأل ابنته، "قال: يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: ستة أشهر أو أربعة أشهر، فقال عمر لا أحبس الجيش أكثر من هذا..." (4).

وجه الدلالة أن توقيت عمر رضي الله عنه بستة أشهر يعني عدم جواز الغيبة فيما زاد على ذلك فإن زاد كان معتديا فيجب رده.

3- العقول: إن الفسخ مشروع لتعذر الوطء بالغيبة، والحاكم وضع لرفع الضرر سواء كان بسبب الغيبة أو الإيلاء أو الظهار، وهذا الضرر أبلغ فكان أولى بالرفع، وهكذا يعتبر رأي المالكية والحنابلة أرجح للأسباب التالية:

(أ) ضعف أدلة المانعين من التفريق، وليس في أدلتهم ما يفيد المنع من التفريق خاصة وأن المسألة فيها اجتهد الصحابة أمثال عمر رضي الله عنه.

(ب) قوة أدلة القائلين بجواز التفريق للغياب، لموافقتها لروح الشريعة الإسلامية.

اتفق المالكية والحنابلة في الموافقة على طلب الزوجة التفريق لغيبة زوجها لعدم قدرتها الصبر على فراق زوجها وتضررها جراء الغياب، حتى مع وجود النفقة غير أنهم اختلفوا في الشروط الواجب توافرها لذلك و في المدة.

(1) سورة البقرة، الآية 231.

(2) سورة البقرة، الآية 231.

(3) الصنعاني، سبل السلام، ج3، مرجع سابق، ص1143.

(4) بدران أبو العينين، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص277.

الشروط الواجب توافرها للتطبيق للغيبة عند المالكية (1) وهي:

- غياب الزوج مدة سنة (01) فأكثر بعذر أو بدون عذر.
- تضرر الزوجة من غيبته والخشية على نفسها الوقوع في الحرام.
- أن يرسل القاضي الى الغائب بالرجوع إذا كان محله معروفا، أو نَقَلَ زوجته إليه أو تطليقها.
- ويمهله مدة مناسبة فإذا امتنع أو انتهت المدة الممنوحة له دون أن يرد أو كان مجهول المحل، فرق القاضي بينهما.

والتفريق في هذه الحالة عند المالكية تفريق بائن.

- الشروط الواجب توافرها للتفريق للغيبة عند الحنابلة:

- غياب الزوج مدة ستة (06) أشهر بدون عذر، فإذا كانت لعذر كطلب العلم والحج والتجارة لم يكن للزوجة طلب التفريق.
- أن يرسل إليه القاضي ويطلب رجوعه فإن لم يعد فُسخ نكاحه.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من طلب الزوجة التطليق لغياب زوجها

بالعودة إلى نص الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة التي تنص: "الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري اشترط شروطا ثلاث حتى يكون للزوجة الحق في طلب التطليق لغياب زوجها عنها وهي:

1- غياب الزوج لمدة تفوق السنة.

2- أن يكون هذا الغياب بدون عذر شرعي مقبول، فإذا كان الغياب لعذر مقبول لا يحق للزوجة

طلب التطليق، والتقدير في مدى مقبولية العذر من عدمها متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

1- ألا يكون قد ترك لها أو أرسل نفقة أثناء غيابه.

من خلال ما تقدم يمكننا استخلاص أن غياب الزوج عن زوجته، لمدة حتى وإن فاقت السنة و كان غيابه بعذر وترك لها أو أرسل لها نفقة، لا يكون لها حق طلب التطليق للغيبة، وإذا كان غيابه لعذر ولم يترك لها نفقة، لا يحق لها طلب التطليق للغيبة أيضا. وإذا كان غيابه بدون عذر لكن ترك لها نفقة فليس لها حق طلب التطليق للغيبة. ومن خلال ما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري عندما قرن حق طلب الزوجة في التطليق للغيبة بشرطي العذر والنفقة قد جانب الصواب، لأن حالة عدم ترك الزوج لزوجته نفقة يمكنها أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق وفقا لنص الفقرة الأولى من نفس المادة 53. وفيما يتعلق بفقدانها لحقها في المؤانسة والوطء بسبب الغيبة، فإذا كان يحق للزوجة طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وفقا لنص الفقرة 3 من نفس المادة 53 وزوجها بجانبها في نفس الفراش، فمن باب

(1) البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. الثالثة، 1424هـ-2002م، ص51.

أولى أن يكون لها حق طلب تطليق بسبب فقدانها لحقها في الوطاء وزوجها بعيد عنها. إضافة إلى ذلك فإن موقف المشرع الجزائري ليس له أي سند شرعي فلم يبين أي موقف من مواقف الفقهاء، وعليه فحيداً لو يعدل هذه الفقرة بحذف الشرطين وتبني موقف الفقه المالكي والحنبلي الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية.

البند الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

يستمد عنوان البند الثالث هذا، من مضمون الفقرة الثالثة من الماد 53 من قانون الأسرة "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، والهجر في المضجع هو التبعاد، ويقال هجره أي ابتعد عنه، والمضجع هو محل الاضطجاع، قيل يوليها ظهره عند الاضطجاع وقيل هو كناية عن ترك جماعها⁽¹⁾، أي يدير ظهره لزوجته في الفراش ولا يقوم بالاهتمام بالمطلوب منه كزوج.

وقد يقصد من الهجر تأديب الزوجة وفقاً لما ورد في الآية الكريمة "وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ..."⁽²⁾، ويكون الهجر في هذه الحالة بعد استنفاد جميع محاولات الوعظ والإرشاد، وقد يحلف الزوج على أنه يترك وطأ زوجته لمدة أربعة أشهر أو أكثر وهذا ما يعرف بالإيلاء، الذي ورد في الآية الكريمة: "لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"⁽³⁾، وقد يكون الهجر من دون أي سبب سوى قصد الإضرار بالزوجة، وستتم معالجة كل من الهجر للتأديب والإيلاء والهجر للإضرار من خلال التطرق لموقف الفقه الإسلامي ثم في التشريع الجزائري.

أولاً: الهجر في المضجع في الفقه الإسلامي وحق الزوجة في طلب التفريق لذلك

1- الهجر في المضجع بغرض التأديب: ورد قوله تعالى في الآية السالفة الذكر "وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ..."⁽⁴⁾، ويكون الهجر في هذه الحالة كوسيلة تأديب للزوجة التي تخرج عن طاعة زوجها ولا ينفع معها تكرار الوعظ بالكلام، قد يلجأ زوجها إلى هجرها في المضجع للتعبير عن عدم رضاه، غير أن الهجر لا يجب أن يتعدى الأربعة أشهر لقوله تعالى: "لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ..." وهي المدة التي اتفق عليها الفقهاء⁽⁵⁾، وقد حددت الشريعة وقت وسبب اللجوء لهذا النوع من الهجر وهو النشوز. والنشوز هو ترفع الزوجة وخروجها عن طاعة زوجها ولا يجوز استعمال هذا الحق من طرف الزوج في غير غايته وهو تحقيق مصلحة مشروعة، وهذا الهجر لا يكون بناء على حلف، بخلاف الإيلاء.

(1) طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009، ص118.

(2) سورة النساء، الآية 34.

(3) سورة البقرة، الآية 226-227.

(4) سورة النساء، الآية 34.

(5) بدران أبو العينين، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص277.

2- الإيلاء: هذا النوع من الهجر كان معروفا عند عرب الجاهلية قبل الإسلام، ويعتبر عندهم نوعا من أنواع الفرقة إلى جانب الطلاق والظهار، غير أن الإيلاء في الجاهلية لم يكن منظما، فجاء الإسلام ليضع له أحكاما وضوابط تختلف عما كان سائدا في الجاهلية. والإيلاء، هو حلف الزوج بالله تعالى أو باسم أسمائه، أو بصفة من صفاته على ترك وطء زوجته مدة تزيد عن أربعة أشهر⁽¹⁾، والإيلاء قد يكون حلفا مطلقا كأن يقول "والله لا أطأ زوجتي" أو أن يقول "والله لا أقربها أبدا" أو مقيدا بمدة أربعة أشهر فما فوق كأن يقول "والله لا أقرب زوجتي مدة خمسة أشهر أو ستة"، فإن قال مثل ما سبق يعتبر موليا، أما إن قيده بأربعة أشهر أو أقل فلا يعتبر موليا⁽²⁾. ومن خلال تعريف الإيلاء حدد الفقهاء شروطه وهي:

- حلف الزوج على عدم وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر.

- أن تكون المحلوف عليها زوجته، ويصح أن تكون مطلقة رجعيًا.

حكم التفريق للإيلاء: يقول المولى عز وجل: "لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ" (3) وضع الله شرطا واحدا في هذه الآية وهو إنهاء الإيلاء، وعدم التفريق بين الزوجين وذلك بأن يفى الزوج إلى زوجته أي يعود إليها فيقربها، ويلزم الزوج بعد الفى إلى زوجته كفارة يمين⁽⁴⁾ لأنه حنث لقوله تعالى: "لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَرَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ" (5).

أما إذا انقضت مدة الإيلاء التي هي أربعة أشهر ولم يفى الزوج إلى زوجته فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية أن الطلاق يقع بمجرد انقضاء مدة الإيلاء واستدلوا بالآية: "لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ٢٢٦ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ" (6). حدد الله المدة في هذه الآية بأربعة (04) أشهر ولو كانت الفينة بعد هذه المدة لزداد

(1) عبد الحميد ميهوب، محمود محمود عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، 1999، ص254.

(2) عبد الرحمان الجزيري، مرجع سبق ذكره، 2004، ص1028.

- بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض الشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008، ص197.

(3) سورة البقرة، الآية 226-227.

(4) وهيبه الزحلي، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص520.

(5) سورة المائدة، الآية 89.

(6) سورة البقرة، الآية 226 و227.

ذلك على مدة الإيلاء المحددة بالنص القرآني، وكذلك لو جامع الزوج المولي زوجته قبل انقضاء أربعة (04) أشهر لزال الإيلاء ولا يحدث هذا إذا فاء إليها بعد ذلك⁽¹⁾.

الرأي الثاني: وهو رأي الجمهور، وعندهم لا يقع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء، إنما يقع بعد انقضاء مهلة الإيلاء أربعة (04) أشهر وبعد مطالبة المولي بالفيئة واستدلوا بـ:

1- أن الله تعالى جعل مدة الإيلاء حقا للأزواج ولم يجعلها عليهم وبما أنها أجل فلا يستحق المطالبة فيها بل بعدها كأجل الدين.

2- قوله تعالى: "فإن فاءوا" ذكر الفيء بعد المدة يوجب أن تستحق الفيء بعدها ولا يرد أن "فاء التعقيب" في المدة يوجب أن يكون الفيء بعد الإيلاء لا بعد المدة لأن الإيلاء ذكر أولاً، ثم تلاه ذكر المدة، ثم تعقبها ذكر الفيء، فإذا أوجبت التعقيب لم يجز أن يعود الضمير إلى أبعاد المذكورين، بل يجب أن يعود إليها جميعاً أو إلى أقربهما، وعلى كلا الأمرين فلا بد من انتهاء المدة.

3- إن الله تعالى جعل وقوع الطلاق بعزم من الأزواج لا بمضي المدة لأن الضمير في قوله تعالى: "وإن غرموا الطلاق" يعود على الأزواج، أما انقضاء المدة فلا يعتبر عزيمة، وإنما العزيمة ماعداً من فعل الزوج، فلا يقع الطلاق إلا بعزم الزوج عليه بنفسه وبتطبيق القاضي عليه عند امتناعه من الفيئة بعد انقضاء المدة.

4- إن الله عز وجل خير المولي بين أمرين، الفيئة أو الطلاق، والتخير بين أمرين لا يكون إلا في موضع واحد كال كفارات، ولو كان في موضعين لكان ترتيباً ولم يكن تخييراً وذلك بأن يقال له "إما أن تفيء في المدة وإما أن تبين منك زوجتك بانقضائها".

5- إن التخيير الوارد في الآية تخيير بين أمرين، يجب أن يكون فعلهما إليه ليصبح منه اختيار الفعل وتركه ولو لم يكن له فعلها لبطل الخيار.

6- أن قوله تعالى: "إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" يعني بأن الله سميع لما يتلفظ به الزوج من الطلاق عليهم بما في نفسه، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق عن قول مسموع⁽²⁾. قال سهيل بن أبي صالح عن أبي صالح عن أبيه أنه قال: "سألت إثني عشر من أصحاب النبي ﷺ عن الرجل يولي قالوا: ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق"⁽³⁾.

(1) بدران أبو العينين، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 277.

(2) الماوردي الحاوي الكبير، ج 10، مرجع سابق، ص 341 وما بعدها.

- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 3، دار الحديث القاهرة 1425هـ 2004م، ص 188 وما بعدها.

(3) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الإيلاء، باب من قال يوقف المولي، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 1424-2002، ص 618.

خلاصة القول؛ فيما تعلق بالتفريق للإيلاء، يرى الحنفية أن الطلاق يقع بمجرد انتهاء مدة أربعة أشهر، بينما يرى جمهور الفقهاء بأن الطلاق لا يقع مباشرة بإنهاء مدة الإيلاء أربعة (04) أشهر إنما بعد انتهاء مدة الإيلاء يُطالب الزوج بالفيئة أو يطلق عليه القاضي، ويكون للزوجة بعد انتهاء مدة الأربعة أشهر أن تعجل بالمطالبة بفيئة الزوج أو بتطليقها من طرف القاضي إذا رأت أن ذلك في مصلحتها⁽¹⁾.

ثانيا: التطلاق للهجر في قانون الأسرة الجزائري

كما سبق بيانه، فقد أجاز المشرع الجزائري من خلال الفقرة 3 من المادة 53 من قانون الأسرة، للمرأة طلب التطلاق بسبب الهجر في المضجع لمدة تفوق الأربعة (01) أشهر، ويبدو تقارب نص هذه الفقرة مع حكم الإيلاء في كون كلاهما يحدد مدة هجر الزوجة في المضجع بما يزيد على أربعة (4) أشهر. ويختلف معه في كون الإيلاء يجب أن يكون مصحوبا بيمين، لا يقع الإيلاء إلا به أما بالنسبة للهجر في قانون الأسرة، فعدم وطء الزوج زوجته طوال المدة المحددة يقع التطلاق. وقع اليمين أو لم يقع.

إن اشتراط المشرع الهجر لمدة تفوق الأربعة أشهر يكون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، وعليه فالشروط الواجب توافرها لقبول طلب الزوجة التطلاق للهجر في قانون الأسرة هي:

1- العنصر المادي والمتمثل في الهجر الحقيقي للزوجة في المضجع، دون سبب شرعي يبرر ذلك، فإذا كان الزوج مريضا ويعالج سعيا للشفاء من مرضه، تجبر الزوجة على الصبر حتى يزول السبب أو المرض⁽²⁾.

2- العنصر الزمني وهو الهجر لمدة تفوق الأربعة (04) أشهر متتالية غير منقطعة فإذا لم يتجاوز الهجر الأربعة (04) أشهر ولو بيوم واحد، أو كان لعدة مرات وفي أوقات متفرقة، فلا يجوز للمحكمة الحكم بتطليقها⁽³⁾، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها: "يعد الهجر في المضجع وفي حالة تعدد الزوجات دليلا على انعدام نية العدل ويبرر طلب الزوجة المتضررة التطلاق"⁽⁴⁾. من خلال ما تقدم بيانه فإن الهجر لسبب شرعي دون قصد الإضرار بالزوجة حتى ولو تجاوزت مدته الأربعة (04) أشهر لا يتحقق معه حق طلب الزوجة التطلاق⁽⁵⁾ فالهجر بقصد التأديب ولو أن المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة، الشرع اشترط ألا يتجاوز مدته أربعة (04) أشهر، فإن زادت على ذلك يكون الزوج قد تجاوز حدود ما هو مٌخول له شرعا، وهذا مقصد المشرع الجزائري بتحديد المدة التي تجيز للزوجة

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 554 وما بعدها.

- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 1034.

(2) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 1986، ص 285.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 289.

(4) المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، الملف رقم 480240 بتاريخ 2009/02/11 مجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2009، ص 279.

(5) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 263.

طلب التفريق للهرج في المضجع يكون قد وافق رأي جمهور الفقهاء وعلى رأسهم المذهب المالكي السائد في الجزائر.

البند الرابع: التطلاق للعيوب

نصت المادة 53 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لـ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

إن الهدف الأساسي المرجو من الزواج هو سكن الزوجين لبعضهما مصداقا لقوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " (1)، إلا أنه قد يحدث ما يعكر صفو هذه العلاقة بأن يصاب أحد الزوجين بعيوب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو ما يعرف عند الفقهاء بمصطلح "عيب النكاح" ويقصد به ما يخل بمقصوده الأصلي كالنفور من الوطئ وكسر الشهوة (2)، وهو النقص البدني أو العقلي في أحد الزوجين الذي يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، وينعدم الاستقرار فيها وينفر أحد الزوجين من الآخر (3)، أو يمنع من تحقيق مقاصد الزواج أو التمتع بالحياة الزوجية (4). اختلف الفقهاء حول مسألة جواز التفريق للعيوب وكذا لمن يصح له هذا الحق للزوجة أم للزوج أم لكليهما؟ غير أن ما يهم في هذا البحث هو حق الزوجة في طلب التفريق للعيوب، ولذا سيقصر البحث على معالجة هذه الحالة فقط، من منظور الشريعة الإسلامية أولا ثم من منظور قانون الأسرة الجزائري إذا طلبت الزوجة التطلاق للعيوب.

أولا- طلب الزوجة التفريق للعيوب في الفقه الاسلامي

اختلف الفقهاء بين مؤيد لطلب الزوجة التفريق للعيوب وبين رافض لهذا الحق، كما اختلفوا أيضا في تحديد أنواع العيوب الموجبة للتفريق والشروط الواجب توافرها.

الرأي الأول: القائل بعدم جواز التفريق بسبب العيب بطلب من الزوجة

قال بهذا الظاهرية بزعامه بن حزم (5) إذ يمنعون التفريق بأي عيب كان، سواء كان في الزوج أو في الزوجة، قبل العقد أو بعده، ولا مانع من تطليق الزوج للزوجة إن شاء (6) وليس للقاضي التفريق بينهما ولا أن يضرب أجلا بل هي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق (7).

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) وفاء بنت علي سليمان الحمدان، التفريق بالعيوب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، كنوز المعرفة، جدة، الطبعة الأولى، 1999، ص 162.

(3) طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية الجزائرية، الطبعة الأولى، 2009، ص 113.

(4) علي حسن الله، الفقرة بين الزوجين، وما تعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969، ص 120.

(5) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 108.

(6) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 436.

(7) محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص 107.

ويضيف ابن حزم "لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا بمرض ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعانة ولا بداء الفرج، ولا بشيء من العيوب"(1).

ويضيف الظاهرية أنه لم يصح في فسخ الزواج أي دليل في القرآن أو السنة، والأثر عن الصحابة، أو القياس أو المعقول(2).

وقولهم أن النكاح صح بكلمة الله وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، فقد أحل الله النكاح لزوجها، وحرّم مباشرتها وفرجها على من سواه، والذي يفرق بينهما يدخل في زمرة الذين ذمهم الله في الآية الكريمة "فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ"(3). كما استدلوا أيضاً بالآية: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"(4) ووجه الدلالة في هذه الآية أن مقاصد الزواج تحصين كل زوج للآخر، فإن امتنع الزوج عن ذلك قصداً أي وهو قادر عليه فقد أضرب بها ووجب منعه من ذلك، أما العاجز عن الوطء فلا يكلف بما لا يطيق(5). يُردُّ على استدلال الظاهرية بأن الآية الأولى في منع التفريق للعيوب استدلال في غير محله، حيث أن الآية نزلت في شأن السحر والسحرة.

أما الآية الثانية معناها أن الله تعالى لا يلزم النفس أكثر من طاقتها، وهذه الآية لصالح الزوجة حيث أنه إذا لم تستطيع البقاء على العلاقة الزوجية وتضررت لعيوب في زوجها فلا يكلف الله نفساً إلا وسعاً، وهذه قرينة من قوله تعالى "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"(6).

موقف الظاهرية غريب فكيف يقولون أن العيوب إذا كان بالزوجة يكون للزوج مطلق الحرية إن شاء أبقى وإن شاء طلق كون العصمة بيده، كما يمكنه أن يتزوج بأخرى، في حين أن الزوجة تجبر على تحمل الضرر وليس لها الحق في طلب رفعه عنها، فهذا موقف بعيد عن حكمة التشريع(7).

كما استدلوا بما روى عن عروة بن الزبير، أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن امرأة رفاعة القرظي، جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبُت طلاقاً "أي طلقها ثلاثاً" وأناي نكحت بعده عبد الرحمان بن الزبير القرظي، وإن ما معه مثل الهدبة(8)، قال رسول الله عليه الصلاة والسلام

(1) ابن حزم المحلي، مرجع سابق، ص 109.

(2) محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 429.

(3) سورة البقرة، الآية 102.

(4) سورة البقرة، الآية 286.

(5) ابن حزم، نفس مرجع السابق.

(6) سورة البقرة، الآية 185.

(7) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، 1420-1999، ص 113.

(8) هذبة الثوب، طرفه وهذه إشارة إلى استرخاء عضوه التناسلي كطرف الثوب لا يغني عنها شيئاً، انظر:

-ابن جزي، غريب الحديث، المجلد 2، منشورات محمد علي بيوض دار الكتب العلمية، بيروت، 1425-2004، ص 492.

لعلك تريدان أن ترجعي إلى رفاعه؟ لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته⁽¹⁾، ووجه الدلالة عندهم أن المرأة جاءت تشكو إلى النبي عجز زوجها عن الوطئ وهي تريد مفارقتها، فلم يجبه النبي ولم يفرق بينهما، ولم يضرب له أجلا ويضيف أنصار هذا المذهب أنهم لا يمانعون في أن يطلق العنين زوجته إن شاء ذلك، وإنما الذي يمنعه هو أن يفرق بينهما على كره منه، لأن هذا لم يأت في القرآن ولا في السنة⁽²⁾، يردُّ على هذا الاستدلال أن هذا الحديث لم يرد في منع التفريق للعيب وإنما جاء ليبين حكم المطلق ثلاثا إذا تزوجت ولم يطأها زوجها ولو بسبب عدم القدرة عليه، فإنها لا تحل لزوجها الأول وهذا حكم رسول الله ﷺ، وبالتالي لا وجه لاستدلال الظاهرية بهذا الحديث لأنه استدل به في غير موضعه⁽³⁾.

الرأي القائل: بجواز التفريق للعيب بطلب من الزوجة

اتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة⁽⁴⁾ على جواز التفريق للعيب لصالح الزوجة إذا أصيب الزوج بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، واستدلوا بقوله تعالى: "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"⁽⁵⁾ وقوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار" وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: "وفر من المجذوم فرارك من الأسد"⁽⁶⁾ كما أجمع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنة".

أما في القياس فقد قيس النكاح على البيع، فكما أن البيع يُرد للعيب، فإن كان بالمبيع أو محل البيع عيبا فيجوز رده شرعا وقانونا، والتدليس في النكاح أخطر من التدليس في البيع لذلك فسخ النكاح أولى⁽⁷⁾.

2- أنواع العيوب الموجبة للتطليق عند الفقهاء وشروطها

هناك عيوب اعتبرها الفقهاء من موجبات الاستجابة لطلب المرأة التطليق من زوجها إذا كان مصابا بأحدها فما هي هذه العيوب؟

- (1) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني فتح الباري يشرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت، ص361.
- (2) ابن حزم المحلي، مرجع سابق، ص.
- (3) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 05 دار المعرفة بيروت د. ت. ن، ص95.
- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية لمقتصد، تحقيق عبد الله العبادي المجلد 3، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص1347.
- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 03، كتاب النكاح دار المعرفة، بيروت، لبنان 1426هـ، ص579.
- (4) شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص97.
- (5) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، الجزء 04، كتاب الطب، المكتبة السلفية القاهرة، ط 01، 1400هـ الحديث 5707، ص37.
- (6) محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص355.
- (7) الشافعي، الأم، ج 05، مرجع سبق ذكره، ص85.

أ- أنواع العيوب الموجبة للتطليق في الفقه الإسلامي

اتفق جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ على جوار التفريق للعيوب واختلّفوا في تحديد هذه العيوب.

الرأي الأول: قال أبو حنيفة وأبو سيف⁽²⁾ يحق للمرأة طلب التفريق للعيوب المانعة من استيفاء حقها من الدخول والوطء وهي الجب والعنة والخصاء، وإن وطئها ولو مرة بطل حقها في طلب التفريق وأضاف محمد بن الحسن الشيباني وهو من الحنفية⁽³⁾ الجنون والجذام والبرص⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: وهو قول جمهور الشافعية⁽⁵⁾، إلى جانب الجب والعنة وهي عيوب خاصة بالرجل أضافوا الجنون والجذام والبرص، وهي عيوب مشتركة بين الزوجين.

الرأي الثالث: وهو قول الحنابلة، فإلى جانب الجب والعنة أضافوا الجنون والجذام والبرص⁽⁶⁾.

الرأي الرابع: وهو قول المالكية⁽⁷⁾ إلى جانب الجب والعنة أضافوا الخصاء والاعتراض⁽⁸⁾ وهذه عيوب عند الرجل والجنون والجذام والعذيمة⁽⁹⁾ وهي عيوب مشتركة عند الزوجين.

الرأي الخامس: وهو رأي بين تيمية وابن القيم، حيث اعتبروا أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر ولا يحصل به المقصود من الزواج كالمودة والرحمة يوجب الفسخ دون حصر للعيوب⁽¹⁰⁾ بما في ذلك العمى، والخرس، والطرش، وانقطاع اليدين والرجلين أو إحداهما وهذا رأي قريب من حكمة التشريع الإسلامي⁽¹¹⁾.

-
- (1) كمل الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير ج4، دار الفكر بيروت، ص297.
- شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417، ص104.
- ابن قدامة المغني، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1405-1985، ص82 و85.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ، دار الفكر، بيروت، ط1، 1417-1996، ص484 وما يليها.
- ابن الهمام فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص35.
(3) الكاساني بدائع الصنائع، ج2، مرجع سابق، ص483 وما يليها.
- السرخسي المبسوط، المجلد 5، دار المعرفة، بيروت، عام 1402 هـ 1982م، ص97.
(4) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي دمشق، ط6، 1984، ص141.
(5) الشيرازي علي بن أحمد الفيروز أبادي، المذهب، ج2، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405-1975، ص49.
- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412-1991، ص177.
- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد ب حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419-1999، ص340.
(6) ابن قدامة، المغني، ج10، مرجع سابق، ص57 وما يليها.
(7) نفس المرجع السابق.
(8) الاعتراض: ارتداء عضو الرجل التناسلي.
(9) العذيمة: عند جمهور الفقهاء التغوط والتبول عند الجماع.
- حاشية الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص104. - لسان العرب، مادة (غوط) ج9، ص109.
(10) ابن قيم الجوزية، راد المعاد في هدي خير العباد، ج5، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418-1998، ص166.
(11) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص141.

خلاصة القول: القول الراجح هو القول بعدم حصر العيوب، أما بالنسبة للعمى والخرس والطرش وانقطاع الرجلين أو اليدين أو إحداهما فإنها ليست لا من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ولا من الأمراض المنفرة ولا المعدية، كما أنه لا يمكن إخفاؤها عند الخطبة، ويعتبر القول بعدم حصر العيوب الأصح لعصرنا هذا خاصة بعد ظهور الأمراض الفتاكة التي لم تكن معروفة في الأزمنة السابقة، كمرض فقدان المناعة (الإيدز) والالتهاب الكبدي الوبائي والتهاب السحايا وكلها أمراض خطيرة ومعدية تجب إجراءات خاصة للاحتماء منها.

ب- شروط التفريق للعيوب: اختلفت أقوال الفقهاء فيما تعلق بالشروط الملزمة لطلب الزوجة التفريق وأهمها:

1- ألا تكون عالمة بالعيوب⁽¹⁾ وقت العقد أو قبله وهذا رأي جمهور الفقهاء⁽²⁾ واستثنى المالكية والشافعية زوجة العنن فلا يعتبر تمكينها له من الاستمتاع مع علمها بحاله رضى بعنته، فلا يسقط حقها في التفريق إلا بالقول الصريح⁽³⁾ ولا يتحقق ذلك إلا بعد الزواج⁽⁴⁾.

2- أن يوجد العيب عند العقد أو مرافقا له⁽⁵⁾، أما العيوب الطارئة فقد وجدت حولها أقوال:

القول الأول: وهو قول المالكية⁽⁶⁾ يمكن للزوجة طلب التفريق للعيوب التي تعتبر أشد إيذاء بالزوجة كالجدام والبرص والجنون ويقاس على ذلك العيوب الشديدة الإيذاء والمساوية لها في العلة.

القول الثاني: وهو قول الشافعية القديم ويثبت عندهم للزوجة الخيار فقط في العيوب بالزوج باستثناء العنة الحادثة بعد الدخول والوطء ولو لمرة واحدة⁽⁷⁾.

(1) الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص534.
(2) ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل الموجود، علي معوض، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1993م، ص179.
- شمس الدين محمد بن أحمد بن غرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 1417، ص103.
- ابن قدامة، ج10، مرجع سابق، ص61.
(3) الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص277.
- ابن قدامة المغني، ج10، مرجع سابق، ص61..
- حاشية الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص277.
(4) الكاساني، ج3، ص586، مرجع سابق.
- الدسوقي، مرجع سابق، ج3، مرجع سابق، ص277.
(5) ابن عابدين رد المختار، ج5، مرجع سابق، ص176.
- حاشية الدسوقي، ج3، مرجع سابق، 105. - ابن قدامة، ج10، مرجع سابق، ص55.
(6) الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص278.
(7) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص523.

القول الثالث: وهو قول الشافعية الحديث، والراجح عند الحنابلة⁽¹⁾ حيث يثبت لكل من الزوجين التفريق بالعيوب الطارئة باستثناء العنة.

-3- سلامة طالب الفسخ من العيوب.

-4- التأجيل في العيوب التي يرجى شفاها أو زوالها وتؤجل سنة⁽²⁾.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من طلب الزوجة التطلق للعيب

أعطى المشرع الجزائري حق طلب التطلق للزوجة بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المتوخى من الزواج، طبقا لنص الفقرة 2 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، بخلاف الزوج الذي له حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة. ولم يحدد القانون العيوب لا من حيث أنواعها ولا وقت حدوثها إن كان ذلك قبل إبرام العقد أم بعده⁽³⁾. وإنما حدد العلة التي بسببها يمكن للزوجة أن تطلب التطلق، فقط، وهي أن يكون من شأن هذه العيوب الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج الوارد في نص المادة 4 من قانون الأسرة التي أوردت أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب"، فالمشرع الجزائري اعتمد إطلاق العيوب، معتبرا أن كل عيب يحول دون تحقيق الأهداف المبينة في المادة 4 من قانون الأسرة، يؤخذ بعين الاعتبار لطلب الزوجة التطلق للعيوب متبنيا بذلك موقف بن تيمية وابن القيم في إطلاق العيوب وعدم تحديدها. وبذلك يكون المشرع قد أسند للقضاة سلطة واسعة في تقرير ما يعتبر عيوباً تحول دون تحقيق أهداف مثل عدم الإنجاب، وهذا موقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج هو لا يولد، أخبرها أنك عقيم وخيرها، وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط، ولا مغبونا بما غرر به أو غبن به⁽⁴⁾، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها⁽⁵⁾: "من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا...ومتى ثبت في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب طفلا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى طلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا

(1) ابن قدامة المغني، ج 10، مرجع سابق، ص 60 و 88.

(2) أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418-1997، ص 61.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 276.

- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 262.

(4) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سبق ذكره، ص 322.

(5) غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، الملف رقم 123571 بتاريخ 1999/02/06 المجلة القضائية عدد خاص سنة 2000، ص 119.

القانون تطبيقاً سليماً... " كما قضت في قرار آخر⁽¹⁾ أن عدم القدرة على الإنجاب من الزوج يعد سبباً شرعياً كافياً لتطليق الزوجة منه.

وهناك من الأمراض المكتشفة حديثاً، مثل نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) والفيروس الكبدي وبعض الأمراض الجلدية المزمنة، إضافة إلى كونها خطيرة ومعدية فهي أمراض منفرقة، ومثيرة للإشمئزاز، وتحول دون تحقيق الأهداف من الزواج، لذا يكون للزوجة الحق أن تدفع عن نفسها الضرر والأخطار المحتملة، بالتوجه للقضاء لوضع حد لهذه العلاقة الزوجية الغير المتكافئة، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها أنه: "من المقرر شرعاً أن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للطلاق بمجرد الإدعاء بها، بل لابد من معرفة مصيرها ومدى قابليتها للعلاج، وفي هذه الحالة لابد من ضرب أجل للمصاب بها لمعالجتها..."⁽²⁾، أما المدة التي تمنح للزوج لعلاج الأمراض التي يرجى شفاؤها فلم يحددها المشرع الجزائري، غير أن القضاء تبنى موقف الفقه المالكي، الذي يمنح للزوج مهلة سنة للعلاج تبقى الزوجة خلالها بجانبه فإن لم يشف بعد انتهائها يتم تطليقها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: "حيث من المقرر في الفقه الإسلامي وما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن اجتهاد القضاء استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق..."⁽³⁾.

لم يتطرق المشرع الجزائري لكيفية الإثبات مما يجعله خاضعاً للقواعد العامة، وفي هذه الحالات يتم الإثبات بواسطة الخبرة الطبية، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه "من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير المستمر الذي لحقها من بعلمها"⁽⁴⁾ خاصة في حالة إنكاره، فيحدد الطبيب في تقرير الخبرة مالا يمكن لأي طرف إنكاره⁽⁵⁾ خاصة مع تطور وسائل الكشف وتقدم العلم وقدرته على إثبات العيوب بدقة.

(1) غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا الملف رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22 المجلة القضائية العدد 2، سنة 1995، ص 92.

(2) المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، الملف رقم 26697 بتاريخ 1982/12/08 النشرة القضائية 1982 عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 62.

(3) المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، الملف 43784 في 1984/11/19 المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989، ص 73.

(4) المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، الملف 34767 في 1984/12/17 المجلة القضائية، عدد 1 سنة 1989، ص 92.
- المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، الملف رقم 43784، المرجع السابق، اعتمدت المحكمة العليا الشهادة الطبية كوسيلة إثبات في العيوب الجنسية.

(5) نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، ص 211.

الفرع الثاني: التطليق لارتكاب الزوج أفعالا ماسة بشرف الأسرة والتطليق لمخالفة أحكام قانون الأسرة

البند الأول: التطليق لارتكاب الزوج أفعالا ماسة بشرف الأسرة

نصت المادة 53 الفقرة 4 على: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، يقال الحكم على الزوج في جريمة وليس عن جريمة، ومهما يكن فإن حالة كهذه لا يوجد ما يقابلها عند فقهاء الشريعة الإسلامية مما يفرض معالجتها وفقا لقانون الأسرة الجزائري الذي يناء عليه يجب توفر الشروط التالية ليكون للزوجة طلب التطليق، بسبب الحكم على الزوج في جريمة ماسة يشرف الأسرة:

أولاً: صدور حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه على الزوج:

أي يجب أن يكون الزوج قد ارتكب فعلا مجرمان وتمت محاكمته وصدر ضده حكم يدينه وصار هذا الحكم نهائيا بعد استنفاده لطرق الطعن ، حتى ولو لم تكن العقوبة المسلطة على الزوج سالبة للحرية. وهذا على عكس ما كان معمول به قبل تعديل هذه الفقرة، حيث كان يشترط إلى جانب الإدانة أن تكون العقوبة سالبة للحرية ولمدة تزيد على السنة.

ثانياً: أن تكون الجريمة التي أدين بسببها الزوج فيها مساس بشرف الأسرة:

أي أن يكون الفعل المجرم الذي ارتكبه الزوج وأدين بسببه، من شأنه أن يمس بشرف الأسرة ولم يعرف المشرع ولم يحدد الأفعال المجرمة التي تعتبر ماسة بشرف الأسرة، غير أنه يفهم أن الفعل المرتكب من طرف الزوج المدان يشكل وصمة عار، في نظر المجتمع على جبين الأسرة وتدخل هذه الأفعال تحت الفصل: الجنايات والجنح ضد الأسرة، والآداب العامة المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون العقوبات وهي كثيرة، فيها جرائم التحريض على الفسق والدعارة؛ الاغتصاب، الشذوذ الجنسي، خطف الأطفال، وترجع السلطة التقديرية للقاضي فيما إذا كان الفعل المجرم المرتكب من طرف الزوج فيه مساس بشرف الأسرة، مما يعطي الزوجة الحق في المطالبة بالتطليق.

ثالثاً: استحالة مواصلة العشرة الزوجية بعد ذلك:

يعتبر هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة أنه يعدم أثر الشروط الأخرى⁽¹⁾ لذا كان من الأفضل عدم إدراج هذا الشرط، لأنه يكفي أن يكون الفعل المجرم فيه مساس بشرف الأسرة، وهي أفعال تصنف ضمن الجرائم المخلة بالآداب والأخلاق، والتي تجعل القلوب تنفر من مرتكبيها.

(1) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص293.

وهذا الشرط بدوره يخضع لسلطة القاضي التقديرية فيما إذا كانت مواصلة العشرة باتت مستحيلة أم لا.

البند الثاني- التطلاق لارتكاب الزوج الفاحشة

أجازت الفقرة السابعة(7) من المادة 53 بنصها على: "ارتكاب فاحشة مبنية"، للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها جراء ذلك، وقد انفرد المشرع الجزائري من بين التشريعات العربية بذلك، وقبل معالجة هذا السبب من أسباب حق طلب الزوجة التطلاق، نتطرق إلى تعريف الفاحشة.

أولاً: مفهوم الفاحشة لغة وشرعا

الفاحشة لغة مشتق من الفحشاء وهو كل ما زاد عن الحد المعقول⁽¹⁾ وهو ما عظم قبحه من الأفعال والأقوال⁽²⁾ وهو القبح من القول والفعل⁽³⁾ وهو الخطأ المخل بالآداب وبصفة خطيرة وجسيمة⁽⁴⁾. أما الفاحشة شرعا فتعني جميع الجرائم التي خصها الله تعالى بعقوبات محددة وهي: الحدود كالزنى، والسرقه، والردة⁽⁵⁾ كما يدخل في وصف الفواحش شرب الخمر⁽⁶⁾ ومن الصعب حصر الأفعال التي تتصف بالفحش، فقد وردت عدة آيات في القرآن الكريم تصور الفاحشة في عدة أمور منها قوله تعالى: " وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا " (7) وقوله سبحانه: " وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا " (8) وقوله تعالى: " قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا " (9) وقوله تعالى: " لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفُحْشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ " (10) وهناك العديد من الآيات التي ذكرت فيها الفاحشة⁽¹¹⁾.

ثانياً: الفاحشة كسبب للتطلاق في قانون الأسرة الجزائري

إن الأفعال التي تعتبر من الفواحش كثيرة ومتنوعة، فما هي الفاحشة التي يعنها المشرع الجزائري والتي إذا ارتكبها الزوج حق لزوجه طلب التطلاق منه؟

(1) المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط22، 1973، ص570.

- فضيل سعد، مرجع سابق، ص199.

(2) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص120.

(3) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، ص3355.

(4) بلحاج محمد العربي، ج1، مرجع سابق، ص305.

(5) باديس ذيابي، مرجع سبق ذكره، ص48.

(6) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص275.

(7) سورة الإسراء، الآية 32.

(8) سورة النساء، الآية 22.

(9) سورة الأعراف، الآية 33.

(10) سورة الطلاق، الآية 01.

(11) أنظر الآية 32 من سورة النجم والآية 15 من سورة الأنعام... وغيرها.

اعتبر شراح القانون أن الأفعال التي تعتبر من الفواحش، الزنى، الشرك بالله، والردة أو الاعتداء على قاصرة أو الانحراف عن الطريق السليم والقيام بسلوك إجرامي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع⁽¹⁾.

غير أن هذه الأفعال المذكورة من قبلهم والتي اعتبروا أنها تدخل ضمن مفهوم الفاحشة المقصودة في نص الفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري غير منطقية. لأن الشرك والردة هي أمور مدرجة في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري والخاص بموانع الزواج، فزواج المسلمة بغير المسلم مانع من موانع الزواج⁽²⁾ وشرك الزوج بالله وردته عن الإسلام من مبطلات عقد الزواج طبقا لنص المادة 32 من قانون الأسرة، أما الاعتداء على قاصرة أو الانحراف عن الطريق السليم أو القيام بسلوك إجرامي، فكلها أفعال مجرمة ومعاقب عليها في قانون العقوبات⁽³⁾، كما تنطبق على هذه الحالات الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة. ولقد أورد قانون العقوبات عبارة الفاحشة في نص المادة 337 المتعلقة بجريمة زنى المحارم، غير أن المقصود بمصطلح الفاحشة الوارد في نص هذه المادة من قانون العقوبات ليس هو المقصود في الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة التي يقصد بها زنى الزوج وهي جريمة يصعب إثباتها، وحتى في حالة توافر الأدلة تبقى الدعوى مشروطة بشكوى من الزوجة ويمكنها التنازل عنها في أي مرحلة تكون فيها.

أما شرب الخمر فتطبق عليه الفقرة 10 من المادة 53 التي تنص على حق الزوجة طلب التطليق للضرر، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يجب على الزوجة إثبات ارتكاب زوجها الفاحشة وإقناع القاضي بادعائها وهو الأمر الذي يكاد يكون مستحيلا.

وبناء عليه فإن الحالة الوحيدة التي تنطبق عليها هذه الفقرة، هي جريمة زنى الزوج الواردة في نص المادة 339 من قانون العقوبات⁽⁴⁾ ورغم أن هذا الفعل مجرما إلا أن إجراءات المتابعة بعد تحقق أدلة الإثبات لا تكون إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر، وأن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة كما تقدم، ونتيجة لهذا التحليل، يتضح أن المقصود بالفاحشة في هذا المضمار، هو زنى الزوج مع وجود دليل يثبت ذلك، ويمكن للزوجة أن تطلب التطليق في حالتين:

(1) بلحاج العربي، ج 1، مرجع سابق، ص 305.

(2) المادة 30 الفقرة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) المواد 334-335-336 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) تنص المادة 339 الفقرة 3 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب الزوج الذي ارتكب جريمة الزنى بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكه، ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر وأن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

(1) أن يضبط الزوج في حالة تلبس في جريمة زنى غير أن النيابة لا تحرك الدعوى العمومية لانعدام شكوى الزوج المتضرر، وبذلك تكون العدالة على علم بحدوث الجريمة، وبناء عليه تطلب الزوجة التطلاق لثبوت الجريمة التلبس.

(2) أن تتقدم الزوجة بشكوى، وبعد تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة وأثناء سيرها، تصفح الزوجة مما يوقف إجراءات المتابعة ثم تطلب التطلاق بناء على الأدلة التي تم إثباتها. لتفادي هذا اللف والدوران كان على المشرع إما التصريح بالفعل مباشرة أو إلغاء هذه الفقرة مادامت هذه الحالة تدخل ضمن الفقرة 10 التي تنص على حق الزوجة التطلاق للضرر المعتبر شرعا، وزنى الزوج ضرر معتبر شرعا بلا موارد.

البند الثالث: التطلاق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 53 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية؛ ومن بينها ما ورد بالفقرة 6 فمخالفة أحكام المادة 8 أعلاه" وتتضمن المادة الثامنة المشار إليها، شروط الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، فما هي هذه الأحكام الواردة في المادة الثامنة، التي إذا خالفها الزوج حق للزوجة أن تطلب بسبب مخالفته لها التطلاق؟ وقبل الإجابة على هذا التساؤل -ومادام الزواج بأكثر من واحدة يتم في حدود الشريعة الإسلامية- فما هي ضوابط التعدد في الشريعة الإسلامية؟ وهل يحق للزوجة طلب التطلاق بسبب زواج زوجها بأخرى؟

أولا- موقف الشريعة الإسلامية من التعدد وطلب التطلاق لذلك

كان نظام التعدد سائدا قبل الإسلام⁽¹⁾، وكل ما فعله الإسلام أنه قام بإصلاحه وتهذيبه وضبطه⁽²⁾.

(1) مشروعية التعدد

أ- مشروعية التعدد من الكتاب: ورد تشريع التعدد في القرآن الكريم في آيتين فقط من سورة النساء في قوله تعالى في الآية 3: "وإن خفتهم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتهم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم".

وفي قوله تعالى في الآية 129: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيمًا".

من خلال نص الآيتين الكريميتين نستخلص الأحكام التالية:

- إباحة التعدد في حدود الأربع كحد أقصى.

(1) محمد بن مسفر بن حسن الطويل الزهواني، تعدد الزوجات في الإسلام، إدارة الدعوى والإعلام، 2004، ص4.

(2) مصدفي السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، دمشق، ط6، 1984، ص18.

- أن التعدد مشروط بالعدل بين الزوجات ومن لم يكن متأكدا من قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأكثر من واحدة وإن فعل وهو واثق من عدم قدرته على العدل بينهما فإن زواجه صحيح لكنه آثم.

والعدل المشروط في الآية الأولى عدل مادي في المسكن والمأكل والمشرب والملبس والمبيت والمعاملة، لأن العدل الكامل غير مستطاع.

كما نصت الآية الأولى على شرط ثالث وهو القدرة على الإنفاق على الزوجة الثانية وأولادها كما يظهر في تفسير قوله تعالى "ألا تعولوا" أي لا تكثروا عيالكم وتصبحون غير قادرين على تأمين النفقة لهم⁽¹⁾، والأرجح أن العول هو الظلم والجور⁽²⁾.

توضح الآية الثانية أن العدل في الحب والميل القلبي والعاطفي بين النساء غير مستطاع، والله يغفر للعبد ما لا يدخل تحت طاقته من ميل قلبي، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يميل في آخر عهده، إلى عائشة أكثر من سائر نسائه ولكنه لا يخصصها بشيء دونهن أي بغير رضاهن وإذنهن وكان يقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك"⁽³⁾.

يجب على الزوج ألا ينصرف كلية عن زوجته فيزورها كالمعلقة⁽⁴⁾ فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة.

من خلال الآيتين السالفتين يتضح أن أمر التعدد، مضيق فيه أشد التضيق كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لمحتاجها، على شرط النفقة وإقامة العدل والأمن من الجور⁽⁵⁾.

ب- مشروعية التعدد من السنة: لم يرد في التعدد أحاديث تخصه بالترغيب، بل تظهر مشروعيته من خلال ما فعله عليه الصلاة والسلام مع من أسلموا وهم متزوجون بأكثر من أربع نساء، حيث أمرهم عليه الصلاة والسلام بالإبقاء على أربعة ومفارقة الأخريات وهم:

- قيس بن ثابت عندما أسلم بثمان زوجات⁽⁶⁾.
- غيلان بن سلمة الثقفي أسلم بعشر زوجات⁽⁷⁾.
- الحارث بن قيس بن عميرة ثمان زوجات⁽⁸⁾.

(1) أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، دار الكتب المصرية 2003، ص 21.

(2) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج 1، دار القرآن الكريم، بيروت، ط 4، 1981، ص 259.

(3) الشيخ محمد عبده، تأليف محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار، ج 4، ط 3، 1367 هـ، ص 348-349.

(4) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ص 407.

(5) الشيخ محمد عبده، مرجع سابق، ص 349.

(6) شرح سنن ابن ماجه، الحديث رقم 1952، ج 1، ص 628.

(7) سنن ابن ماجه، الحديث رقم 1953، ج 1، ص 627.

(8) البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، الحديث رقم 13846، ص 242.

ج- مشروعية التعدد من الإجماع: أجمع الصحابة وفقهاء الإسلام على جواز التعدد بالضوابط الشرعية⁽¹⁾، أي أنه مباح وليس واجبا حيث يمكن لولي الأمر تقييده وليس منعه، فقد شاعت عن استعماله المطلق دون تقييد ضابط، بعض المساوئ والنتائج السلبية⁽²⁾، وهذا التقييد يتماشى مع قاعدة "تقييد المباح" التي يملكها ولي الأمر كما فعل عمر رضي الله عنه في إنكاره زواج بعض الصحابة بكتائبيات رغم جوازه شرعا مراعاة للمصلحة العامة⁽³⁾.

والخلاصة أن إباحة الشارع الحكيم لأمر كهذا لا يخلو من مصلحة يعلمها هو، والراسخون في العلم، ولقد أثبتت الأحداث التاريخية ضرورة استعمال هذه الإباحة عند الأزمات فلقد لجأت إليه ألمانيا رغم بعدها عن الدين الإسلامي، وإنما أملت عليها الحاجة، وإيران بعد حربها مع العراق. فهو باب مفتوح للأمة الإسلامية يمكن ولوجه عند الحاجة والضرورة الملحة.

(2) موقف الشريعة الإسلامية من طلب الزوجة التطليق للزواج بأخرى

ورد في الشرح الكبير للدسوقي والدردير أنه ليس من الضرر تزويجه عليها⁽⁴⁾ وعليه لا يحق للزوجة طلب التطليق لمجرد الزواج بأخرى، وإنما الضرر قد يحدث بعد ذلك، فإذا لحقها ضرر فعلي مادي أو معنوي من الزوج أو كانت حياتها منغصة مع زوجها، وطبقا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" لها أن تطلب الطلاق وإذا رفض وامتنع فلها أن ترفع أمرها للقاضي الذي يجوز له أن يطلقها إذا ثبت لديه صحة ما تدعيه.

ثانيا- موقف قانون الأسرة من التعدد وحق الزوجة في التطليق لذلك

منح المشرع الجزائري المرأة حق طلب التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري إذ تضمنت هذه المادة الشروط الواجب توافرها في من يريد التعدد، فما هي هذه الشروط التي في حالة مخالفتها حق للزوجة طلب التطليق؟

1- شروط التعدد في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 8 من قانون الأسرة على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر 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 لكان ومسكن الزوجية.

(1) عبد الواحد وافي، المرأة في الإسلام، دار النهضة للطباعة والنشر، القاهرة، ص125 وما بعدها.

(2) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص14.

(3) يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001، ص191.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج 2، مرجع سابق، ص345.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخصَ بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".
يستخلص من نص هذه المادة أنه للزوج أن يتزوج بأكثر من واحدة بعد حصول على ترخيص من القاضي الذي يتأكد من توفر الشروط التالية:

- وجود المبرر الشرعي.
- القدرة المادية
- توفر نية العدل لدى الزوج
- إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها.
- موافقة الزوجة السابقة
- الحصول على الترخيص بالزواج من القاضي.

إن عبارة المبرر الشرعي عبارة غير واضحة ويكتنفها الكثير من الغموض من حيث:
(أ) عدم تعريف نوع هذا المبرر وماهيته، وهل هو متعلق بالزوجة كعيب أو مرض مثلا أم هو خاص بالزوج لم يعين هذا المبرر لا على سبيل المثال ولا على سبيل الحصر.
(ب) ما المقصود بكلمة شرعي في هذا المنوال؟ هل يقصد بها الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؟ وإذا كان الحال كذلك فالشريعة الإسلامية لا تضع هذه الشروط، هذا من جهة ومن جهة ثانية، المشرع الجزائري منح الترخيص بالزواج بثانية على موافقة الزوجة السابقة، مما يجعل شرط المبرر الشرعي، مع تقدم لا طائل من ورائه مادام شرط موافقة الزوجة السابقة قائما وهو شرط صعب المنال.
في حالة وجود المبرر الشرعي المعقول وقدرة الزوج المادية، لم يكن هناك مبرر لإضافة شرط موافقة الزوجة السابقة لمنح الزوج ترخيصا بالتعدد حفاظا على شمل الأسرة وتماسكها من جهة وعلى سلامة المجتمع من وقوع الزوج في الفاحشة وهو ما أخذ به المشرع المغربي⁽¹⁾، حيث نص على عدم الإذن بالتعدد إذا لم يثبت الزوج المبرر الموضوعي والقدرة المادية. ويلاحظ أن كلمة "الموضوعي" أقرب إلى الواقعية من مصطلح الشرعي. وحبذا لو يسلك المشرع الجزائري مسلك نظيره المغربي، في جعل المبرر موضوعي ولا يحتاج إلى موافقة الزوجة، والعكس صحيح، أي في حالة عدم إثبات الزوج للمبرر الموضوعي، يأتي شرط موافقة الزوجة السابقة وفي كلتا الحالتين يكون شرط القدرة المادية وإقامة العدل واجبا.

(1) المادة 41 من مدونة الأسرة المغربية.

2- حق الزوجة في طلب التطلاق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

إن ثبوت حق الزوجة في طلب التطلاق ليس التعدد في حد ذاته وإنما هو مخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة والمتعلقة بالتعدد، فإذا توافرت هذه الشروط وحصل الزوج على ترخيص من القاضي فلا مجال لطلب الزوجة للتطلاق في هذه الحالة، إلا إذا تضررت بعد ذلك إما من عدم إقامة العدل أو من الإهمال أو من أي ضرر يدخل تحت أحكام الفقرة العاشرة (10) من أحكام المادة 53 فيكون طلب التطلاق للضرر.

أما الحالة الواردة في نص الفقرة السادسة (6) من المادة 53 وهي مخالفة أحكام المادة الثامنة (8) أي أن هناك تدليس، وهو ما يتوافق ونص المادة 8 مكرر التي تنص على أنه: "في حالة التدليل يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق" ومعنى هذا أن الزوج إذا استعمل طرقا احتيالية من أجل التعدد كما هو جار في حالة الزواج العرفي وتثبيته بعد الدخول، يكون للزوجة السابقة إذا لم ترض بزواج زوجها من ثانية أن تطلب التطلاق وفقا لنص المادة 8 مكرر، وأن تطالب بالتعويض وفقا لنص المادة 53 مكرر.

البند الرابع: التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وبناء على نص هذه المادة أعطى المشرع الجزائري، في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، الزوجة حق طلب التطلاق إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج، ومما يبعث على التساؤل هل يكون للزوجة حق طلب التطلاق إذا أخل الزوج بالشروط الواردة في عقد رسمي لاحق، كما هو منصوص عليه في المادة 19 أم أن حقها في طلب التطلاق مقصور على مخالفة الشروط الواردة عند الزواج فقط، كما هو وارد في الفقرة التاسعة (9) من المادة 53 من قانون الأسرة؟ .

ستتم معالجة موضوع التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري.

1- الاشتراط في الفقه الإسلامي وحق الزوجة في طلب التطلاق لعدم الوفاء به:

اختلف الفقهاء حول هذا الموضوع بين مضيق وموسع⁽¹⁾، ولقد قسمت الشروط إلى صحيحة وباطلة، وشروط مختلف بشأنها.

(1) أبو زهرة، مرجع سابق، ص156.

أما الشروط الصحيحة فهي الشروط التي لا تتنافى ومقتضى عقد النكاح⁽¹⁾ بل تعتبر حكما من أحكامه وأثرا من آثاره⁽²⁾ مثل اشتراط المرأة النفقة أو حسن المعاشرة أو عدم تأجيل المهر،... فهي أمور ثابتة بمقتضى عقد الزواج موافقة لمقصوده⁽³⁾، ويجب الوفاء بها⁽⁴⁾ وهي لازمة للعقد لا تقتصر إلى شرط⁽⁵⁾.

أما الشروط الباطلة، فهي الشروط المنافية لعقد الزواج كونها تتضمن إسقاط حقوق واجبة في عقد الزواج، أو منهي عنها شرعا، واتفق الفقهاء على أن كل شرط مخالف لشريعة الله ويتنافى مع مقتضى العقد، لا يجب الوفاء به⁽⁶⁾ لقوله عليه الصلاة والسلام: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"⁽⁷⁾ كأن تشترط الزوجة على زوجها طلاق ضررتها⁽⁸⁾.

أما الشروط المختلف في صحتها: فهي الشروط التي لا هي منافي لعقد الزواج، ولا هي متوافقة معه، ولا وجود لدليل على وجوب الأخذ بها من عدمه، مثالها اشتراط الزوجة عدم الزواج عليها، أو عدم نقلها من بيتها أو بلدها أو خروجها للعمل⁽⁹⁾، يقول ابن قيم الجوزية في هذا المضمرة: "أن هناك فرق بين اشتراط طلاق الضررة، واشتراط عدم التزوج عليها، إن في اشتراط طلاق الزوجة السابقة إضرار بها وكسر قلبها وخراب بيتها وشماتة أعدائها، ما ليس في اشتراط عدم نكاح غيرها، وقد فرق النص بينهما فقياس أحدهما على الآخر فاسد، فاشتراط تطبيق الضررة شرط باطل لا يجب الوفاء به"⁽¹⁰⁾.

-
- (1) النووي روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 9، مرجع سابق، ص 505.
 - الصنعاني، ج 3، مرجع سابق، ص 234.
 - العسقلاني، ج 3، مرجع سابق، ص 345.
 - الدسوقي والدردير، ج 2، مرجع سابق، ص 345.
 (2) البخاري، ج 3، مرجع سابق، ص 465.
 - أبو داود، ج 6، مرجع سابق، ص 761.
 (3) الدسوقي والدردير، ج 4، مرجع سابق، ص 152.
 (4) العسقلاني، ج 3، مرجع سابق، ص 343.
 (5) الصنعاني، ج 3، مرجع سابق، ص 8.
 - عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط 1، سنة 1991، ص 228.
 (6) نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، بيروت، ط 2003، ص 95.
 - زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 74 وما بعدها.
 (7) النووي، شرح النووي على مسلم، ج 2، مرجع سابق، ص 546.
 - ابن حزم المحلي، ج 9، مرجع سابق، ص 517.
 (8) العسقلاني، سبل السلام، شرح بلوغ المرام، ج 3، مرجع سابق، ص 343.
 - سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص 463.
 - ابن قيم الجوزية، ج 5، مرجع سابق، ص 106.
 (9) محمود بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009، ص 458 وما بعدها.
 (10) علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 166.

ومعنى ذلك أن الشروط التي لا تتناقض ومقتضى العقد يجب الوفاء بها⁽¹⁾، وهذا هو موقف الحنابلة أنها شروط صحيحة يجب الوفاء بها⁽²⁾ ولها الفسخ إن أخل بها⁽³⁾، وعلة إجازة الحنابلة ليس إعطاء الزوجة حق الفسخ لتضررها من الزوج، وإنما علة ذلك وجوب الوفاء بالشروط في النكاح التزاماً. وتوسع الحنابلة في الأخذ بمبدأ حرية التعاقد وإنشاء الشروط التي تحقق مصالح الناس وتفي بأغراضهم، إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها⁽⁴⁾، واستدلوا بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..."⁽⁵⁾ وقوله ﷺ: "إن أحق الشروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج"⁽⁶⁾ فهذه الآية توجب الوفاء بما أحل الله من عقود وعهود⁽⁷⁾، وحرّم الغدر فيها⁽⁸⁾.

وليس العقد بين العاقدین إلا عهداً قد قيدت بأحكامه دمتها، ولهذا فالوفاء به نوع من الوفاء بالعهد⁽⁹⁾.

أما المالكية فذهبوا إلى عدم الوفاء بها إلا إذا اقترنت بيمين بطلاق أو عتاقة لزمه ذلك⁽¹⁰⁾، فالوفاء بها يكون لأجل اليمين وليس من أجل الشرط⁽¹¹⁾، أما الحنفية والشافعية فقالوا ببطالان الشروط وصحة العقد⁽¹²⁾.

يقول أبو زهرة في موقف الحنابلة "لو تركنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً في كل الأحوال لاضطربت الحياة الزوجية وذهب عنها ما يحاط بها من قدسية، فيعقد الزواج لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها، فإذا اشترطت الزوجة ألا ينقلها من بلدها وحكمت الظروف على الزوج، كمن اضطره

- (1) ابن قدامة المغني، ج6، مرجع سابق، ص384.
- (2) أبو العباس بن تيمية الفتاوى الكبرى، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987، ص78.
- (3) ابن قدامة، ج7، مرجع سابق، ص488 وما بعدها.
- (4) كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج، في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983، ص28.
- زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص66.
- (5) سورة المائدة، الآية 01.
- (6) البخاري الجامع الصحيح، المجلد الثاني، الأجزاء 3-4، دار طوق النجاة بيروت، لبنان، 1426، ص191.
- النسائي، السنن الصغرى، ج6، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، 1395، ص92.
- النووي، شرح النووي على مسلم ج2، دار السلام القاهرة، 1996/1416، ص546.
- الترمذي، الجامع الكبير، سنن الترمذي، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ص426.
- (7) محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص5.
- (8) كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص49.
- (9) محي الدين إسماعيل، نظرية العقد مقارنة بالقوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط3، سنة 1994، ص98.
- (10) ابن عبد البر، مرجع سبق ذكره، ص143.
- (11) أبو الوليد تاجي المنتقى، شرح الموطأ مالك، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص69.
- ابن رشد القرطبي، مرجع سبق ذكره، ص59.
- مالك بن أنس، الموطأ، ج3، مجموعة الفرقان التجارية، 2003، ص196 وما بعدها.
- (12) أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذاهب، ج5، ط1، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، 1997، ص229.
- الكساني، مرجع سابق، ص565.

عمله إلى الإقامة في مكان آخر غير بلدها، فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجته إليه وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس، فأى زواج هذا، وكيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الزوجين، وربما اختارت الانفصال عنه لهذا السبب فهدمت بذلك اللبنة الأساسية للمجتمع، والتي لا يسمح الشرع بهدمها إلا لأسباب قاهرة...وما يعيب المذهب الحنبلي هو استعمال الشروط بعد الدخول، أما إذا كان الفسخ قبل الدخول فالأخذ بهذا المذهب فيه فائدة"(1).

2- الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري وحق الزوجة في التطلق مخالفتها

تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري "إن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، من خلال نص هذه المادة يمكن للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي لها منفعة ومصلحة لهما، سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له، شريطة ألا تكون هذه الشروط مخالفة لأحكام قانون الأسرة طبقا لنص المادتين 32-35 من نفس القانون كما سيتم توضيحه لاحقا، وأعطى مثالين للشروط التي يمكن إدراجها وهي شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة، كونها من أكثر الحالات المتنازع بشأنها. وهناك من الشروط التي ذكرتها المحكمة العليا ولم يوردها قانون الأسرة فورد في قرار لها ذكر شرط البكارة، حيث قضت أن للزوج أن يشترط على الزوجة ما يشاء من الشروط، ومنها شرط البكارة على أن يكون ذلك قبل البناء(2). وفي قرار آخر قضت: "متى ثبت في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض، عرضوا قرارهم للقصور في التسبب مما يستوجب نقض القرار"(3). كما قضت في قرار آخر "تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها، يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج"(4).

من خلال هذه الأحكام يكون المشرع والقضاء قد سائرا موقف الحنابلة فيما تعلق بحق الاشتراط وعدم مخالفة الشروط لأحكام الشريعة الإسلامية إلا أن المذهب الحنبلي في حالة عدم الوفاء بالشرط يجبر الزوج أولا على الوفاء به قبل اللجوء إلى التفريق، بينما قانون الأسرة أعطى للزوجة حق طلب التطلق للإخلال بالشروط المدرجة في عقد الزواج مباشرة(5).

(1) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص15 وما بعدها.

(2) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 33715 بتاريخ 25-06-1984، م.ق، 1989، عدد4، ص99.

(3) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 243417 في 23-05-2000، م.ق، 1989، عدد4، ص109.

(4) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 358665 في 12-04-2006، م.ق، 2006، عدد1، ص491.

(5) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص172.

والسلطة التقدير للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه⁽¹⁾. وما يمكن ملاحظته في هذا الموضوع -الاشتراط في عقد الزواج- وفيما يخص اجتهادات المحكمة العليا أنها تارة تتبنى موقف المذهب الحنبلي الذي تبناه المشرع الجزائري وتارة موقف المذهب المالكي، ففي قرار لها "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تُحل حراما ولا تحرم حلالا، وبشرط ألا تناقض روح العقد، وحيث أن قضية الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت للزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديدة"⁽²⁾.

وفي قرار آخر "من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التعجيز لا يلتزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضية الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة، يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيда هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁽³⁾.

والتناقض بين الاجتهاديين واضح، حيث يبين عدم تقيد القاضي بالنصوص التشريعية، وإنما يقضي بحسب انتمائه الفقهي وحسب المذهب الذي يؤيده وبناء على السلطة التقديرية المخولة له. وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإن الفقرة 9 من المادة 53 أعطت للزوجة حق طلب التطلق إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها، بشرط عدم مخالفة هذه الشروط لمقتضيات عقد الزواج، إلا أنه إذا كان الشرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج، نجد أن المشرع الجزائري قد أدرج في هذه الحالة مادتين متعارضتين فتارة يبطل الشرط والزواج، وهذا طبقا لنص المادة 32 ثم في المادة 35 يبطل فقط الشرط ويبقى الزواج صحيحا.

وهذا تناقض صارح على المشرع تداركه بتعديل نص المادة 32 وذلك بإدراج عبارة قبل الدخول ليصبح النص كالتالي: "يبطل الزواج قبل الدخول، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

(1) بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 2008، ص207.

(2) م.ع، غ.أش، قرار رقم 51715 بتاريخ 03-03-1971، ن.ق، عدد2 لسنة 1972، ص39.

(3) م.ع، غ.أش، قرار رقم 51715.

ومن الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، ما تعلق بالأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما طبقاً لنص الفقرة 2 من المادة 37 من قانون الأسرة، وذلك درءاً للنزاعات التي باتت تطرح بحدة أمام القضاء بسبب خروج المرأة للعمل ومشاركتها في تكوين ثروة الأسرة، مشاركة ملموسة مما تسبب في اختلاط ذمتي الزوجين المالية خلال الحياة الزوجية، التي لا يثور المشكل أثناء قيامها عادة بنفس الحدة التي يثور بها عند انحلال الرابطة. إما بطلاق، فيطرح المشكل بين الزوجين، أو بوفاة الزوج ليطرح بين الزوجة وورثة الزوج إن لم يكن له ولد أو لم ينجبا ذكراً.

غير أنه إذا كان من المسلم به، من الناحية القانونية النظرية المحضة، إمكانية تصور إدراج الشروط المتعلقة بالأموال المشتركة بين الزوجية فإنه يصعب تصور ذلك من الناحية العملية في مناخ اجتماعي، كالمجتمع الجزائري لم يتعود الناس فيه على إنشاء أسرة فتية يقوم بناؤها منذ لحظاتها الأولى على فكرة المحاصة، وحذر كل طرف من الطرف الآخر بدلاً من القاعدة الشرعية الأساسية التي قوامها السكنية والمودة والرحمة بين الزوجين، إلا إذا أصبح نظام الاشتراط جزء لا يتجزأ من إجراءات عقد الزواج الشكلية، يطرح على المقبلين على إبرام عقد الزواج ليختاروا صيغة الاشتراط التي تناسب كل واحد منهم.

الفرع الثالث: التظليق للشقاق المستمر والضرر المعتبر شرعاً والتظليق خلعا

البند الأول: التظليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

تنص المادة 8/53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التظليق...، بسبب، الشقاق المستمر بين الزوجين" والمقصود بالشقاق أن كلا من الزوجين يفعل ما يشق على زوجه، حيث صار كل منهما في شق بالعداوة والمباينة⁽¹⁾، إلى درجة أنه لا يعود يعرف المسيئ منهما، ومن أجل تحديد ذلك ومعرفة سبب النزاع، أوجب القرآن الكريم بعث حكماً من أهله وحكما من أهلها لإصلاح ذات البين⁽²⁾، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة التي أوردته: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

يعين القاضي الحكّمين حكماً من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، ورغم هذا النص الصريح غير أننا لا نجد تطبيقه من طرف القضاء، وإلا كان يمكن بتطبيقه، تجنب الكثير من حالات فك الروابط الزوجية التي استشرى وقوعها في

(1) أحمد بن أحمد بن أبي بكر عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2، دار الشعب، القاهرة، ط2، 1972، ص143.

(2) سورة النساء، الآية 35.

المجتمع الجزائري، مما يتطلب من المشرع الجزائري أن يفرض تطبيق نص المادة 56 قبل الفصل في أي قضية من قضايا فك الروابط الزوجية بجميع أنواعها سواء أكانت طلاقاً أو تطلقاً أو خلعاً. ونتساءل عن ماهية التحكيم شرعاً وقانوناً وفي حالة عدم الوصول إلى اتفاق بين الزوجين رغم التحكيم هل يعطي ذلك الزوجة الحق في طلب التطلق؟ هذا ما سيتم التطرق إليه كالتالي:

1- نظام التحكيم عند الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي:

كما سبق يعتبر القرآن الكريم مصدر التحكيم لقوله تعالى: "إن خفتهم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها"⁽¹⁾. فمن له صلاحية تعيين الحكيمين في الفقه الإسلامي وماهي الشروط الواجب توافرها فيهما وهل للحكيم سلطة التفريق؟ ستنتم الإجابة على هذه التساؤلات في مايلي:

أ- من له صلاحية تعيين الحكيمين: اتفق الفقهاء على أن مهمة تعيين الحكيمين تسند للقاضي، فالخطاب في هذا الموضوع موجه للحاكم والقاضي نائب عنه⁽²⁾، ودليلهم في ذلك الآية السالفة الذكر، فالآية وردت في مسألة الشقاق وتعيين الحكيمين، مباشرة بعد نشوز الزوجة، فالخطاب لم يعد موجه للزوج وأن تعيين الحكيمين لا يكون إلا بعد فشل تلك السبل المبينة لمعالجة نشوز الزوجة⁽³⁾.

ب- شروط الحكيمين: وضع الفقهاء شروطاً معينة يجب أن تتوفر في الحكيمين وهي:

- أن يكونا من أهل الزوجين امتثالاً لقوله تعالى: "حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا..."⁽⁴⁾. لأنهما على علم بحال الزوجين والقدرة على الإصلاح بينهما⁽⁵⁾ وفي حالة عدم وجود الأهل أو عدم صلاحيتهم يمكن تعيينهما من الأجانب⁽⁶⁾ ذوي الخبرة⁽⁷⁾.

- أن يكون الحكيمين بالغين، عاقلين، عادلين⁽⁸⁾ واشترط المالكية والشافعية والحنابلة أن يكون الحكيمين ذكراً⁽⁹⁾.

ج- سلطة الحكيمين في التفريق: اختلف الفقهاء في سلطة الحكيمين هل تقتصر على الإصلاح أم

تتعداه في حالة عدم التوصل إليه إلى التفريق، إلى رأيين

(1) بدران أبو العنين، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 277.

(2) موفق الدين بن قدامة، ج 8، ص 167.

- الشربيني الخطيب، ج 8، مرجع سابق، ص 345.

(3) موفق الدين بن قدامة، نفس مرجع سابق، ص 167.

(4) سورة النساء، الآية 35.

(5) وهبة الزحيلي، موسعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 503 وما بعدها.

(6) ابن رشد الحفيد، ج 2، مرجع سابق، ص 1480.

- ابن حزم، مرجع سابق، ص 87.

(7) بدران أبو العنين، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 280.

(8) حاشية الدسوقي، ج 3، مرجع سابق، ص 212.

- الشربيني الخطيب، ج 3، مرجع سابق، ص 261.

(9) شرح الزركشي، ج 2، مرجع سابق، ص 450.

الرأي الأول: ويرى أنصاره أن مهمة الحكّمين الإصلاح، ولا سلطة لهما للتفريق بين الزوجين إلا إذا كانا وكيلين عنهما، وهذا موقف الحنفية والشافعية، وفي رواية عن الحنابلة⁽¹⁾ والظاهرية⁽²⁾. ودليلهم قوله تعالى في الآية 354 من سورة النساء السالفة الذكر أن الله تعالى ذكر الإصلاح ولم يذكر التفريق⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الرأي أنه على الحكّمين الاجتهاد في الإصلاح قدر الإمكان فإن تعذر ذلك فُرق بينهما وهذا رأي المالكية⁽⁴⁾ وقول عند الحنابلة⁽⁵⁾ واستدلوا على أن نص الآية السالفة يحدد حكّمين وليس وكيلين والحكّمين قاضيان ولو أراد الله تعالى وكيلين لذكرهما⁽⁶⁾ وذكر الله الإصلاح دون الفرقة لأنه الأفضل ولا يعني الاقتصار عليه⁽⁷⁾.

2- نظام التحكيم في التشريع الجزائري

إذا تبين للقاضي أن الشقاق المستمر مرده إلى اعتداءات الزوج وتجاوزات المتكررة على زوجته، كان السبب والضرر معلومين، فلا يثور أي إشكال، وبالتالي للقاضي إعمال الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها⁽⁸⁾ "ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وإن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلب التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة لطول الخصام وتعويضها، طبقوا صحيح القانون".

غير أنه على عكس هذه الحالة عندما تطلب الزوجة التطبيق لاشتداد الخصام واستمرار الشقاق بين الزوجين، دون أن يثبت الضرر لعدم تبين المسيئ من بين الزوجين للقاضي، وجب في هذه الحالة إعمال نص المادة 56 من قانون الأسرة التي توجب تعيين حكّمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها، حيث قضت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد

(1) ابن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 171.

- ابن الهمام، فتح القدير، ج 4، مرجع سابق، ص 244.

(2) ابن حزم المحلي، ج 10، مرجع سابق، ص 87.

(3) محمد علي الصابوني، روائع البيان، تفسير آيات الأحكام من القرآن، ج 1، مرجع سبق ذكره، ص 472.

- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2

(4) عبد الرحمان الصابوني، تفسير الأحكام، مرجع سابق، ص 761.

- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 79.

- ابن القيم، ج 5، مرجع سابق، ص 172.

- ابن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 171.

(5) ابن قدامة، ج 7، مرجع سابق، ص 244.

(6) ابن قيم الجوزية، ج 5، مرجع سابق، ص 172.

(7) عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 765.

(8) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 م ق. عدد خاص، 2001، ص 129.

محاولة الصلح من طرف القاضي، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما⁽¹⁾.

وبناء عليه يعتبر قرار التحكيم مرحلة ثانية بعد الصلح وذلك في حالة اشتداد الخصام. وفشل الصلح واشتداد الخصام يظهر من خلال تكرار الزوجة الخروج من بيتها لمختلف الأسباب وهي عديدة وغير محددة، ولجوءها المتكرر إلى القضاء.

والمادة 56 من قانون الأسرة واضحة وصريحة فيما يخص الحكمين فيجب أن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج للبحث في سبب الشقاق، والمتسبب فيه. فمهمة الحكمين الإصلاح فقط، وتقديم تقرير عن مهمتهما خلال شهرين أما التفريق فمن اختصاص القاضي الذي عينهما.

ملاحظة: كان على المشرع توضيح نظام التحكيم أكثر، لأنه لم يبين كيفية تعيين الحكمين في حالة عدم وجود أهل للزوجين ولأحدهما أو عدم كفاءتهما، وأن يكون الحكمين من أهل الإختصاص. غير أنه وطبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة، وعليه تضيف الأحكام الخاصة بالشريعة الإسلامية السالفة الذكر في هذا الشأن.

البند الثاني: التطبيق للضرر وما يدخل ضمنه (النشوز)

بعدما عدد المشرع الجزائي الحالات التي يسمح فيها للزوجة بطلب التطبيق في الفقرات من 1 إلى 9 من المادة 53 من قانون الأسرة، استحدثت الفقرة العاشرة التي تفتح المجال للمرأة في حالة الضرر المعتبر شرعا، وهذا لا يعني أن الحالات السالفة لا تشكل ضررا، وإنما هناك من التصرفات المحدثة المضرة بالزوجة، والتي قد تقع من الزوج فتصبح بها الحياة الزوجية جحيما لا يطاق.

والضرر هو من الضرر وهو ضد النفع والضرر بالضم الهزال⁽²⁾ وسوء الحال، والضرر الشدة وهي نقيض السراء⁽³⁾.

أما المفهوم الاصطلاحي للضرر فهو إلحاق الأذى بالغير في عرضه أو نفسه أو ماله، وعليه فالضرر الموجب لطلب التطبيق هو كل ما يلحق الأذى والألم ببدن الزوجة ونفسها أو يعرضها للهلاك⁽⁴⁾.

والضرر تصرف محرم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار" ويتحقق الضرر بسوء المعاشرة والإساءة للزوجة، كأن يضربها أو يكرهها على فعل المحرمات، وقد يكون ناتج

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25، مجلة القضاء العدد 3 سنة 1991، ص73.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، د.ت.ن، ص482.

(3) لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثولونية، بيروت، الطبعة 19، 1960، ص448.

(4) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء الثامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1412-1993، ص437.

عن سلوك الزوج المشين أو المخل بالأخلاق والآداب، وقد يكون الضرر ناتج عن نشوز الزوج ويتمثل أيضا في السب والشتم والإعراض عن زوجته. وستتم دراسة هذا الموضوع من خلال:

1- موقف الفقه الإسلامي من طلب الزوجة التفريق للضرر ونشوز الزوج.

2- موقف المشرع الجزائري من طلب الزوجة التفريق للضرر و نشوز الزوج.

1- طلب الزوجة التفريق للضرر ونشوز الزوج في الفقه الإسلامي: اتفق الفقهاء على تحريم الضرر، وعلى أنه من حق الزوجة أن يرفع الضرر عنها، ويجب على القاضي أن يأمر بإجراءات تعزيزية لتأديب الزوج بعدما يكون قد نهاه وهذبه وألزمه بحسب معاشرتها⁽¹⁾، إلا أنهم اختلفوا حول حق الزوجة في التفريق للضرر إذا طلبته.

ذهب الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ إلى أنه لا يمكن للزوجة طلب التطلق للضرر، وإنما لها فقط الحق، في طلب رفع الضرر عنها عن طريق زجر الحاكم للزوج، أما المالكية⁽⁴⁾ ومعهم الحنابلة⁽⁵⁾ وبعض الشافعية⁽⁶⁾، فقالوا إذا ثبت وقوع الضرر، للزوجة الخيار بين البقاء معه، وفي هذه الحالة زجر الحاكم له⁽⁷⁾ عن إضراره بزوجه⁽⁸⁾، وإذا لم يرجع وأثبت الضرر⁽⁹⁾ وبينته باعتراف من الزوج أو بالبنية، وكان الضرر مما يتعذر معه دوام العشرة، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، ورفض تسريحها، فإنه يطلقه طلاقاً بائناً⁽¹⁰⁾، وجاء في الشرح الكبير للدردير، ولها التطلق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعاً، كهجر بلا موجب شرعي، وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها، نحو يابنة الكلب، بنت الكافر، كما يقع من كثير من رعا ع الناس، ويُدبُّ الزوج على ذلك زيادة على التطلق ومن الضرر وطنها في دبرها⁽¹¹⁾ وقد يأتي الزوج بعض التصرفات التي تعتبر نشوزاً من جانبه، فيعالج بالوعظ والتهديد وربما التعزيز إن استدعى الأمر⁽¹²⁾، والعرف هو الفيصل في تحديد الضرر⁽¹³⁾ كما لا يشترط

(1) عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية، الطبعة 2، دار الفكر، ب.ب.ن، 1968، ص751 وما بعدها.

(2) شمس الدين السرخسي المبسوط، ج 5، مرجع سبق ذكره، ص219.

(3) الشربيني الخطيب، مرجع سابق، ص344.

(4) ابن حزي، مرجع سبق ذكره، ص160.

- حاشية الدسوقي، ج 3، مرجع سابق، ص213.

(5) موقف الدين بن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص168.

(6) الشربيني، مرجع سابق، ص344.

(7) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص292.

(8) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص440.

(9) ابن حزي، مرجع سابق، ص160.

- حاشية الدسوقي، ج 3، مرجع سابق، ص213.

(10) عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص236.

(11) الدسوقي والدردير، ج 2، مرجع سابق، ص245.

(12) عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق، ص751 وما بعدها.

(13) الدسوقي والدردير، ج 3، مرجع سابق، ص213.

تكرار الضرر لطلب التفريق، ويكفي إثبات حصوله مرة واحدة⁽¹⁾. ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾، ذلك أن الضرر محرم فإن وقع وجبت إزالته والحديث إخبار بمعنى النهي، أي لا يضر بعضكم بعضاً أو ينقصه شيئاً من حقه⁽³⁾.

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر، ترفض دعاؤها، وفي حالة تكرار الإدعاء، بعث القاضي حكمين، حكم من أهلها وحكم من أهله من أجل الإصلاح أو التفريق⁽⁴⁾.

2- موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر ونشوز الزوج: إن استحداث الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة يعتبر ميزة انفرد بها المشرع الجزائري من بين باقي المشرعين العرب، حيث تشمل هذه الفقرة كل الحالات التي يحق للزوجة طلب التطليق فيها إن هي تضررت من تصرفات زوجها ولم تشملها الفقرات السابقة. وهناك من التصرفات الضارة ما يجعل الزوج في حالة نشوز، إلا أن هذا النوع من الضرر تضمنته المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري، رغم أن مصطلح نشوز ارتبط بالمرأة إلى درجة أن أصبح خاصاً بها، ولم يعد يتصور أن الرجل يمكن أن يكون هو الآخر في حالة نشوز، رغم ما ورد في قوله تعالى: "وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"⁽⁵⁾، وللنشوز معنى واحد سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل وهو التمرد والنفور، أي الترك والجفاء حيث تشعر الزوجة بإعراض زوجها عنها وكراهيته لها وإصراره على ذلك⁽⁶⁾، واعتبر الفقهاء النشوز نوع من الضرر ويعالج بنفس الكيفية أي الوعظ والتهديد وقد يصل إلى التعزيز. ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى للزوجة في المادة 55 من قانون الأسرة، حق طلب التطليق، مع التعويض عن الضرر في حالة نشوز الزوج دون مراعاة إجراءات الصلح والتحكيم، مما يعتبر ثغرة في نص هذه المادة. لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للضرر، وإنما استعمال عبارة معتبر شرعا تحيل على التعريف الشرعي الإسلامي للضرر، وعليه فأى واقعة أو تصرف يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق⁽⁷⁾، وهكذا يكون المشرع قد فتح الباب واسعا لتقدير الضرر، ويكون بذلك للضرر مفهوم

(1) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص439.

- الدسوقي والدردير، مرجع سابق، ص245.

(2) محمد بن يزيد الغزويني، سنن ابن ماجه، ج2، كتاب الأحكام، الحديث رقم 2341 دار الفكر بيروت، سنة 1395هـ، ص784.

- ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، مؤسسة الريان الرياض 2003/1424، ص106.

(3) محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق الإسلامي، الطبعة الأولى مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر، بيروت 1996/1416، ص192.

(4) وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، مرجع سابق، ص495.

(5) سورة النساء، الآية 128.

(6) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص760.

(7) باديس ذيابي، مرجع سابق، ص46.

شخصي سيختلف من زوجة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر، إلا أن تقدير الضرر يعود لسلطة قاضي الموضوع فيما يعتبر ضررا بالنسبة للزوجة قد لا يعتبر كذلك في تقرير القاضي، وقد يتغير مفهوم الضرر من قاض إلى آخر، وبذلك تتضارب الأحكام ولتجنب ذلك لابد من وضع معايير تأخذ بعين الاعتبار عند تقدير الضرر فيكون على القاضي استنادا لذلك مراعاة هذه المعايير آخذا بعين الاعتبار حالة كل زوجين على حدة ومكانتهما.

فالضرر ولو كان خفيفا يعتبر ضررا متى كانت الزوجة من طبقة محترمة لم يتعود أفرادها على هذا النوع من التأديب⁽¹⁾.

واعتبرت المحكمة العليا بعض التصرفات الصادرة عن الزوج من قبيل الضرر المعتبر شرعا ومنها:

- تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية⁽²⁾.

- الضرب والجرح العمدي⁽³⁾.

- سوء المعاملة وعدم تحقيق الهدف من الزوج⁽⁴⁾.

خلاصة القول:

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع أهمل فكرة الإصلاح الواجب اعماله في جميع حالات فك الرابطة الزوجية وتعيين حكمين للإصلاح بعد محاولة الصلح التي بدورها يجب أن تتم من قبل لجنة مختصة مكونة من أطباء نفسانيين ورجال دين إلى جانب القاضي ويمنح الزوج مهلة لإصلاح نفسه، فإذا تحسن الوضع فيها ونعمت وإلا يوكل الأمر إلى الحكمين، مثلما أورده المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على سبيل المثال.

البند الثالث: التخليق خلعا

يعتبر الخلع وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية ممنوح للزوجة تلجأ إليه للتخلص من رابطة زواجه لا تريدها، وهو فراق بعوض يأخذه الزوج منها؛ ستنتم دراسة هذا الموضوع في بندين، من منظور الشريعة الإسلامية ومن حيث التشريع الجزائري.

أولا- الخلع في الشريعة الإسلامية

تجدر الإشارة أولا إلى أن الشريعة الإسلامية لم تبتدع الخلع، وإنما كان موجودا في الجاهلية وما كان من الشريعة الإسلامية إلا أن هذبته وضبطت أحكامه، وأول خلع وقع في الجاهلية أنه روي عن

(1) أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، القاهرة، 1998، ص140.

(2) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 50519، قرار 26-09-1988، م ف، عدد2، 1992، ص48.

(3) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 258555، قرار 23-01-2001، م ف، عدد2002، ص417.

(4) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 269594، قرار 18-07-2001، م ف، عدد2003، ص349.

غير أن ضرب الزوجة وجرحها بعد تعديل قانون العقوبات، بات يشكل جريمة معاقب عليها، إذا تقدمت الزوجة بشكوى ضد الزوج ولم تصفح عنه.

عامر بن الظرب، زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث، فلما دخلت عليه، نفرت منه، فشكا إلى أبيها، فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، ولقد خالعتها منك، بما أعطيتها⁽¹⁾.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية، ولما جعلت الطلاق بيد الرجل، جعلت الخلع بيد المرأة حيث يتفق الفقه أنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (كرهها)، وجعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (كرهته)⁽²⁾.

والخلع -بفتح الخاء- معناه النزاع⁽³⁾ والإزالة ويقال خلع فلان ثوبه خلعا أزاله عن بدنه ونزعه عنه، ويقال خلع الرجل امرأته وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه⁽⁴⁾ بمال⁽⁵⁾ والخلع خص لغة بإزالة الزوجية لأن كلا من الزوجين لباس للآخر⁽⁶⁾، وإذا فعل ما يزيل الزوجية فكأنهما نزعا ذلك اللباس عنهما⁽⁷⁾.

1- مشروعية الخلع: أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع⁽⁸⁾ وأدلتهم

أ- من الكتاب: قوله تعالى: "الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتهم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"⁽⁹⁾.

فالخطاب في الآية موجه للأزواج بآلا يأخذوا من أزواجهن شيئا على وجه المضارة وهذا هو الخلع الذي لا يصح⁽¹⁰⁾، فإذا جاء الظلم والنشوز من قبله وخالعتة، فهو جائز وآتم لا يحل له ما صنع⁽¹¹⁾، وفي نفس السياق جاء قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَنْدَحِبُوا بِبَعْضِ مَا ءَانَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"⁽¹²⁾ وقوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتُهُنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُنَّ حِينًا مَرِيئًا"⁽¹³⁾، ومعنى ذلك أنه إذا كان النشوز والفساد من قبل

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص482.

(2) ابن رشد الحفيد، ج3، مرجع سابق، ص90.

- باريس ذيابي، مرجع سابق، ص60.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص131.

(4) عبد الرحمن الجزيري، ج4، مرجع سبق ذكره، ص342.

(5) كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص188.

(6) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص342.

(7) نفس المرجع السابق.

(8) ابن قدامي، ج7، مرجع سابق، ص56.

- ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص199.

(9) سورة البقرة، الآية 229.

(10) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج4، مرجع سبق ذكره، ص73.

(11) نفس المرجع السابق.

(12) سورة النساء، الآية 19.

(13) سورة النساء، الآية 4.

الزوجة وأرادت أن تختلع بالتنازل عن مهرها، فلا إثم عليه في أخذه ولا إثم على الزوجة في بذله⁽¹⁾ إن هي خافت ابتعادها عن حدود الله، وحدود الله تعالى هي ما حده الله تعالى وفرضه على كل واحد من الزوجين من الحقوق، وأمر كلا منهما بالوقوف عنده وعدم مجاوزته، فمن الحقوق التي أمر بها الزوجة طاعة زوجها⁽²⁾.

ب- من السنة: روى البخاري من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ، فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن لا أطيقه، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام "أتريدين عليه حديقته" قالت نعم⁽³⁾، فقال رسول الله: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁽⁴⁾. فهم رسول الله عليه الصلاة والسلام قصد زوجة ثابت وحالتها، ففضى لها برفع الحرج عنها مقابل ردها صداقها، وهو أول خلع وقع في الإسلام⁽⁵⁾ حيث يبين الحديث أنه إذا كرهت الزوجة زوجها وخافت عدم طاعته أن تخالعه.

وجملة القول أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخشيت ألا تؤدي حق الله تعالى في طاعته، جاز لها أن تخالعه بعوض تفقدي نفسها منه لقوله تعالى في الآية السابق ذكرها⁽⁶⁾.

2- أركان الخلع: اتفق جمهور الفقهاء عدا الحنفية على أن أركان الخلع خمسة، الزوج، ملزم العوض، العوض، المَعْوَض، والصيغة.

أ- الزوج ويجب أن يكون أهل للطلاق.

ب- ملتزم العوض والمراد به الشخص الملزم بدفع المال سواء كانت الزوجة أو غيرها ويجب أن يكون أهلاً للتصرفات المالية.

ج- العوض وهو المال الذي يبذل للزوج مقابل العصمة وكل ما صح أن يكون صداقاً ومهرًا شرعاً يصح أن يكون مقابل الخلع.

د- المَعْوَض (البضع) الذي يملك الزوج الاستمتاع به، فإذا طلقها طليقة بئنة زال ملكه، فلا يصح الخلع.

(1) محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ص146.

(2) عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص348.

(3) ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، المجلد الثالث، ص1399.

(4) محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، الجزء الثالث، حديث رقم 4971، دار ابن كثير 1993/1414، ص2021.

(5) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص482.

(6) موقف الدين بن قدامة، المغني، الجزء السابع، مرجع سابق، ص246.

هـ- الصيغة وهو الإيجاب والقبول⁽¹⁾.

ثانيا- الخلع في التشريع الجزائري

تنص المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"⁽²⁾. اعتبر القضاة بداية أن الخلع عقد رضائي يشترط موافقة الزوج، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج بالخلع أمر وجوبي، وإن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان ثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق، لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع، يُعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع"⁽³⁾، وقضت في قرار آخر أنه في حالة اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما على المقدار، تدخل القاضي يكون لتحديد المقدار فقط⁽⁴⁾، وعدة قرارات أخرى اشترط فيها القضاة موافقة الزوج على الخلع⁽⁵⁾.

من خلال هذه الاجتهادات يظهر اعتماد المحكمة العليا فكرة أن الخلع عقد رضائي ولا يقوم إلا باتفاق الطرفين، وموافقة الزوج واعتمد هذه الفكرة الكثير من شراح القانون⁽⁶⁾.

إلا أنه من خلال القراءة المتأنية لنص المادة 54 قبل تعديلها لم يشترط المشرع موافقة الزوج على الخلع، وإنما اشترط الإتفاق على بذل الخلع، وفي حالة عدم الاتفاق على العوض، هنا يتدخل القاضي لتقديره على ألا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت صدور الحكم.

ثم عدلت المحكمة العليا عن موقفها وأصبحت تُقرُّ أن الخلع حق للزوجة، ولا يشترط فيه موافقة الزوج، حيث قضت في قرار لها "أن الخلع إجازته الشريعة الإسلامية، وكرسه قانون الأسرة سواء رضي الزوج أو لم يرض، فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بذلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى

(1) لمزيد من التفاصيل، أنظر:

- النووي، الجزء 7، مرجع سابق، ص383 ومايليها.

- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص352 ومايليها.

(2) القانون 84-11 المؤرخ في 4 رمضان 1404 الموافق لـ 09-07-1984 والمتضمن قانون الأسرة قبل تعديله.

(3) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الملف رقم 51728 بتاريخ 21/11/88 مجلة القضاة سنة 1990 العدد 4، ص72.

(4) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 36709 بتاريخ 22-04-1985 مجلة القضاة سنة 1989 العدد1.

(5) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 73885 بتاريخ 29-04-1991 مجلة القضاة سنة 1993 العدد2.

(6) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص264 وما بعدها.

- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص252.

موافقة الزوج⁽¹⁾ وفي قرار آخر "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا"⁽²⁾.

وبناء على ما سبق في تضارب الاجتهادات القضائية بين مؤيد لحق الزوج في الموافقة وبين رافض له تم تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة بالأمر 02-05⁽³⁾ وإعطائها توضيحا كما يلي "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. وإذا لم يتفقا الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

المادة واضحة وصريحة ولا تحتاج إلى شرح إلا أنها المادة الوحيدة الخاصة بالخلع، ولقد تبنى المشرع موقف المذهب المالكي إلا أن الفقه قيد هذا الحق بشرط أن يكون ذلك بسبب كراهية الزوجة لزوجها كما سبق توضيحه وليس بظلم منه بحيث إذا كان هو الذي دفعها إلى الاختلاع يكون بذلك آثم. وعليه لا بد من إضافة فكرة أن يكون الخلع باعتراف من الزوجة أنها كارهة لزوجها، وليست مرغمة على ذلك بضغط منه حتى تتنازل عن مهرها وحقوقها، ولم ينص المشرع الجزائري على أن تكون الزوجة أهلا للتصرفات المالية، أي لا تكون قاصرة، أو فاقدة الأهلية، كما ورد في الفقه. كما يمكن طرح التساؤل عما إذا كان يصح تنازل الزوجة عن الحضانة ونفقة المحضون، مع أن هذه حقوق لا يجوز التنازل عنها؟ وهل يجب تعيين الحكّمين سعيا لإصلاح ذات البين إذا لم ينفع الصلح القضائي، وعلى سبيل المقارنة فلقد أورد القانون المصري رقم 2000-01 الشروط التالية للحكم للزوجة بالخلع إذا طلبته⁽⁴⁾:

- 1- أن تبغض الزوجة الحياة مع زوجها، ولا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب ذلك.
- 2- أن تقتدي نفسها، وذلك برد المهر الذي أعطاه مع التنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية.
- 3- استحالة التوصل إلى الصلح بين الزوجين سواء من قبل المحكمة أو الحكّمين.
- 4- إقرارها صراحة ببغضها للحياة الزوجية والذي هو سبب رفع دعوى الخلع.

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الملف 115118 بتاريخ 19/04/1994 نشرة القضاة، العدد 52.

(2) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الملف 141262 بتاريخ 30/07/1997 مجلة القضاة العدد 1 سنة 1998.

(3) المادة 14 من الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم المادة 54 من القانون رقم 84-17 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(4) المادة 20 من القانون المصري رقم 2000-01.

الخاتمة

إن الكمال لله وحده، وكل من سواه ناقص، إلا من عصم من عباده، وكل أعمال البشر يعثرها الخلل والنقص، المستمد من طبيعة منجزها، وعليه فما أصبت في بحثي فبفضل الله وبتوفيق منه وحده، وما جنبته فيه الصواب، فلقصور ونقص طبيعي في نفسي، غير أنني أرجو من الله إن لم أُلْ أجري من اجتهد وأصاب، فأجر من اجتهد ولم يصب. وفي النهاية أضع بين يدي القارئ الكريم هذه الخاتمة، لأخلص إلى أن المرأة عانت أشكالاً وألواناً مختلفة من الحيف والجحود الإجتماعيين منذ القدم وعبر الحضارات الإنسانية المتعاقبة، فلم يكن ينظر إليها أكثر من وعاء يحمل وينجب الأطفال، وأداة من أدوات الزينة والترف ووسيلة لذة جنسية. بل إعتبرت من حبال الشيطان وأداة تثير الشهوات الجنسية وأن وجودها أكبر منشىء للأزمات. فكانت مجردة من جميع الحقوق، وتخضع للرجل خضوعاً تاماً وتعد من ممتلكاته. حتى سطع نور الإسلام مؤسساً لمبدأ المساواة بين البشر جميعهم دون أي تمييز من أي نوع كان، على أساس الجنس أو اللون أو العرق، فلقد وضع الوحي الرباني الموازين القسط للكرامة الإنسانية عموماً، لأن الله كرم الإنسان وانتشل المرأة طفرة واحدة من وهدة الإستعباد ورد لها كرامتها وحقوقها المسلوبة منها كاملة غير منقوصة، ورفع عنها ما كانت قد لحق بها من ظلم وحيف وأعلن بأعلى الأصوات وبأوضح العبارات، بطريقة لم يعهد البشر مثلها، أن للمرأة إنسانيتها وكرامتها الكاملة، مثلها في ذلك مثل صنوها الرجل، ورغم ما حققه الإسلام للإنسانية جمعاء من كرامة وعدل ومساواة بين البشر وترقية للمرأة وإعلاء لشأنها، فإنه ما عدا بعض المعتدلين، يرفض الغرب الاعتراف بذلك، والأمر طبيعي مادام الله قد نبأنا بذلك في قوله بالآية 120 من سورة البقرة: "ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم"، وحرف لن أداة نفي تفيد الدوام والإستغراق إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها لذا فالمستدرين لرضى اليهود والنصارى الطامعين فيه ليسوا سوى كراكض وراء سراب في فلات.

إن وضعية المرأة في مختلف المجتمعات الإنسانية جعلت من قضيتها، قضية عالمية تستلزم معالجة كونية، لأن آثار النظرة الدونية لها تسببت في تعطيل قوى أساسية عن المشاركة في عملية التنمية الشاملة المستدامة للمجتمعات البشرية قاطبة فضلاً عما أصابها هي كإنسان. لذا قام القانون الدولي العام على مبدأ المساواة التامة بين بني البشر عموماً وبين النساء والرجال بصفة خاصة.

بالنسبة للإتفاقيات الدولية.

النتائج:

إن بعض الإتفاقيات الدولية وعلى رأسها إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (cedaw) لا تُعير أي إهتمام لخصوصيات الأمم ومبادئها، خاصة الأمة الإسلامية، فتقوم بالضغط المتواصل، على الدول الموقعة عليها، ومن بينها الجزائر، لإرغامها على التخلي وهجر جميع مبادئها المستمدة من الشريعة الإسلامية، متدخلة في أدق خصوصيات الأمة وثوابتها وقيم المجتمع الراسخة منذ مئات السنين، وحتى المؤسسات الإجتماعية كالبرامج التعليمية والمدارس والمساجد، والاسرة، والإعلام، تحت ستار حماية المرأة وتطويرها. فالقارئ للتقارير الصادرة عن اللجان المكلفة بمراقبة تطبيق هذه الإتفاقيات، يستشف بوضوح رغبة معديها الجامعة في إجتثاث الدول الموقعة عليها من أصولها، وإختزال كل ما تراكم لديها عبر أحقاب الأزمات المتعاقبة، من موروثة عقائدية وثقافية، تكونت شخصيتها وتميزها عن غيرها، في معاهدة وقعت عليها بصفة إرادية، وتحفظت على ما شاءت منها، وتبقى لها الحرية والسيادة لتتسلخ منها متى رأت ذلك ضروريا، وهو أمر بات التفكير فيه بجد من الأهمية بمكان، لأن المفاضلة بين الثوابت التي تقوم على أساسها الأمة الجزائرية المسلمة، وتستمد منها القرآن والسنة، وبين بنود معاهدة حررها أشخاص لا يعترفون أصلا بهذه المبادئ، بل يناصبونها العداء، ويريدون فرض منطق، لا أرىكم إلا ما أرى، متبعين في ذلك سياسة خد وطالب، علما أن وسائل الضغط كانت نشأتها لاحقة للتوقيع على الإتفاقية الأصلية، هذه المفاضلة يجب ألا يكون لها أي محل من الإعراب في الجزائر بلد ملايين الشهداء.

الإقتراحات

- الإنسحاب من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (cedaw)
- تجنب التوقيع على هذا النوع من الإتفاقيات الماسة بثوابت الأمة، لسد الباب نهائيا أمام مصادر الضغوطات، وتجنب التهافت على ذلك دون ترو ودراسة متبصرة من طرف المختصين الأمناء.
- مواصلة العمل على تطوير وترقية المرأة، في ظل الفهم الصحيح الواعي للمبادئ الإسلامية، بعيدا عن أية ضغوطات خارجية.

بالنسبة للدساتير

النتائج:

لقد رسخت الدساتير الجزائرية المتعاقبة منذ الإستقلال مبدأ المساواة بين جميع المواطنين الجزائريين دون أي تمييز على أي أساس كان. ولم تتوقف التعديلات المتتالية عن ترقية المرأة ومنحها جميع الحقوق لتتواءم المكانة المناسبة لها، غير أن القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في

2012/01/12 المتعلق بتوسيع حضور مشاركة المرأة في المجالس المنتخبة على جميع المستويات، قد تم تطبيقه بطريقة متسارعة وغير مدروسة، أسفرت عن نتائج عكسية لا تشرف المرأة. لأن ترقيتها في مجال السياسي يجب أن تمر حتما عبر الإرتقاء بمستوياتها العلمية والفكرية والسياسية وليس كحاطب ليل، يحشد من هب ودب لملئ الفراغ.

الإقتراحات

- لترقية المرأة في المجال السياسي يجب فرض معايير علمية وفكرية وسياسية عالية وصارمة لإنتقاء المترشحات لإنتخابات المجالس المحلية والإقليمية والوطنية، وتجنب حشد من هب ودب من النساء، وحشرهن في قوائم لإكمال النسبة القانونية المشترطة.

- على الأحزاب أن تكون بمثابة هيئات إستقطاب للكفاءات العالية ومراقبة للرفع من مستوياتها السياسية.

بالنسبة لحماية المرأة في قانون العقوبات

جريمة الإغتصاب

النتائج:

يؤخذ على المشرع الجزائري أنه عند معالجة لجريمة الإغتصاب لم يراع سن الضحية وخصائص كل مرحلة عمرية وساوى في العقوبة بين من إرتكب جريمة إغتصاب على فتاة مميزة، ومن إرتكبها على طفلة صغيرة غير مميزة، رغم الإختلاف الصارخ بينهما في كل شيء، هذا من جهة. من جهة ثانية لم يأخذ بعين الإعتبار الآثار التي قد تترتب على هذه الجريمة مثل فض بكاراة الضحية، وحالة الحمل الناتج عن الجريمة.

أما في حالة نص المادة 326 من قانون العقوبات المتعلقة بزواج الخاطف من مخطوفته، ليفلت بذلك من العقاب، يلاحظ عدم توافق نص هذه المادة مع أحكام نص المادتين 9 مكرر والمادة 11 من قانون الأسرة المتعلقة بشروط عقد الزواج، لا سيما ركن الرضى والولي، أظف إلى ذلك تخفيف العقوبة. كما لم يتطرق المشرع إلى الحالة الغالبة الوقوع، وهي إقتران جريمة الخطف بالإغتصاب.

الإقتراحات

- تشديد عقوبة جريمة الإغتصاب لتصبح المؤبد بصفة عامة، والإعدام إذا إقتترنت بظرف من ظروف التشديد التالية:

- إذا وقعت على قاصر(مميز أو غير مميز)

- إذا إقتترنت بجريمة أخرى كالخطف

- إذا أفضت إلى الوفاة

- إذا إرتكبت من طرف أحد الأشخاص المحددين في نص المادة 337 من قانون العقوبات

- إلغاء نص الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات وتعويضها بعقوبة أشد

جريمة الفعل المخل بالحياة

النتائج:

هناك إختلاف في تحديد سن الرشد، ففي جريمة الإغتصاب حددت بأقل من ثمانية عشرة (18) سنة، بينما في جريمة الفعل المخل بالحياة حددت بأقل من ستة عشرة (16) سنة، ويلاحظ في الفقرة الثانية من المادة 334 من قانون العقوبات أنه بمجرد بلوغ القاصر ما بين ستة عشرة (16) سنة والتسعة عشرة (19) سنة، إذا كان الجاني من أصول المجني عليه تخفف العقوبة التي كانت، السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، لتصبح السجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات، وكأن بلوغ المجني عليه هذا السن ظرفا مخففا بالنسبة للجاني إذا كان من أصول المجني عليه، أي بات لعلاقة الأصول بالفروع أثر عكسي.

الإقتراحات

- رفع سن المجني عليه في جريمة الفعل المخل بالحياة المنصوص عليه في المادتين 334 و335 من قانون العقوبات إلى ثمانية عشر (18) سنة

- إلغاء الفقرة الثانية من المادة 334 من قانون العقوبات ليطبق نص المادة 337 من نفس القانون

جريمة التحرش الجنسي

النتائج

حسنا فعل المشرع الجزائري بتدراكه للنقص الذي كان يشوب التشريع فيما يتعلق بجريمة التحرش الجنسي، إذ عمد إلى توسيع مجال ارتكاب هذه الجريمة بعد أن كانت محصورة في العلاقة التي تربط الرئيس بالمرئوس، أي إشتراط علاقة التبعية لقيام الجريمة، غير أنه بقي يعاب عليه بعد التعديل أنه لم يجعل من علاقة التبعية ظرفا مشددا، رغم أنها علاقة خضوع يسهل على الرئيس إستغلالها للوصول إلى رغباته بسبب حاجة المرؤوسة لعملها.

الإقتراحات

-تعديل الفقرة الأولى من المادة 341 من قانون العقوبات، لتصبح علاقة التبعية في جريمة التحرش الجنسي ظرفا مشددا.

جريمة الإجهاض

النتائج:

لم يعالج المشرع الجزائري حالة إجهاض جنين الإغتصاب رغم ما له من آثار سلبية على الطفل بعد ولادته وعلى أمه وأسرته وحتى على المجتمع ككل.

الاقتراحات

- إدراج مشروعية إجهاض جنين الإغتصاب تحت حالة الضرورة مع الضوابط التالية:

- تحقق حالة الإغتصاب ومعاينتها من الجهات المختصة

- أن يتم الإجهاض فور زوال السبب

- أن يتم الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين

- أن تتم عملية الإجهاض تحت إشراف طبي مختص.

جريمة الزنى(الخيانة الزوجية)

النتائج:

حسننا فعل المشرع الجزائري إذ سوى بين الزوجين في العقوبة المقررة لجريمة الخيانة الزوجية، غير أنه يؤخذ عليه فيما يتعلق بعذر الإستفزاز المنصوص عليه في المادة 279 من قانون العقوبات الذي بسببه يقوم أحد الزوجين بقتل زوجه الذي يضبطه متلبسا بالزنى، فقد أهمل المشرع دليل الإثبات كما هو الحال في الشريعة الإسلامية التي تشترط أربعة شهود عدول يشهدون على الفعل.

الإقتراحات

-إضافة شرط البينة في عذر الاستفزاز بشهادة أربعة شهود عدول.

بالنسبة لحماية المرأة في قانون العمل

النتائج:

فيما يتعلق بحماية المرأة من الأعمال المتصلة بالإشعاعات النووية، قصر المشرع هذه الحماية على المرأة الحامل، والتي يقل عمرها عن ثمانية عشر(18) سنة وكان الأجدر جعل الحماية تغطي جميع النساء.

فيما يتعلق بمنع النساء و العمال القصر والمعوقين في الأعمال التي تفوق طاقتهم ولم يحدد القانون هذه الأعمال.

يلاحظ أن العقوبة المقررة في قانون العمل 11/90 والتي قد توقع على رب العمل، رمزية وغير رادعة. إجازة وفاة زوج المرأة العاملة قصيرة جدا، بالنظر إلى مدة عدتها المقررة شرعا.

يلاحظ أن فترة الرضاعة التي كان منصوص عليها في القانون 31/75 والمرسوم 302/82، أُلغيت في القانون 11/90 مما يعتبر تراجعاً عن هذا المكسب، رغم أن قانون الوظيفة العمومي ما زال ينص على ذلك.

حق الإستيداع كان مكفولا بموجب قوانين العمل السابقة ألغى في القانون 11/90 وبات خاضعا لإتفاق الطرفين، علما أن تكافئ إرادتي الطرفين مفقودة، وأن هذا الحق مازال مكفولا في قانون الوظيف العمومي.

الإقتراحات

- توسيع الحماية في الأعمال المتصلة بالإشعاعات النووية ليشمل جميع النساء.
- تحديد وتصنيف الأعمال التي تفوق طاقة النساء لتجنب العمل فيها
- تعديل الأحكام الجزائية الواردة في القانون 11/90 ورفع قيمة الغرامة للحد الذي يجعل رب العمل يأخذها بعين الإعتبار ويفكر مليا قبل الإقدام على مخالفة نص هذه المادة.
- إعادة إدراج إستفادة المرأة العاملة من فترة الرضاعة مثل زميلتها الموظفة تحقيقا للمساواة.
- إدراج الحق في الإستيداع في قانون العمل مثل ما هو الحال في قانون الوظيف العمومي تحقيقا للمساواة.

حماية المرأة في قانون الأسرة

الحقوق المالية

النتائج:

إن نفقة المطلقة ضئيلة جدا ولا تكاد تكفي لتغطية أهم عناصرها المتمثل في الطعام فما بالك بباقي مشمولات النفقة.

إن صندوق النفقة وُضع لفائدة المحضون عموما، أما المرأة فلا تستفيد منه إلا بالنسبة لنفقة المتعة، في حال طلاقها وبعد إستنفاد جميع الإجراءات القانونية اللازمة. بالنسبة للإعتداد ببيت الزوجية الذي هو حق من حقوق الله التي لا يجوز التنازل عنها، ويضمنه القانون بنص المادة 61 من قانون الأسرة إلا أن القضاة لا يحكمون به. بالنسبة لإحتساب مدة العدة، تنص المادة 58 من قانون الأسرة على إحتساب مدة العدة يبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، أي من تاريخ نطق الزوج به، وليس من تاريخ رفع الدعوى كما ورد في نص المادة 49 من قانون الأسرة مما يجعل المادتي في حالة عدم توافق.

الإقتراحات

- على القاضي مراعاة عدة جوانب حين تقدير مبالغ النفقة والمتعة، منها سن الزوجة ومدة الزواج والظروف الإجتماعية للزوجة.
- أما في حالة عدم قدرة الزوج المادية، فيقترح دعم النفقة من طرف المجتمع بواسطة صندوق الزكاة مثلا، وكذلك الحال بالنسبة لأرملة الفقير.

-أما فيما يتعلق بصندوق النفقة فيقترح توسيع مجال تغطيته ليشمل كل من له حكم بالنفقة على أن تصرف المبالغ لمستحقيها تلقائياً بمجرد صيرورة الحكم نهائياً، لتعود مصالح الصندوق فيما بعد على المدين بها.

-أما فيما يتعلق بواجب الإعتداد ببيت الزوجية فيجب فرضه تنفيذاً لحكم الله، وذلك فيه منح فرصة للأزواج للتصالح فيما بينهم.

-تعديل نص الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون الأسرة لتتوافق مع نص المادة 58 لتصبح كالتالي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم...دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تصريح الزوج بالطلاق" عوض ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

الحقوق غير المالية

النتائج:

إن إسقاط ركن الولي بالنسبة للمرأة الراشدة يعتبر من أسباب تخلي الأسرة عن واجب حمايتها ورعايتها، ومن العوامل المؤدية إلى التفكك الأسري.

لقد أعطى المشرع في نص المادة 53 من قانون الأسرة، الحق للمرأة في طلب التطلاق في حالات عدة، غير أنه خالف في بعضها أحكام الشريعة الإسلامية فضلاً على التناقض بين أحكام نفس المادة.

ففيما تعلق بحقها في طلب التطلاق للغيبة المنصوص عليه في الفقرة الخامسة، إشتراط المشرع إلى جانب غياب الزوج لمدة سنة فما فوق، أن يكون هذا الغياب بدون عذر ولا نفقة، فإذا توفّر أحد الشرطين، العذر أو النفقة، سقط حق الزوجة في طلب التطلاق. أي يمكن أن تبقى الزوجة لأكثر من سنة بدون نفقة، إذا كانت غيبة الزوج بعذر، دون أن يكون للزوجة الحق في طلب التطلاق خلالها. كما يمكن أن يغيب الزوج مدة تفوق السنة بدون أي عذر مشروع إذا ترك لزوجته نفقة، دون أن يكون لها الحق في طلب التطلاق أيضاً. وهو ما يتعارض مع أحكام الفقرة الأولى من نفس المادة، التي تنص على حق الزوجة في طلب التطلاق لعدم الإنفاق لمدة شهرين بعد صدور الحكم بوجوبه.

الفقرة السابعة من المادة 53، مبهمة، لأنها لم تحدد ما هي الفاحشة التي إذا إرتكبتها الزوجة يكون للزوجة حق طلب التطلاق، علماً أن فقهاء القانون إختلفوا في تحديد معنى الفاحشة.

الفقرة التاسعة من المادة 53 تعطي الزوجة حق طلب التطلاق مباشرة بمجرد إخلال الزوج بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج، دون محاولة إلزام الزوج بالوفاء بما إلتزم به في العقد من شروط، قبل أن يحكم للزوجة بالتطلاق وهو الأمر الذي يعمل به فقهاء الشريعة الإسلامية، حتى لا يكون هناك تساهل قد يفتح الباب أمام التفكك الأسري.

ويجب أن تكون الشروط المتفق عليها في عقد الزواج غير مخالفة لمقتضياته، أما إذا كانت الشروط مخالفة لمقتضيات العقد، فقد أورد المشرع المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة لمعالجة ذلك، غير أنهما متعارضتين ففي المادة 32 يبطل الشرط المخالف لمقتضيات العقد والزواج معا، وفي المادة 35 يبطل الشرط ويصحح الزواج.

في المادة 56 من قانون الأسرة لم يوضح المشرع فكرة وإجراءات التحكيم الواجب إتباعها لإصلاح ذات بين الزوجين.

بالنسبة لطلب الزوجة مخالعة زوجها يحدث في كثير من الأحيان أن يكون ذلك نتيجة تضيق زوجها عليها لدفعها وإرغامها على ذلك حتى تتخلى عن المطالبة بحقوقها القانونية الناتجة عن الطلاق التعسفي.

الإقتراحات

- إلغاء المادة 11 من قانون الأسرة والإكتفاء بنص المادة من 9 مكرر.
- تعديل الفقرة الخامسة من المادة 53 وذلك بإلغاء شرطي النفقة والعذر والإكتفاء بالغيبة لمدة سنة فقط.
- تحديد المقصود بالفاحشة الواردة في الفقرة السابعة من المادة 53.
- تعديل الفقرة التاسعة من المادة 53 ليصبح طلب الزوجة التطلاق لإخلال الزوج بالشروط الواردة في عقد الزواج، يمر حتما بالزام الزوج بتنفيذها ورفض هذا الأخير لذلك خلال مدة محددة.
- تعديل المادة 32 بإضافة عبارة: "قبل الدخول" لتصبح "يبطل الزواج قبل الدخول إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". وتعديل المادة 35 بإضافة عبارة "إذا تم الدخول" لتصبح "إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا إذا تم الدخول".
- فيما يتعلق بالصلح، قبل اللجوء إلى القضاء يتعين إنشاء مكاتب شبيهة بمكاتب الصلح أو مكاتب المصالحة في نزاعات العمل هدفها الإصلاح بين الزوجين، تتكون من مختصين في علم النفس وفي الشريعة وفي العلاقات الأسري. وفي حالة عدم توصلهم للصلح يوكل الأمر إلى حكم من أهله وحكم من أهلها، فإن لم يوجد فمن ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح، وفق الشروط المحددة في المادة 560، على أن يكون هذا الإجراء (محضر عدم الصلح) شرطا لقبول الدوة شكلا.
- على القاضي قبل الحكم بالخلع التثبت إن لم يكن لجوء الزوجة لطلبه بسبب تضيق الزوج عليها لدفعها لذلك، فإن ثبت له أن لجوء الزوجة لطلب الخلع كان نتيجة إمعان الزوج في التضيق عليها لدفعها إليه حكم على الزوج بجميع حقوق الزوجة الناتجة عن الطلاق التعسفي.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

المصادر باللغة العربية:

- 1- ابن العربي، أحكام القرآن، ج2، مطبعة السعادة، ط1، 1331هـ.
- 2- ابن جزي، غريب الحديث، منشورات محمد علي بيوض دار الكتب العلمية، بيروت، 1425-2004.
- 3- ابن حبان، صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414-1993.
- 4- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1419هـ.
- 5- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر الرياض، السعودية، ط2، 1999.
- 6- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية، ب س ن، ب ت ن.
- 7- أبو داود، سنن أبي داود، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، ب ت ن، ب س ن. /دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009.
- 8- أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين في الحديث، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411.
- 9- أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، 2003.
- 10- أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، دار الفكر، بيروت، ط2، 1957.
- 11- أبي بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام علي الكبير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1995.
- 12- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي ابو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، ب ت ن.
- 13- إسماعيل بن عبد الرحمان السدي الكبير، تفسير السدي الكبير، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1993-1414.
- 14- البخاري، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، ط3، 1987/1407.
- 15- البخاري، الجامع الصحيح، المكتبة السلفية القاهرة، ط1، 1400.
- 16- البخاري، صحيح الأدب المفرد، دار الصديق للنشر والتوزيع، ب.ب.ن، ط4، 1418-1997.
- 17- البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، ط1، 1412. /دار ابن كثير، 1414-1993.
- 18- البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط3، 1424-2003.
- 19- الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1335.
- 20- جلال الدين المحلي جلال الدين السيوطي، تفسير الجلالين بهامش المصحف الشريف، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ.
- 21- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر بيروت، ب س. /المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1355-1936.
- 22- زين الدين احمد بن عبد اللطيف الزبيدي، التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح، ج1، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط1، 1430-2009.
- 23- سنن الترميذي، الجامع الكبير، دار العرب الاسلامي، بيروت، 1998.
- 24- سنن الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412-2000.
- 25- سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، بيروت، ط21، سنة 1993.
- 26- شهاب الدين محمود بن عبد الله الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415.
- 27- الشيخ محمد عبده، تأليف محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار، مطبعة المنار، القاهرة، ط3، 1367هـ.

- 28- صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل، دار المعرفة، لبنان، د. س ن.
- 29- الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، دار هجر للطباعة، ط1، 1422-2001.
- 30- علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، 1986. / دار المعرفة، بيروت، 1379.
- 31- القرطبي، الجامع لأحكام البيان، تفسير القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/1964م.
- 32- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، دار الشعب، القاهرة، ط2، 1972.
- 33- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب س ن. / المكتبة الإسلامي، بيروت، ط6، 1987.
- 34- النسائي، السنن الصغرى للنسائي، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406-1986.
- 35- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392.
- 36- النووي، شرح النووي على مسلم ج2، دار السلام القاهرة، 1416/1996.

المراجع باللغة العربية:

- 1- إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، عالم الكتب، القاهرة، 1980.
- 2- إبراهيم حامد الطنطاوي، التقادم الجنائي وأثره في إنهاء الدعوى وسقوط العقوبة، دار النهضة العربية، 1998.
- 3- إبراهيم صبري، أحكام جرائم العرض، في الشريعة الإسلامية والقضاء المصري، دار مصر للطباعة، القاهرة، ط1، 1973.
- 4- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1995.
- 5- إبراهيم علي مصطفى النشار، الإسلام والمرأة، ط1، هيئة علماء الأزهر، 1981.
- 6- ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424-2003.
- 7- ابن المفلح، الفروع، دار الكتب العلمية بيروت، 1418هـ.
- 8- ابن المنذر النيسابوري، الإقناع، ط1، 1408هـ دون دار نشر.
- 9- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987. / دار المعرفة، بيروت، 1969.
- 10- ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1434-2012.
- 11- ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربية، بيروت، د.ت.ن.
- 12- ابن حزم، المحلى، دار الأفاق الجديدة بيروت، دون تاريخ الطبع.
- 13- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.
- 14- ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404-1984.
- 15- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1993م. / دار الفكر بيروت، ط2، 1412/1992.
- 16- ابن عبد البر، الاستذكار، دار الوعي، القاهرة، ط1، 1414-1993.

- 17- ابن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1405-1985. مكتبة القاهرة، 1968-1388
- 18- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1388، 1968.
- 19- ابن قيم الجوزية، راد المعاد في هدي خير العباد، ج5، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418-1998.
- 20- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419.
- 21- ابن واثم، مدكرات في القانون الجزائري، القسم الخاص، دار هومة، الجزائر، ط4، 2009.
- 22- أبو الحسن علي، بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، المطبعة البهية مصر 1317هـ.
- 23- أبو النصر مبشر الطرازي، المرأة وحقوقها في الإسلام، مطبعة دار عمر بن الخطاب، 1987.
- 24- أبو الهلال العسكري، الفروق اللغوية، دار العلم والثقافة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.
- 25- أبو الوليد تاجي المنتقى، شرح الموطأ مالك، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
- 26- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 1997.
- 27- أبو محمد عبد المالك بن هشام، السيرة النبوية، القسم2(الجزئين3-4)، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، مصر، ط2، 1375-1955.
- 28- أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، المجلد2، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1417-1997.
- 29- أبي بكر محمد بن عبد الله، ابن العربي الأندلسي، القبس في شرح موطأ بن أنس، المجلد 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ 1998م.
- 30- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم بيروت لبنان، ط1، 2005/1426. دار الشعب، القاهرة، د س ن.
- 31- إحسان زكي عبد القادر، الأسرة والطفولة، مكتبة غريب، مصر، 1985.
- 32- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط9، 2008.
- 33- أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1998.
- 34- أحمد إذ الفقيه، إشكالية الشغل النسوي، المرأة العاملة والقانون الاجتماعي المغربي، منشورات كلية الشريعة بأكادير، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1996.
- 35- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، القاهرة، 1998.
- 36- أحمد أمين، شرح قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، ط3، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، 1949.
- 37- أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفلق، الرياض، ط7، 1424-2003.
- 38- أحمد بن عمر بن الضحاك بن مخلد الشيباني، الآحاد والمثاني، دار الراية الرياض، ط1، 1991-1411.
- 39- أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418-1997.
- 40- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ط1، 1987.
- 41- أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2014.
- 42- أحمد حسين، الإسلام محرر المرأة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1968.

- 43- أحمد رشاد الهواري، شرح قانون العمل البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2010.
- 44- أحمد شوقي أبو خطوة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003.
- 45- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
- 46- أحمد شوقي الفنجري، الاختلاط في الدين وفي التاريخ وفي علم الاجتماع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1987.
- 47- أحمد عادل سركييس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي، القاهرة، ب.ت.ن.-
- 48- أحمد عبد الغني شاهين، الجناية على العرض بالفعل وعقوباتها في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1988.
- 49- أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقا لأحداث التعديلات، ط2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
- 50- أحمد غندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، ط4، 2010، ص.
- 51- أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط6، 1988.
- 52- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988.
- 53- أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة.
- 54- أحمد محمد عبد اللطيف عاشور وآخرون، التحرش الجنسي، أسبابه، تداعياته، آليات المواجهة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2008-2009.
- 55- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 56- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.
- 57- إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، دار غريب، القاهرة، 2006.
- 58- إدوارد غالي الذهبي، شرح قانون العقوبات الخاص، مكتبة غريب، القاهرة، ط2، 1976.
- 59- أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة أحمد لطفي السيد، منتدى سور الازبكية.
- 60- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ط1990.
- 61- أسامة عبد الله قايد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 62- إسحق إبراهيم منصور، قانون العقوبات الجزائري، جنائي خاص، في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- 63- أسعد السحمراني، المرأة في التاريخ والشريعة، دار النقاش، بيروت، ط2، 1997.
- 64- إسماعيل بن يحيى أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1410-1990.
- 65- أمير يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر تيزي وزو الجزائر، سنة 2010.
- 66- ألبير بابيه، تاريخ إعلان حقوق الإنسان، ترجمة دكتور محمد مندور، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م.
- 67- الإمام سحنون، المدونة الكبرى للإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415/1994.
- 68- أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 69- أميمة فؤاد مهنا، المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

- 70- أنتوني عدنز، علم الاجتماع مع مدخلات عربية، ترجمة وتقديم فايز الصياغ، مؤسسة ترجمات، بيروت، ط4، 2005.
- 71- أنور الجندي، التحديات في وجه المرأة المسلمة، دار الاعتصام، ط1، 1979.
- 72- أوقاسي لونيس، المرأة العاملة في مضمون الاتفاقيات الدولية.
- 73- أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، ط3، 2012.
- 74- إيرين خان، مصائرنا بأيدينا فلنضع حدا للعنف ضد المرأة، منظمة العفو الدولية، لندن، ط1، 2004.
- 75- باسمة كيال، تطور المرأة عبر التاريخ، عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1981.
- 76- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
- 77- بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.
- 78- بدران بدران أبو العينين، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- 79- بشرى قبيسي، المرأة في التاريخ والمجتمع، أمواج للنشر والتوزيع، بيروت، 1995.
- 80- بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، ط2، 2003.
- 81- البقيرات عبد القادر، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 82- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 83- بن الشيخ الحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، جرائم ضد الأشخاص والجرائم التطبيقية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط3، 2002.
- 84- بن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، مؤسسة الريان الرياض 2003/1424.
- 85- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 2008.
- 86- بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1335.
- 87- البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج1، دار المؤبد ومؤسسة الرسالة، د. ت. ن.
- 88- بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية، الرياض، ط1، 1999.
- 89- بول جوردن لورين، نشأة وتطور حقوق الإنسان الدولية، ترجمة احمد امين الجمل، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط1، القاهرة، 2000م.
- 90- بيترمونيك، ترجمة هنرييت عبودي، المرأة عبر التاريخ، ج1، دار الطليعة، بيروت، 1979.
- 91- بيهيم محمد جميل، المرأة في التاريخ والحضارة الغربية، دار الطليعة، بيروت، 1961.
- 92- تاج عطاء الله، المرأة العاملة في تشريع العمل الجزائري بين المساواة والحماية القانونية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2006.
- 93- التقدم الاقتصادي للمرأة، مجموعة التنمية الاجتماعية والاقتصادية لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ترجمة الدكتور بوسي اشتوي.
- 94- التليدي عبد الله، المرأة المتبرجة وأثرها السيئ في الامة، دار بن حزم، بيروت، ط2، 1990.
- 95- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، دار الوعي، الجزائر، ط2، 2010.
- 96- توفيق حسن فرج، قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص3410.

- 97- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 98- جابر عوض سيد، التكنولوجيا والعلاقات الاجتماعية، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 1996.
- 99- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424-2003.
- 100- جلال ثروت، نظم القانون الخاص، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1971.
- 101- جميل الشرقاوي، مذكرات في الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- 102- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1976.
- 103- حاشية القيلوبي على شرح المحلى، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، 1949.
- 104- الحافظ تقي الدين محمد علي المعروف بإبن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1924.
- 105- حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
- 106- حبيب الزيات، المرأة في الجاهلية، مطبعة المعارف، 1999.
- 107- حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1991.
- 108- حسن علي مصطفى حمدان، مكانة المرأة في الإسلام، شركة الشهاب الجزائر، د.ت.ن.
- 109- حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، مطبعة الأطلس القاهرة، 1979.
- 110- حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995.
- 111- حسني مصطفى، جرائم الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986.
- 112- حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، حقوق الطفل في التشريع الدستوري و الدولي و المدني و الاجتماعي و الاحوال الشخصية، منشأة المعارف الاسكندرية، 1973.
- 113- حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للنشر، الإسكندرية، سنة 1966.
- 114- حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 115- حسين إبراهيم صالح عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 116- حسين عبد الحميد أحمد رشوان، علم اجتماع المرأة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1988.
- 117- حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 2004.
- 118- حسين محمد مجموع، موسوعة العدالة الجنائية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ط4، 2003.
- 119- حسين مساحي، حقوق المرأة وواجباتها في الإسلام، المطبعة السلفية، 1934.
- 120- حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة نيويورك 1993م، A.94XIV.Vol.1, part1.
- 121- حمد عودة الحبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار وائل للنشر والتوزيع، ط2، عمان، 2012.
- 122- حمدي بدران، الآليات الدولية لحماية حقوق المرأة، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، سنة 2014.
- 123- الخولي البهي، الإسلام وقضايا المرأة المعاصرة، دار القلم، الكويت، ط4، 1984.
- 124- الدارقطني، سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ط1، 1424-2004.

- 125- الدراسة الاستقصائية لعام 1989 عن موضوع دور المرأة في التنمية، أجزاها مركز التنمية الاجتماعية والشؤون الإنسانية التابع لمركز الأمم المتحدة في فيينا، منشورات الأمم المتحدة رقم المبيع A89,IV2.
- 126- دينك متشيل، ترجمه ومرجعة، إحسان محمد الحسن، معجم علم الاجتماع، دار الطليعة، بيروت، ط2، 1986.
- 127- راشد راشد، شرح قانون العمل الجزائري، (علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء النصوص التشريعية الحديثة)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1986.
- 128- رجاء مكي، سامي عجم، إشكالية العنف، العنف المشرع والعنف المدان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر مجد، بيروت، الطبعة 1، 2008.
- 129- رحاب القدومي، حقوق المرأة في قانون العمل الأردني، منشورات المركز الإرشادي لحقوق المرأة، عمان، 2000.
- 130- رشا محمد حسين، التحرش الجنسي من المعاكسات الكلامية حتى الاغتصاب، دراسة سوسيولوجية، المركز المصري لشؤون المرأة، 2008.
- 131- رشاد محمد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
- 132- رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة وكيفية مواجهة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء، القانونية، ط 1، الإسكندرية، 2011.
- 133- رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بأحد الناس، منشأة المعارف الإسكندرية، ب ت ن.
- 134- رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم العام، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005.
- 135- رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ط1984.
- 136- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي للطبع والنشر، ط8، 1985.
- 137- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل، القاهرة، ط 17، 1989.
- 138- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الخاصة في القانون المصري، مطبعة الاستقلال الكبرى، 1985.
- 139- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 140- زين الدين الرازي، مختار الصحاح، ج1، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420-1999.
- 141- سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
- 142- سامي نجيب، التأمين عماد الاقتصاد القومي واقتصاديات الأسرة والمشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 143- سامية محمد فهمي، المرأة في التنمية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 144- سبتينو موسكاتي، الحضارات السامية القديمة، ترجمة السيد يعقوب بكر، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.ت.ن.
- 145- ستتراتشي راي، المرأة مركزها وأثرها في تاريخ العالم، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن.
- 146- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993/1414. /دار السعادة، مصر، ط1، 1324.

- 147- سعيد ابو الفتوح محمد بسيوني، الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، دار الوفاء للطباعة، المنصورة، ط1، 1988.
- 148- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر، القاهرة، ط4، 1962.
- 149- سليم نعام، سيكولوجية المرأة العاملة، أضواء عربية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.
- 150- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2000.
- 151- سناء حسين الخولي، الأسرة والحياة العائلية، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2011.
- 152- سهير يحيى، محمد علي قرني، العناية بالحامل بدنيا ونفسيا، المركز العربي للنشر، ب ت ن.
- 153- سهيل قاشا، المرأة في شريعة حمورابي، مكتبة بسام، الموصل، العراق، 1986.
- 154- سيد حسن البيغال، الجرائم المخلة بالأداب فقها وقضاء، مكتبة عالم الكتب، القاهرة، ط2، 1973.
- 155- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1397-1977.
- 156- سيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي، دراسة جنائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 157- سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1، 2004.
- 158- السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، عام 1411هـ-1990م.
- 159- الشاذلي مصطفى، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1986.
- 160- الشافعي، الأم، دار الفكر بيروت، ط2، 1983.
- 161- الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر بيروت، لبنان، ب ت ن.
- 162- شمس الدين ابو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412-1992.
- 163- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان 1426هـ.
- 164- شهبال دزي، العنف ضد المرأة، دراسة مقارنة في القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.
- 165- شهبال دزي، العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، دراسة تأصيلية وتحليلية وقانونية واجتماعية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- 166- الشوكاني، نيل الأوطار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1391-1971.
- 167- الشيرازي علي بن أحمد الفيروز آبادي، المهدب، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405-1975.
- 168- الشيرازي، القاموس المحيط، ج4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1952.
- 169- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان، ب.ت.ن، ب.س.ن.
- 170- صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان، بحث مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة، دار العالم للملايين، بيروت، 1979.
- 171- صلاح الدين عبد الباقي، إدارة الموارد البشرية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- 172- صلاح عبد الغني محمد، الحقوق العامة للمرأة، مكتبة الدار العربية للكتاب، 1998.
- 173- صلاح محمد أحمد دياب، الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، منشورات جامعة البحرين، المنامة، ط1، 2006.
- 174- طارق عزيز رضا، تجريم التعذيب والممارسات الشبيهة به، دراسة مقارنة في القانون العام والقانون الوطني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- 175- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، ط1، 2009.
- 176- الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، عام 1417.
- 177- عادل حسن، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1974.
- 178- عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 179- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2002.
- 180- عبد الحفيظ أوسوكين، قانون الأسرة والتطورات العلمية، جامعة وهران، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق 2007.
- 181- عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض في ضوء الفقه والنقض، دار الكتب القانونية، 1994.
- 182- عبد الحكيم فودة، جرائم العرض في قانون العقوبات، بحث علمي في ضوء وفضاء النقص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1، 2001.
- 183- عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنى في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الاسكندرية، 1985.
- 184- عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنى وجرائم الاغتصاب، هتك العرض، الفعل الفاضح، والدعارة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1989.
- 185- عبد الحميد الشواربي، شرح قانون مكافحة الدعارة والجرائم المنافية للأداب، المكتب القانونية منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- 186- عبد الحميد الشواربي، الإثبات في ضوء القضاء والفقه، النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 187- عبد الحميد ميهوب محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، 1999.
- 188- عبد الخالق النواوي، جريمة الزنى في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1973.
- 189- عبد الخالق نووي، التشريع الجنائي في الشريعة والقانون الوضعي، المكتبة العصرية، لبنان، 1973.
- 190- عبد الرب نور الدين، عمل المرأة وموقف الإسلام منه، دار الوفاء، ط2، سنة 1987.
- 191- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424-2002.
- 192- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979.
- 193- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية، ط 2، دار الفكر، ب.ب.ن، 1968.
- 194- عبد الرحمان بن عبد الخالق يوسف، الزواج في ظل الإسلام، الدار السلفية الكويت، ط3، 1408-1988.
- 195- عبد الرحمان محمد العسوي، الصحة النفسية والجريمة الجنائية، المكتب العربي الحديث، مصر، د ت ن.
- 196- عبد الرحمان محمد العسوي، سبل مكافحة الجريمة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2006.
- 197- عبد الرحمان محمد العسوي، علم النفس الجنائي، أسسه وتطبيقاته العلمية، الدار الجامعية، بيروت، 1990.

- 198- عبد الرحيم صدقي، إجهاض المرأة لنفسها - دراسة مقارنة- مكتبة النهضة المصرية، 1997.
- 199- عبد الرحيم صدقي، جرائم الشرف في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والفرنسي، مكتبة نهضة الشرق، ط1989.
- 200- عبد الرسول عبد الرضا، الوجيز في قانون العمل الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1978.
- 201- عبد السلام الترماني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، سلسلة عالم المعرفة الصادرة عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت، عدد 8، غشت 1984.
- 202- عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصبه للنشر الجزائر سنة 2003.
- 203- عبد السلام مقلد، الجرائم المتعلقة على شكوى والقواعد الخاصة بها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
- 204- عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
- 205- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 206- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دار البعث قسنطينة ط 2 سنة 1989.
- 207- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء -الزواج- دار الفكر العربي، القاهرة، ط1.
- 208- عبد العزيز عبد الله بن باز، فتاوى المرأة، الرياض، ط1، 1414هـ.
- 209- عبد العزيز عنيقي، محمد القري اليوسفي، محمد الشرقاوي: دراسة تحليلية نقدية لمدونة الشغل المرتقبة مشروع 1998، دار النشر للجسور، وجدة، 1999.
- 210- عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دراسة مقارنة للشريعة الإسلامية والدساتير العربية والاتفاقيات الدولية وأجهزة الرقابة وأحكام المحاكم الوطنية، ط1، عمان، 1987.
- 211- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 212- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2013،
- 213- عبد العزيز محمد محسن، المعاملة العقابية للمرأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، 2005.
- 214- عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1411هـ 1991م.
- 215- عبد الفتاح تقي، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ثالة للنشر، الجزائر، 1999-2000.
- 216- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، 1995.
- 217- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية القاهرة 1967.
- 218- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات القسم الخاص، دار المعارف الإسكندرية، ط7، 1996.
- 219- عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

- 220- عبد القادر بن محمد بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1356-1937.
- 221- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1993/1413.
- 222- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
- 223- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، دار الثقافة، عمان، 2003.
- 224- عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، علاقة الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، 2004.
- 225- عبد الله شحاتة، المرأة في الإسلام، بين الماضي والحاضر، الهيئة العامة للكتاب القاهرة، 1987.
- 226- عبد المتعال الجبري، المرأة في التصور الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 1986.
- 227- عبد المنعم إسحاق، الإعدام وليس الزواج للخطف والاعتصاب، جريدة الأهرام المصرية، 26-1992-02.
- 228- عبد المهيم بكر، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1968.
- 229- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 230- عبد الناصر محمد مغنم، الجدران المتصدعة، مجلة المجتمع الكويتية بتاريخ 1415/01/26.
- 231- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006.
- 232- عبد الواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 233- عبد الواحد وافي، المرأة في الإسلام، دار النهضة للطباعة والنشر، القاهرة، 1977.
- 234- عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، ط1، الكويت، 1975.
- 235- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، بيروت، لبنان، ط2، 1990.
- 236- عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنى بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، دار الصفا للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط2، 1992.
- 237- عثمان أمال عبد الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 238- عدلي عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957.
- 239- عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط1، سنة 1991.
- 240- العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت، 1414-1994.
- 241- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2013.
- 242- عز الدين عبد الدايم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، دار كردادة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2011.
- 243- عزيز السيد جاسم، المفهوم التاريخي لقضية المرأة، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 1986.
- 244- العسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 245- عصام محمد أحمد زناني، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، 1998.
- 246- عصمت الدين الهيلة، المرأة من خلال الآيات القرآنية، الشركة التونسية للتوزيع، 1979.

- 247- عقراوي ثلما ستیان ، المرأة ومكانتها ودورها في حضارة وادي الرافدين، بغداد، العراق، 1975.
- 248- علي إبراهيم حسن، التاريخ الإسلامي العام، مكتبة النهضة العربية، ط3، د.ت.ن.
- 249- علي أبو حجلة، الحماية الجزائرية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2001.
- 250- علي حسن الله، الفرقة بين الزوجين، وما تعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969.
- 251- علي راشد، موجز القانون الجنائي، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط1، 1951.
- 252- علي زكي العربي، المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط1، القاهرة، 1951.
- 253- علي شملال، السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص232.
- 254- علي عبد الواحد وافي، المرأة في الإسلام، مكتبة غريب، القاهرة، 1971.
- 255- علي عبد الواحد وافي، المساواة في الإسلام، دار المعارف، مصر، 1962.
- 256- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 257- علية حسن حسين، دور المرأة في تنمية المجتمعات الصحراوية، المجلة الاجتماعية، عدد خاص عن المرأة، 1986، القاهرة.
- 258- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 259- عمر رضا كحالة، أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1959.
- 260- عمر عبد السلام تدموري، السيرة النبوية لابن هشام، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1410-1990.
- 261- عمر يوسف حمزة، من قضايا المرأة في الإسلام، ط1، الدار المصرية اللبنانية، 1995.
- 262- عوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة وجرائم العرض في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب، القاهرة، المجلة الكبرى 1994.
- 263- عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 264- عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977.
- 265- غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان حرياته الأساسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 266- غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات لكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقى، بيروت، ط1، 2004.
- 267- غنيم إسمث ، المرأة في الغرب الأروبي في القرون الوسطى، دار المعارف، مصر، 1983.
- 268- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 269- غوستاف لو بون، حضارة العرب، ترجمة عادل زعيتر، الهيئة المصرية العامة، 1969.
- 270- فتوح عبد الله الشاذلي، الحماية القانونية لحق المرأة في الإنجاب، بحث مقدم في المؤتمر التاسع للمركز الدولي للخصوبة المنعقد في الفترة ما بين 25 و26 نوفمبر 2004.
- 271- فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

- 272- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1994 .
- 273- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط1986.
- 274- فواز عبد المنعم أحمد، الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي، المكتب العربي الحديث، المملكة العربية السعودية، 2001.
- 275- فوزي حبيش، الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين، بيروت، لبنان، 1986.
- 276- فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الشؤون الثقافية العامة، وزارة الإعلام، ط3، 1987.
- 277- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 278- قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2012.
- 279- القرطبي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412-1992.
- 280- القناوي الكبرى لابن تيمية، دار الغد العربي الطبعة 2، 1979.
- 281- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، ط1، 1417-1996.
- 282- كاميليا عبد الفتاح، سيكولوجيا المرأة العاملة، دار الثقافة العربية للطباعة، القاهرة، ط1، 1972.
- 283- كمال أحمد عون، المرأة في الإسلام، مطبعة الشعراوي طنطا، مصر، ط2، 1955.
- 284- كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
- 285- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر بيروت، ب ت ن.
- 286- كمال جودة أبو المعاطي مصطفى، عقوبة الجناية على النفس في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة، 1987.
- 287- كمال جودة أبو المعاطي، عقوبة الجناية على النفس في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، ط1987.
- 288- كمال مسعودة، مشكلات الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري 1986.
- 289- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج، في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983.
- 290- اللخمي، مختصر خلفيات البيهقي، مكتبة الرشد الرياض، السعودية، ط الأولى 1417/1997.
- 291- لوييزة شايد ولينة، المرأة العربية والعصر، ترجمة شوكة يوسف، دار الجيل، ب.ت.ن.
- 292- مالك ابن أنس، الموطأ، صححه ورقمه وأخرجه أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب المصري، د.ت.ن.
- 293- مالك بن أنس الأصبحي، ملحق المدونة الكبرى، دار الكتاب العلمية، بيروت، ط1، 1994.
- 294- مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجزائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 1980.
- 295- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، مصر، 1989.
- 296- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد ب حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو مختصر المزني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1419/1999.
- 297- مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، مطبعة دار عمر بن الخطاب، 1987.
- 298- المتنبي، قصيدة.
- 299- محسن عبد العزيز، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

- 300- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1414.
- 301- محمد أبو العلاء عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، دراسة في علم المجني عليه، دار الفكر العربي، 1991.
- 302- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1950.
- 303- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ب.ن.
- 304- محمد أحمد إسماعيل، التنظيم القانوني لعمل المرأة في القانون المصري المقارن (مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص)، دار النهضة العربية، 2000.
- 305- محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، س107.
- 306- محمد أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة القاهرة.
- 307- محمد إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوحيد، دار المنار، ب ب ن، ب س ن.
- 308- محمد الشحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1410/1990.
- 309- محمد الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، لبنان، ط7، 1414هـ.
- 310- محمد الطاهر بن عشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425-2004.
- 311- محمد الطاهر- محمد عبد العزيز، جرائم الاعتداء على العرض، المكتبة العالمية المنصورة، ط1990.
- 312- محمد الغزالي، الإسلام والأوضاع الاقتصادية، دار القلم، دمشق، ط2، 2005.
- 313- محمد الغزالي، قضايا المرأة، دار الهناء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 314- محمد أنس قاسم جعفر، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام والفكر والتشريع المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- 315- محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فعالية الإدارة، دار النهضة العربية القاهرة، 1973.
- 316- محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤسسة العربية للطباعة والنشر 1960.
- 317- محمد بن أحمد الرملي (الشافعي الصغير)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر بيروت، 1404-1985.
- 318- محمد بن أحمد بن جزيء الغرتاطي المالكي: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت 1974.
- 319- محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، 1990.
- 320- محمد بن مسفر بن حسن الطويل الزهواني، تعدد الزوجات في الإسلام، إدارة الدعوى والإعلام، 2004.
- 321- محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 322- محمد جميل فهيم، المرأة في الشرائع والتاريخ، بيروت، 1981.
- 323- محمد حسن أبو يحيى، اقتصادنا في ضوء القرآن والسنة، دار عمار، عمان، ط1، 1989.
- 324- محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 325- محمد حضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2010.

- 326- محمد حنفي محمود، الإدعاء المباشر في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 327- محمد خرشي أبو عبد الله، مختصر خليل، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، مصر، ط2، 1317هـ.
- 328- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ب.ت.ن.
- 329- محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1404- 1984.
- 330- محمد رفعت، تربية الطفل صحيا ونفسيا، من الولادة وحتى العاشرة، منشورات دار البحار، بيروت، ط1، 1986.
- 331- محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
- 332- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر الإسكندرية، 1985.
- 333- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1981.
- 334- محمد سعيد بنابي، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، مكتبة عالم الفكر، 2007.
- 335- محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- 336- محمد سلام زناتي، اختلاط الجنسين عند العرب، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1959.
- 337- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996.
- 338- محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، ط1، 1983.
- 339- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002.
- 340- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002.
- 341- محمد شلتوت، الفتاوى، دار الشروق، ط15، 1997م.
- 342- محمد شوقي الفنجري، المذهب الاقتصادي في الإسلام، دار الصحوة، القاهرة، ط1، 1405- 1985.
- 343- محمد صبحي نجم، رضى المجني عليه وأثر على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، مكتبة النهضة القاهرة، 1985.
- 344- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 345- محمد عبد الرحمن الأغيش، السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط1، 1417هـ.
- 346- محمد عبد الحميد الالفي، الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية، وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية، مصر، بدون دار نشر، 1999.
- 347- محمد عبد الرحمان آغا السليفاني، عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، كلية القانون والفقه المقارن، الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية في بريطانيا، 2003.
- 348- محمد عبد الشافي إسماعيل، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، دار المنار القاهرة، 1992.

- 349- محمد عبد المقصود، المرأة في جميع الأديان والعصور، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط1، 1983.
- 350- محمد عطية راغب، جرائم الحدود في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة القاهرة الحديثة، 1961.
- 351- محمد علي الصابوني: مختصر تفسير بن كثير، دار القرآن الكريم، بيروت، ط7، 1981.
- 352- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم، بيروت، ط4، 1981.
- 353- محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام- مكتبة رحاب، ط4، 1990.
- 354- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، قصر الكتاب البلدة. شركة الشهاب، الجزائر.
- 355- محمد علي قطب، التحرش الجنسي، اشتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2008.
- 356- محمد قري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، شرح لمحمد زيد الألباني، تحقيق محمد سراج وعلي جمعة، ط2، دار السلام، مصر، 2009.
- 357- محمد قطب، جاهلية القرن العشرين، دار الشروق، القاهرة، 1988.
- 358- محمد قلججي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988/1408.
- 359- محمد كامل الفقي، لا تظلموا المرأة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1985.
- 360- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق الإسلامي، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1996/1416.
- 361- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 362- محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 363- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 364- محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للتأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 1996.
- 365- محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1998.
- 366- محمد مصطفى القللي، المسؤولية الجنائية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1994.
- 367- محمد مصطفى النجار، تاريخ العرب قبل الإسلام، مطبعة الأزهر، 1952.
- 368- محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1985.
- 369- محمد مصطفى يونس، المسؤولية الفردية عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 370- محمد ناصر الدين الألباني. صحيح الترغيب والترهيب. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية. ط1. 14241-2000. ص650. حديث رقم 2484.
- 371- محمد نجيب توفيق حسن، الخدمة الاجتماعية مع الأسرة والطفولة، والمسنين، الكتاب الأول، مع الأسرة، مكتبة أنجلو المصرية، القاهرة، 1998.
- 372- محمود أحمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، دراسة مقارنة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1423-2002.
- 373- محمود سلام زناطي، المرأة عند قدماء اليونان، الكتاب الأول، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1958.
- 374- محمود سلامة جبر، الحماية الدولية والعربية للمرأة العاملة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 23، العدد الثاني، 2 جوان 1999، ص292.
- 375- محمود شريف سبيوني وآخرون، حقوق الإنسان، المجلد1، الوثائق العالمية والإقليمية، دار العلم للملايين، بيروت، 1989.

- 376- محمود صالح العادلي، الحماية الجنائية للالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ط2، 2002.
- 377- محمود صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، عمان، الأردن، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للتوزيع، 2002.
- 378- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958.
- 379- محمود محمود مصطفى، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط10، سنة 1983.
- 380- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دراسة النهضة العربية، القاهرة، 1988/1975.
- 381- محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، القاهرة، 1984.
- 382- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- 383- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، سنة 1982.
- 384- محي الدين إسماعيل، نظرية العقد مقارنة بالقوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط3، سنة 1994.
- 385- مدونة الإمام مالك، رواية سحنون عن بن القاسم، مطبعة السعادة، مصر، 1328هـ.
- 386- مراد بن سعيد، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- 387- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الكلام، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1375-1956.
- 388- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- 389- مزهر جعفر عبيد، شرح قانون الجزاء العماني، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأفراد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- 390- مصطفى الخشاب- دراسات في علم الاجتماع العائلي- بيروت- دار النهضة العربية، 1981.
- 391- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، دمشق، ط6، 1984/دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، 1420-1999.
- 392- مصطفى حنين، القانون الاجتماعي، علاقة الشغل الفردية، مطبعة سلبي إخوان، ط1، 2004.
- 393- مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط3، 1995.
- 394- معوض عبد التواب، قانون العقوبات، معلق عليه بأحكام محكمة النقض، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
- 395- منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009.
- 396- منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2011.
- 397- منال مروان منجد، الإجهاض في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 398- منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.

- 399- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983-1403.
- 400- مها عبد العزيز، مشاكل الطفل الطبية والصحية والتربوية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2005.
- 401- المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، المطبعة الحجرية بفاس، 1319هـ.
- 402- نابية أبوت، المرأة والدولة في فجر الإسلام، ترجمة وتعليق محمد عبد الغني حسن، 1943.
- 403- ناصر قاسمي، دليل مصطلحات علم الاجتماع، التنظيم والعمل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2011.
- 404- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000.
- 405- نبيل الحسيني النجار ومدحت مصطفى راغب، إدارة الأفراد والعلاقات الإنسانية، الشركة العربية للنشر، القاهرة، 1992.
- 406- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى الجزائر، ط2009.
- 407- نبيلة إسماعيل رسلان، حقوق الطفل في القانون المصري، مطبعة دار أبو المجد للطباعة، 1996.
- 408- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، بيروت، ط2003.
- 409- نصر فريد واصل، الوسيط في جريمة الزنى، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1976.
- 410- نهي القاطرجي، جريمة الاغتصاب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط2003، الأردن.
- 411- نواب الدين عبد الرب، عمل المرأة وموقف الإسلام منه، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط1988.
- 412- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412-1991.
- 413- النووي، روضة الطالبين، ج9، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412-1991.
- 414- هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط1، 2011.
- 415- هاني الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق، عمان، 2006.
- 416- هلال عبد الإله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة، بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 1989.
- 417- وحيد الدين خان، المرأة بين شريعة الإسلام والحضارة الغربية، ترجمة سيد رئيس احمد الندوى، دار الصحوة للنشر، القاهرة، ط1، 1994.
- 418- وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009.
- 419- وفاء بنت علي سليمان الحمدان، التفريق بالغيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، كنوز المعرفة، جدة، ط1، 1999.
- 420- وليام جيمس ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة زكي نجيب محمود وآخرين، دار الجيل، بيروت، 1988-1408.
- 421- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، 1985-1405.
- 422- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكرن سوريا، ط3، 2012.
- 423- يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.
- 424- يوسف حاشي، النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009.

425- يوسف دلاندة، قانون العقوبات (منقح وفق التعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001، مزود باجتهادات قضائية)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.

الرسائل والمذكرات الجامعية :

- 1- أحمد حافظ نور، جريمة الزنى في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1958.
- 2- أحمد رشاد أمين، التنظيم القانوني لعمل المرأة في قانون العمل المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
- 3- أسامة عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، سنة 2003.
- 4- ألبير صالح، الشروع في الجريمة في التشريع المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1949.
- 5- بوزيان سعاد، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجرائر، جريمة التحرش الجنسي، 2007.
- 6- خديجة بومهدي، الحماية الجنائية للمرأة في المنظومة القانونية العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق فاس، 2002-2003.
- 7- خياطي مختار، دور القضاء الجنائي الدولي في حماية حقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري في مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزيو، 2011.
- 8- خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2001.
- 9- دنيا محمد صبحي، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.
- 10- سمير الشناوي، الشروع في الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1971.
- 11- شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2001.
- 12- عبد الحليم بن مشري، الجرائم الأسرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الجنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008.
- 13- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1957.
- 14- عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران الساناي، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2004-2005.
- 15- عبد المهيم بكر، القصد الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1959.
- 16- عبد الوهاب العشماوي، الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1953.
- 17- فوزية عبد الستار على، المساهمة الأصلية في الجريمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1968.
- 18- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2009.
- 19- محمد سليمان مليجي، جريمة الاغتصاب في القوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ط1، 2002.
- 20- محمود أحمد أمان، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1994.

- 21- محمود بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009.
- 22- محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1971.
- 23- مصطفى عبد الفتاح أحمد لبن، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في سياسة الشرائع المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، ط1988.
- 24- مفلح بن مناجي السبيعي، السراية في الجنايات والعقوبات (دراسة مقارنة تطبيقية) رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، لكلية الدراسات العليا، قسم العدالة، 2008.

المقالات :

- 1- أحسن زقور، شبهات حول الصداق في قانون الأسرة الجزائري وعند الفقهاء، مجلة الحضارة الإسلامية، تصدرها كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، العدد 10، أبريل 2004.
- 2- أحمد حسن البرعي، تنظيم عمل المرأة وفقا لمستويات العمل الدولية والعربية، مجلة اتحاد الجامعات العربية، العدد 4 أكتوبر 1996، القاهرة.
- 3- أحمد رأفت تركي، حماية حقوق العاملة في التشريع المصري والمغربي، مجلة الميادين، العدد 4-5، 1989-1990.
- 4- أحمد رأفت تركي، حماية حقوق المرأة العاملة في التشريع المصري والمغربي، مجلة الميادين، العدد 4-5، 1989-2000.
- 5- إدوارد غالي الذهبي، جريمة التلقيح الصناعي في قانون العقوبات الليبي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، بنغازي، المجلد 3، 1973، ص67.
- 6- آلاء الجبوري، حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، مجلة الحوار المتمدن، العدد 2329 بتاريخ 2008/7/1.
- 7- آيت عيسى عيسى، مجلة الخلدونية في العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، تصدر عن جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد التجريبي 00، السنة الأولى، جانفي 2005.
- 8- بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المجلة القضائية، العدد 20، 2002.
- 9- بن عودة حسكر مراد، إجهاض المرأة المغتصبة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحقيقة، مجلة أكاديمية محكمة، تصدر دوريا عن جامعة ادرا، الجزائر، العدد 30، سبتمبر 1435/2014.
- 10- جلال إبراهيم، الإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع وفقا لقانون العمل الكويتي، دراسة مقارنة، منشورات مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، جامعة الكويت، 1989.
- 11- حسن صادق المرصفاوي، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، المجلة الجنائية القوتة عدد نوفمبر، سنة 1958.
- 12- دنيا مباركة، ضمانات الحرية النقابية من خلال التشريع الحالي ومدونة الشغل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 7، 2007.
- 13- دنيا مباركة، النظام الحمائي للمرأة العاملة في التشريع الاجتماعي المغربي، مجلة المناظرة، العدد الخامس، 2000.

- 14- زيد محمود العقابلية، حقوق المرأة العاملة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة المفكر العدد الثامن، نوفمبر 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.
- 15- سعد الدين الهلالي، إجهاض جنين الاغتصاب في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 413 السنة 37 محرم 1421 أبريل مايو 2000.
- 16- سمير ناجي، هنك العرض بالتصوير الخفي، المجلة الجنائية القومية، المجلد 16، مارس 1973.
- 17- صالح علي المرفدي، حماية المرأة من العنف من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريع الجنائي اليمني، مجلة جامعة عدن للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلة علمية محكمة، نصف سنوية، المجلد 9، العدد 17 ديسمبر 2005.
- 18- طريف شوقي محمد فرج، عادل محمد هريدي، التحرش الجنسي بالمرأة العاملة، دراسة نفسية استكشافية على عينات من العاملات المصريات، مجلة كلية الآداب، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، العدد 7، أكتوبر 2004.
- 19- عبد الحكيم محسن عطروش، حقوق المرأة بين قانون الأحوال الشخصية والشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة عدن، العدد 10، أكتوبر 2002.
- 20- عبد الحميد إسماعيل، العنف ضد المرأة، مجلة العربي، العدد 548، جويليا 2004.
- 21- عز الدين التميمي، حقوق المرأة ومكانتها في الإسلام، مجلة الزهراء، المجلد 2، العدد 8، يوليو 1995، منشورات جامعة آل البيت، عمان، الأردن.
- 22- مبارك عبد العزيز النويبت، نظرية الشروع في الجريمة، دراسة مقارنة، إصدار مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني، ط 2، 1994.
- 23- مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المرأة والعنف في المجتمع الجزائري، جامعة ورقلة، العدد 18 مارس 2015.
- 24- المجلة القضائية، عدد 2003، 2.
- 25- المجلة القضائية العدد 1 سنة 1998.
- 26- المجلة القضائية سنة 1989 العدد 1.
- 27- المجلة القضائية سنة 1990 العدد 4.
- 28- المجلة القضائية سنة 1993 العدد 2.
- 29- مجلة القضائية. عدد خاص، 2001.
- 30- المجلة القضائية. 1989 عدد 3.
- 31- المجلة القضائية. 1990 عدد 2.
- 32- المجلة القضائية، 1989، عدد 4.
- 33- المجلة القضائية، 2006، عدد 1.
- 34- المجلة القضائية، عدد 2، 1992.
- 35- المجلة القضائية، عدد 2002، 2.
- 36- المجلة القضائية 1991 عدد 1.
- 37- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2009.
- 38- المجلة القضائية 96، العدد 1.
- 39- المجلة القضائية العدد 3 سنة 1991.
- 40- محمد إسماعيل، حماية الأمومة في مشروع قانون العمل الموحد ومعايير العمل الدولية والعربية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية السنة 15، عدد جويلية 2001.
- 41- محمد السعيد رشدي، دراسة جرائم النساء، دراسة تحليلية، مجلة الأمن العام، العدد 75، مطابع كوستاتوماس، القاهرة.

- 42- محمد عطية راغب، العلاقة الجنسية في التشريع المصري، مجلة الأمن العام، العدد 20، ط1963.
- 43- محمود عبد السلام زناتي، مجلة العربي، عدد 173، أبريل 1973.
- 44- مريم عبد القادر السباعي، حقوق المرأة بين الجاهلية والإسلام، مجلة الزهراء، العدد 13 تصدرها كلية الدراسات الإسلامية، فرع البنات، جامعة الأزهر، دار المنار للطباعة، القاهرة بدون تاريخ.
- 45- مظهر العنبري، الإجهاض والقانون، مجلة الدراسات القانونية بجامعة قاريونس، المجلد الحادي عشر 1982-1986.
- 46- منى مؤتمن عماد الدين، العلاقات الأسرية من المنظور الإسلامي، مجلة التربية، العدد 153، السنة 34 يونيو 2005، دار الكتب القطرية، الدوحة.
- 47- النشرة القضائية 1972 عدد 2.
- 48- ياسر درويش وآخرون، جريمة الإغتصاب في التشريع المصري، دراسة تحليلية نقدية، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، المجلد 39، العدد 2.
- 49- يو علي ياسين، مطبات في مسيرة المرأة العربية على طريق التحرر والمساواة، مجلة الوحدة الصادرة عن المجلس القومي للثقافة العربية، باريس، السنة الأولى، عدد 9، يونيو 1985.

الدراسات والقوانين :

- 1- الدساتير الجزائرية 63، 76، 89، 96، 2015-2016
- 2- القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 يحدد كفاءات توسيع حضور تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج.ر عدد 1 بتاريخه 2012/01/14.
- 3- القانون رقم 04-15 المؤرخ في 27 رمضان الموافق 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.
- 4- القانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-15 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71.
- 5- القانون رقم 01-14 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 4 فبراير 2014م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-15 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات.
- 6- قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 7- القانون 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ح ر عدد 32 بتاريخ 18 أوت 1978.
- 8- القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ج س العدد 17 بتاريخ 1990/04/25.
- 9- الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويليا 2006 يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ح ر عدد 46 بتاريخ 16 جويليا 2006.
- 10- المرسوم التشريعي 94-10 المؤرخ في 26 ماي 1994 يحدد التقاعد المسبق، الجريدة الرسمية عدد 34 بتاريخ 01 جوان 1994.
- 11- المرسوم الرئاسي رقم 16/254 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1437 الموافق لـ 27 سبتمبر 2016م، يتضمن التصديق على التصريحات التفسيرية على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 58 بتاريخ 3 محرم لعام 1438 هـ الموافق لـ 5 أكتوبر سنة 2016.

- 12- المرسوم رقم 94-06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 يتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بصلوع أحد أقاربها في الإرهاب. -ج.ر عدد 11 بتاريخ 28 فبراير 2006.
- 13- المرسوم الرئاسي رقم 93-06 المؤرخ في 2006/02/28 يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية -ج.ر عدد 11 ليوم 2006/02/28.
- 14- المرسوم 132/86 المؤرخ في 18 رمضان 1406 الموافق لـ 1986/05/27 يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الإشعاعات الأيونية والقواعد المتعلقة بمراقبة حيازة المواد الإشعاعية والأجهزة التي تتولد عنها إشعاعات أيونية واستعمالها.
- 15- المرسوم 246/86 المؤرخ في 26 محرم 1407 الموافق لـ 30 سبتمبر 1986 المتعلق بالصندوق الخاص بتقاعد الإطارات العليا للأمم ج.ر عدد 40 بتاريخ 1986/10/01 ص 1648.
- 16- المرسوم 28/84 المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1404 الموافق لـ 11 فبراير 1984 يحدد كيفية تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون 13/83 المؤرخ في 2 يوليو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.
- 17- المرسوم 617/83 المؤرخ في 25 محرم 1404 الموافق 31 أكتوبر 1983 يتعلق بمعاشات الإطارات السامية في الحزب والدولة، ج.ر عدد 46 بتاريخ 11/8 83/ ص 2840.
- 18- المرسوم رقم 616/83 المؤرخ في 25 محرم 1404 الموافق لـ 31 أكتوبر 1983 يتعلق بمعاشات تقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة، ج ر عدد 46 في 1983/11/8 ص 2834.
- 19- المرسوم 55/80 المؤرخ في 21 ربيع الثاني عام 1400هـ الموافق لـ 8 مارس 1980 يتضمن إنشاء صندوق خاص بتقاعد أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة. ج.ر عدد 11 في 11 مارس 1980 ص 365.
- 20- المرسوم 56/80 في نفس التاريخ المتعلق بمعاشات أعضاء القيادة السياسية لجبهة التحرير الوطني والحكومة ج.ر عدد 11 في 11 مارس 1980 ص 367.

الاتفاقيات :

- 1- الاتفاقية الدولية رقم (04) بشأن عمل النساء ليلا لسنة 1919، بدأ نفاذها في 13 جوان 1991.
- 2- الاتفاقية الدولية رقم (41) بشأن عمل المرأة ليلا 19 جوان 1934، بدأ نفاذها في 22 نوفمبر 1936.
- 3- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدها الجمعية العامة و عرضتها للتوقيع والتصديق و الانضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979
- 4- الاتفاقية (1) لمنظمة العمل الدولية المتعلقة بالتمييز بالعمالة والمهن.
- 5- الاتفاقية الدولية لحقوق المرأة السياسية لعام 1952م، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 640 (د-7) في 1952/12/20 ودخلت حيز النفاذ في 1954/7/7 وفقا لأحكام المادة 6 من نفس الاتفاقية.
- 6- الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
- 7- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بالقرار رقم 80/24 في 18 ديسمبر 1979، صادقت عليها الجزائر بتاريخ 1996/05/22 لتصبح سارية المفعول بالنسبة لها ابتداء من 1996/7/21.
- 8- الأمم المتحدة حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، نيويورك، 1988، ص 6 رقم المبيع، NA88، XIV إدارة شؤون الإعلام، ص 104.
- 9- حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة بنيويورك، ص 11.

- 10- الأمم المتحدة مجموعة الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، نيويورك 1988، رقم المبيع N°88-XIV.I.
- 11- الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، مطبوعات الأمم المتحدة الترجمة العربية، بيروت، 1967، ص11.
- 12- منظمة الصحة العالمية، صحتنا من سلامة كوكبنا، تقرير اللجنة التابعة لمنظمة الصحة العالمية حول الصحة والبيئة، منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، الإسكندرية، سنة 1999، ص5 و6.
- 13- الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/24 بتاريخ 1979/12/18 ودخلت حيز التنفيذ في 1981/09/03.
- 14- الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بقرارها رقم 2200 (د-31) الصادر في ديسمبر سنة 1966 ودخلت حيز النفاذ سنة 1976م.
- 15- الاتفاقية رقم 111 الصادرة بتاريخ 25 جوان 1958 الخاصة بحظر التمييز في الاستخدام والمهنة.
- 16- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، "سيداو CEDAW" تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 ودخلت حيز التطبيق في 3 سبتمبر 1981 انضمت إليها الجزائر في 22 يناير 1996، بموجب المرسوم الرئاسي 96/51، الجريدة الرسمية عدد 6 ، بتاريخ 24 يناير 1996.
- 17- المؤتمر العالمي الرابع للمرأة ، مؤتمر بكين من 04 إلى 15 سبتمبر 1995.
- 18- الاتفاقية رقم 100 بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية بدأ نفاذها في 23 ماي 1953، صادقت عليها الجزائر في 19 أكتوبر 1962.
- 19- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10-12 سنة 1948 لاسيما المواد 1-2-7-22-23.
- 20- الاتفاقية رقم 35 لسنة 1933 حول تأمين الشيوخوخة في الصناعة وغيرها.
- 21- الاتفاقية رقم 128 لسنة 1967 حول تأمين الشيوخوخة في الصناعة وغيرها.
- 22- الاتفاقية العربية رقم (3) لعام 1971 بشأن المستوى الأدنى للتأمينات الاجتماعية.
- 23- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2263 (د-22) المؤرخ في 1967/11/7.
- 24- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180 في الدورة 24 بتاريخ 18 ديسمبر 1979.
- 25- التقرير السنوي للأمين العام للأمم المتحدة عن أعمال المنظمة في الفترة من 1965/02/16 إلى 1966/06/15 الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة 21-(ج ع/6301).
- 26- التقرير السنوي للأمين العام للأمم المتحدة، عن أعمال المنظمة في الفترة ما بين 1965/06/16 و1966/06/15، الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة 21 (ج ع/6301).
- 27- الوثيقة الدولية لحقوق الإنسان -الأمم المتحدة- إدارة شؤون الإعلام، نيويورك 1984
- 28- الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة رقم 55 البند رقم 109 من جدول الأعمال تحت عنوان "النهوض بالمرأة" تقرير الأمين العام للأمم المتحدة A/55/308 ماي سنة 2000 الملحق.

القرارات الأجنبية:

- 1- قرار من وزير العمل الأردني في هذا الشأن ونشر في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 4201 بتاريخ 1997/04/30.
- 2- قرار رقم 1/46 لسنة 1986 وقرار 1/6 لسنة 1981 الجريدة الرسمية الإماراتية العدد 91 السنة 11، ص7241.

ملفات المحكمة :

- 1- المحكمة العليا، رقم 123051 بتاريخ 1975/7/25،
- 2- المحكمة العليا الملف رق 501846 القرار مؤرخ في 2009-06-05
- 3- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في 1989/03/27، ملف رقم 53017
- 4- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1984/05/14، ملف رقم 33275
- 5- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1984/11/ 19، ملف رقم 34791
- 6- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1971/01/12.
- 7- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 33715 بتاريخ 1984-06-25،
- 8- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 243417 في 2000-05-23،
- 9- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 358665 في 2006-04-12،
- 10- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15
- 11- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25،
- 12- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 50519، قرار 1988-09-26،
- 13- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 258555، قرار 2001-01-23،
- 14- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 269594، قرار 2001-07-18،
- 15- القانون 84-11 المؤرخ في 4 رمضان 1404 الموافق لـ 1984-07-09 والمتضمن قانون الأسرة قبل تعديله.
- 16- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الملف رقم 51728 بتاريخ 88/11/21
- 17- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 36709 بتاريخ 1985-04-22
- 18- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 73885 بتاريخ 1991-04-29
- 19- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الملف 115118 بتاريخ 1994/04/19 نشرة القضاة، العدد 52.
- 20- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الملف 141262 بتاريخ 1997/07/30
- 21- الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم المادة 54 من القانون رقم 84-17 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- 22- القانون المصري رقم 2000-01.
- 23- القرار رقم 252408 بتاريخ 2002/02/12، غرفة الجناح والمخالفات، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية.
- 24- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قضية رقم 43860، في 1986-12-26،
- نقضت قرار مجلس البلدية.
- 25- قرار المحكمة العليا رقم 34327 بتاريخ 1989، العدد 3 القاضي بنقض القرار الصادر عن مجلس البلدية.

التشريعات الأجنبية:

- 1- التشريع التونسي مجلة الشغل.
- 2- التشريع المصري، قانون العمل.
- 3- التشريع المغربي، مدونة الشغل.
- 4- التشريع الأردني، قانون العمل.
- 5- التشريع البحريني، القانون 36 لسنة 2012 (قانون العمل في القطاع الأهلي).

اليوميات:

- 1- إبراهيم عوض، إسلام الأستاذ الجامعي الأمريكي - د. جيفري لانج - ملتنقي أخل التفسير. www.vb.tafsir.net
- 2- جزايرس، جريدة الكترونية يوم 2008/11/28.
- 3- راجندار ساشار، رئيس سابق للمحكمة العليا بدلهي، صحيفة ستيسمان، 26 أبريل سنة 1986، دلهي الجديدة.
- 4- عبد المنعم إسحاق، إسقاط جنين المغتصبة، جريدة الأهرام المصرية، 9-10-1998.
- 5- محمد البيومي، إعادة المغتصبة عذراء غير جائز شرعا، جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 1998/10/16.
- 6- منصور نصر ممدوح، الزواج بدون رضی، جريدة الأهرام المصرية، 13-10-1998.
- 7- نصر فريد واصل، إجهاض المغتصبة وإعادتها عذرا، جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 16-10-1998.
- 8- وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 1009، بيروت، لبنان.
- 9- يومية الفجر ليوم الأربعاء 11 رجب 1432 الموافق لـ 15 جوان 2011.

القواميس:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414.
- 2- أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1978.
- 3- جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، ط7، 1992.
- 4- فؤاد إفرايم البستاني، منجد الطلاب، ط 25 دار الشروق بيروت لبنان.
- 5- القاموس الجديد للطالب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 7، 1991.
- 6- لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثولونية، بيروت، الطبعة 19، 1960.
- 7- مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة السادسة 1998.
- 8- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004.
- 9- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج15، مطبعة الكويت، ط2، 1975/1295.
- 10- المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، باب العين، ج2.
- 11- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط22، 1973.

الشبكة العنكبوتية :

- Www.Conventions.Collected.internationalconventionsofhumanRaights.com.
- www.hrw.org/arabic/un-files/texticcpr.htm
- www.icrc.org/ara/ressources/documents/misc/6e7ec5.htm.
- www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntce2htm/
- Revues-Univ-ouargla.dz
- Anne Marion de cayeux, Droit conjugal et viol entre époux font ils un bon ménage. www.Legiference.Gouv.fr/eli/loi/2006/4/4/2006Texte
- Bonnet.C et Chambaz.C. (2000) « les avantages familiaux dans le calcul des retraités », solidarité santé n°3. . www.cor-retraites.fr/Article101.htm/
- C.A Poitiers 14 juillet 2006, JCP G 2006 IV 2298. www.village-justice.com.
- حسين درويش العادلي، العنف ضد المرأة، الأسباب والنتائج، العدد 78 رجب 2005، شبكة النبأ المعلوماتية، صحيفة إلكترونية. www.annaba@.org/1bahome/1ho78/014.htm

– محمد بن عبد الله بن صالح السحيم، الإسلام أصوله ومبادئه، بحث منشور على الأنترنت، ص38.
(www.alukah.net)

المراجع باللغة الفرنسية:

Codes Français :

- Code pénal Français
- Code civil Français.
- Code civil Français de 1804
- Code de travail français.
- Code de sécurité social, français.

Cass criminelle :

- Cass crim 10 juillet 1973 Bul, Crim n°322, revue des sciences criminelles et droit pénal, Paris, 1974.
- Cass crim 17 juillet, 1985 Bul Crim N°176.
- Cass crim 2 juin 1981, Bull, Crim N°184 p507.
- Cass Crim 22 décembre 1892, Dalloz 1892 B432.
- Cass crim 22 mai 1996 Bul crim n°212, Art 222/23 du cod pénal Français.
- Cass crim 5 septembre 1990, p348.
- Cass Crim 8 juin 1994, Bull Crim n°226.
- Cass. Rim 3 janvier 1968 Bull Crim N°32 revue de droit pénal comparé 1968, p856.
- Cass.crim 11 juin 1992. Bull.crim N°232, 1992 « la presumption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».
- Cass.crim.5 septembre 1990, la chambre criminelle de la cour de cassation « la volonté des époux de mettre en commun et de partager tout ce qui a trait à la pudeur n'autorise nullement l'un d'entre eux à imposer à l'autre par violence un acte sexuels s'y n'y couseut et que notamment doit être respectée la liberté sexuelle de la femme mariée »
- Crim 09 juin 1971, Bull Crim N°185. Revue sc. crim 1972 p390 .
- Crim 17 juillet bul Crim N°265.

These de Doctorat :

- Hachi Youcef, le concept de justice dans la pensée juridique musulmane, étude de philosophie de droit, thèse de Doctorat d'Etat soutenu en 1985 à l'université de Paris 2 Sorbonne
- Raphaël Simian, le harcèlement en droit pénal, thèse en doctorat en droit pénal, Tome1, Université de Nice, 2005

Lois :

- Loi 75-17 du 17 janvier 1975 dite loi veil (Jorf juillet 2011).
- Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels.
- Loi n°2006-399 du 4/4/2006 renforçant la prévention et la répression de violence au sein du couple..
- Loi n°66-1044 du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité.
- Loi n°77-766 du 12 juillet 1977 instituant un congé parental d'éducation Joraf du 13/7/1977, p3696.
- Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 modifiée au 1999 et par loi du 4 juillet 2001.
- Loi N°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et – l'utilisation des éléments et des produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation, et au diagnostic prénatal.
- Loi n°96-604 du 05 juillet 1996 relative à l'adoption ? (Joraf) du 6/7/1996.

Ouvrages en Français :

- Accelerating entrepreneurship in the middle East and North Africa, Region. DOI-10.1787/978926.4213.944 en women in Business 2014.
- Annuaire Statistique de l'Algérie -Résultat 1999 –2001-Edition 2003-N°20 page 33. Recensement Général de la Population et l'Habitat 1998
- Bolongo.L. Le droit pénal spécial, 3^{ème} edit, Paris, Daloz 1992.

- Centre of the Human rights, harmful traditional practices affecting the health of women and children, Fact sheet n°23 Geneve, August 1995.
- Centre pour les droit de l’homme, discrimination à l’égard des femmes : la convention et le comité, fiche d’information n°22 Genève, Février 1995.
- Centre pour les droits de l’home, discrimination à l’égard des femmes.
- CF. Anisse Flary, Bey, L’assemblé nationale constituante algérienne Maurice Flary, Jean Louis niege (sous la responsabilité de l’annuaire de l’Afrique du nord, centre national de la recherche scientifique, Paris, Edition du CNRS 1964.
- Claudia Ghica Permachand, Frédéric Jérôme Pancier, édit Unibert, Paris, 2007.
- Daniel Mayer, le viol thème du XX congrès Français de criminologie Lille 14-17 octobre 1981, Revue Criminelle et de droit comparé, janvier, mars 1982.
- Francisque Goyet, droit pénal spécial, Paris, 1959,.
- Garcon(E) code penal annoté 1901, art331-333, N 23,Dalloz, tom1.
- Jean Larguier- Philippe conte- Stephanie fournir, droit pénal spécial, 15^e édition, Dalloz, 2013.-
- Garraud : traité théorique et pratique du droit pénal Français, t.05-3^{ème} éd 1924, N)2073.
- Jean Larguier, Droit pénal, Paris, 1992.
- Jean Pelissier, Alin Supiot, Antoine Jeannaud, droit du travail, Dalloz, édition 2000.
- Jean Pelissier, le nouveau droit du licenciement collection Sirey, 1977.
- Louis Lambert, traité de droit pénal spécial, étude théorique et pratiques, édition police, revue.
- M.L Rassat : code pénal, attentas aus moeurs art 330, 333 N°51.
- M.M Hanouz et A.R.Hakem, Précis de droit médical, OPU Alger 1993.
- Maingueneau. E (2005) « les avantages familiaux a la retraite » l’essentiel, CNAF, n°34 février.
- Malika Boulouar – l’évolution du droit algérien de la famille (après la réforme du 27 février 2005) Milano. Giuffré- familia Anno VI Fasc1-2006.
- Michel Laure Rassat, Droit pénal spécial 5^{ème} édit Dalloz, Paris, 2006.
- Michel Veron droit pénal spécial, Paris, 1998.
- Michel veron, droit pénal spécial, Tome1 Daloz, Paris 1997.
- Mineur et Vavin, droit pénal spécial, 3^{ème} édit, Paris Daloz 1992.
- Ney Bensadon – des droits de la femme – collection que sais –je- N° 1842- 2^{ème} édition 1983.
- Ney Bensadoun, les droit de la femme, éd Casbah Alger 1999.
- Office National des Statistiques Annuaire Statistique de l Algérie-Résultat de2007- 2009 Edition 2010 N° 40.
- Office of the high commissioner for human rights and others, manual an human rights reparting united nations publication Geneve, 1997.
- Office of the United Nations High commissioner for Human Rights and the departement for economic and social Affairs, the comily in internationl and regional human rights instrument united nations publication New York and Geneve 1999.
- Paul Duran et Vitu André, traité de droit du travail, Paris, Dalloz, 1950.
- Précis Dalloz, Tome N°1 N°303.
- R.Garraud, traité théorique et pratique du droit pénal Français Tome2 librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1898.
- Robert Vouin, droit pénal spécial, Paris, 1968, n°298.
- Roland Quilliot, la liberté, 2^{ème} édit, puf, Paris, 1995.
- Scotte Observation on nationality university press New york oxford, 1931.
- Therry Garé, droit penal special. t1 . personnes et biens .2^{ème} edit collection paradigme, 2011.
- Thierry Garé, Droit pénal spécial, personnes et biens, 4^{ème} édit, paradigme 2011.
- U.N.Worlds women 2000 trends and statistics Salis N°EPP XVII.14.
- United Nations High commissioner for human rights.
- V.Resolution de 1-1, D-1, session de Stochholm 28 Aout 1928 tableare general des resolutions.
- Valerie Malabat, Droit pénal spécial, Dalloz, 5^{ème} édition, 2011.
- Valerie malbat, droit pénal spécial, Dalloz 5^{ème} édit 2011 Paris.
- Vincent Berget, juris prudence de la cour européenne des droit de l’homme 4^e ed, SIREY, Paris 1994.

الفهرس

الصفحة

1		مقدمة
---	-------	-------

فصل تمهيدي

حماية المرأة في الحضارات القديمة والديانات السماوية

9		المبحث الأول: المرأة في الحضارات القديمة
9		المطلب الأول: المرأة في الحضارة اليونانية
13		المطلب الثاني: المرأة في الحضارة الرومانية
16		المطلب الثالث: المرأة في حضارة ما بين النهرين
18		المطلب الرابع: المرأة في الحضارة الهندية
20		المبحث الثاني: المرأة في الديانات السماوية
21		المطلب الأول: المرأة في اليهودية
22		المطلب الثاني: المرأة في المسيحية
25		المطلب الثالث: المرأة في الجاهلية
30		المطلب الرابع: المرأة في الإسلام

الباب الأول

حماية المرأة في التشريع الجزائري فرع القانون العام

الفصل الأول: حماية المرأة في الإتفاقيات الدولية والدساتير الجزائرية

40		المبحث الأول: حماية المرأة في الإتفاقيات الدولية
45		المطلب الأول: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة المدنية
45		الفرع الأول: حماية حق المرأة في الحياة
46		الفرع الثاني: حماية حق المرأة في الحرية والسلامة البدنية
48		الفرع الثالث: حماية حق المرأة في حرية التنقل والإقامة
49		الفرع الرابع: حماية حق المرأة في اللجوء إلى القضاء والمساواة أمامه
51		الفرع الخامس: حماية حق المرأة في حرية العقيدة والتعبير
52		المطلب الثاني: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة السياسية
52		الفرع الأول: حماية حق المرأة في مباشرة النشاطات السياسية
55		الفرع الثاني: حماية حق المرأة في تقلد الوظائف العامة
57		الفرع الثالث: حماية حق المرأة في الجنسية
61		المطلب الثالث: حماية المعاهدات الدولية لحقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
61		الفرع الأول: حقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية
62		البند الأول: حماية حق المرأة في العمل

70		البند الثاني: حماية حق المرأة في مستوى معيشي مناسب وفي أعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية.
75		البند الثالث: حق المرأة في الزواج وفي تكوين أسرة.
86		المبحث الثاني: حماية المرأة في الدساتير الجزائرية.
87		المطلب الأول: حماية المرأة في دستوري 1963-1976.
91		المطلب الثاني: حماية المرأة في دستوري 1989-1996.
93		المطلب الثالث: حماية المرأة في دستوري 2015-2016.

الفصل الثاني: حماية المرأة في قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)

98		المبحث الأول: الحماية الجزائية الخاصة بالعرض.
103		المطلب الأول: حماية المرأة في جريمة الاغتصاب.
106		الفرع الأول: مفهوم الاغتصاب في التشريع.
107		البند الأول: تعريف جريمة الاغتصاب في التشريع وعلة تجريمه.
110		البند الثاني: الشروع في جريمة الاغتصاب.
115		الفرع الثاني: صور تجريم الاغتصاب.
115		البند الأول: الاغتصاب البسيط.
125		البند الثاني: الظروف المشددة لجريمة الاغتصاب.
137		- جريمة الاغتصاب بعد تعديل المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري.
138		المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الفعل المخل بالحياء.
139		الفرع الأول: ماهية الفعل المخل بالحياء.
142		البند الأول: مفهوم الفعل المخل بالحياء.
146		البند الثاني: الشروع في جريمة الفعل المخل بالحياء.
147		الفرع الثاني: صور تجريم الفعل المخل بالحياء.
147		البند الأول: جنابة الفعل المخل بالحياء.
147		أولاً: جنابة الفعل المخل بالحياء في صورته البسيط.
153		ثانياً: جنابة الفعل المخل بالحياء في صورته المشدد.
156		البند الثاني: جنحة الفعل المخل بالحياء بدون عنف.
157		أولاً: الفرق بين جنابة وجنحة الفعل المخل بالحياء.
157		ثانياً: عقوبة جنحة الفعل المخل بالحياء بدون عنف.
158		المطلب الثالث: حماية المرأة في جريمة التحرش الجنسي.
159		الفرع الأول: مفهوم التحرش.
162		البند الأول: تعريف التحرش الجنسي.
164		البند الثاني: أركان جريمة التحرش الجنسي.
167		الفرع الثاني: الإثبات في جريمة التحرش الجنسي والعقوبة المقرر لها.
167		البند الأول: الإثبات في جريمة التحرش الجنسي.
169		البند الثاني: عقوبة جريمة التحرش الجنسي.
171		المبحث الثاني: الحماية الجزائية للأسرة.
171		المطلب الأول: حماية المرأة في جريمة الإجهاض.

172	الفرع الأول: تجريم الإجهاض في التشريع
173	البند الأول: تعريف الإجهاض وتمييزه عن باقي الأفعال المشابهة له
177	البند الثاني: أركان جريمة الإجهاض
181	الفرع الثاني: الإجهاض في الشريعة الإسلامية
181	البند الأول: مفهوم الإجهاض في الشريعة الإسلامية
183	البند الثاني: حكم الإجهاض وعقوبته في الشريعة الإسلامية
186	الفرع الثالث: حالات الإجهاض وموقف المشرع منها
187	البند الأول: حالات الإجهاض القانوني
191	البند الثاني: حالات الإجهاض الأخرى
196	الفرع الرابع: صور الإجهاض وعقوبته في التشريع
196	البند الأول: إجهاض المرأة الحامل لنفسها والعقوبة المقررة لها
198	البند الثاني: إجهاض الغير للمرأة الحامل
198	أولا: جنحة إجهاض الغير للحامل
199	ثانيا: جناية إجهاض الغير للحامل
200	المطلب الثاني: حماية المرأة في جريمة الزنا
202	الفرع الأول: تعريف جريمة الزنى وبيان أركانه
203	البند الأول: تعريف جريمة الزنى
204	البند الثاني: أركان جريمة الزنى
210	الفرع الثاني: الأحكام الإجرائية لجريمة الزنى وعقوبتها
210	البند الأول: الأحكام الإجرائية لجريمة الزنى
217	البند الثاني: عقوبة جريمة الزنى
222	الفرع الثالث: عذر الاستفزاز بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
222	البند الأول: طبيعة عذر الاستفزاز والعلة من تقريره في القانون الوضعي
227	البند الثاني: عذر الاستفزاز في الشريعة الإسلامية
228	المطلب الثالث: حماية المرأة من العنف والإهمال الزوجي
229	الفرع الأول: جريمة العنف الزوجي
231	البند الأول: مفهوم العنف وتحديد أشكاله
233	البند الثاني: أركان جريمة العنف الزوجي والعقوبة المقررة لكل شكل من أشكاله
239	الفرع الثاني: حماية المرأة من الإهمال الزوجي
240	البند الأول: أركان جريمة إهمال الزوجة
242	البند الثاني: إجراءات متابعة الزوج المُهمل وعقوبته

الباب الثاني

حماية المرأة في التشريع الجزائري فرع القانون الخاص

الفصل الأول: حماية المرأة في تشريعات العمل

250	المبحث الأول: المرأة ومبدأ المساواة في العمل
250	المطلب الأول: حماية حق العاملة في المساواة في حقي التشغيل والأجر

251	الفرع الأول: حماية حق العاملة في المساواة في التشغيل
251	البند الأول: المساواة في التشغيل وفقا للمعايير الدولية والعربية
253	البند الثاني: المساواة في التشغيل وفقا للتشريع الجزائري
254	الفرع الثاني: حماية حق العاملة في المساواة في الأجر
255	البند الأول: المساواة في الأجر في منظمتي العمل الدولية والعربية
255	البند الثاني: المساواة في الأجر في التشريع الجزائري
258	المطلب الثاني: حماية حق العاملة في المساواة في حقي الترقية والتقاعد
258	الفرع الأول: حماية حق العاملة في المساواة في حق الترقية
259	البند الأول: المساواة في حق الترقية في المعايير الدولية والعربية
260	البند الثاني: المساواة في حق الترقية في التشريع الجزائري
261	الفرع الثاني: حماية حق المرأة العاملة في التقاعد
261	البند الأول: حماية حق المرأة في التقاعد في الإتفاقيات الدولية والتشريع الفرنسي
262	البند الثاني: حماية حق المرأة في التقاعد في التشريع الجزائري
269	المبحث الثاني: الحماية الخاصة بالمرأة العاملة
269	المطلب الأول: حماية المرأة العاملة من الأعمال الضارة
269	الفرع الأول: حماية المرأة العاملة من الأشغال الشاقة والخطرة
272	الفرع الثاني: حماية المرأة العاملة من العمل الليلي
275	المطلب الثاني: حماية الأمومة
276	الفرع الأول: إجازة الأمومة والحقوق المصاحبة لها
277	البند الأول: إجازة الأمومة في المعاهدات الدولية
283	البند الثاني: التعويض المستحق خلال إجازة الوضع
285	البند الثالث: حماية العاملة من الفصل بسبب إجازة الأمومة
289	الفرع الثاني: حق المرأة العاملة في رعاية أطفالها
290	البند الأول: حق العاملة في فترة من أجل إرضاع طفلها
292	البند الثاني: حق العاملة في إجازة لرعاية طفلها (الاستيداع)
297	المبحث الثالث: حقوق أرملة العامل المالية حسب تشريعات العمل
298	المطلب الأول: التأمينات الإجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية
299	الفرع الأول: التأمينات الاجتماعية
299	البند الأول: الأداءات العينية
300	البند الثاني: الأداءات النقدية
302	البند الثالث: تأمين الفئات الخاصة من المجتمع
302	الفرع الثاني: حوادث العمل والأمراض المهنية
304	البند الأول: الحق في منحة الوفاة
304	البند الثاني: الحق في ريع الوفاة بسبب حادث العمل
304	المطلب الثاني: معاش أرملة المتقاعد وأرملة المفقود والغائب
304	الفرع الأول: معاش أرملة المتقاعد
305	البند الأول: معاش التقاعد وفقا للنظام الموحد
307	البند الثاني: معاش تقاعد الفئات الخاصة من المجتمع

309 الفرع الثاني: معاش أرملة المفقود والغائب.

الفصل الثاني: حماية المرأة في قانون الأسرة

315 المبحث الأول: حماية حقوق المرأة المالية

315 المطلب الأول: حقوق المرأة المالية أثناء قيام الرابطة الزوجية

315 الفرع الأول: المهر

317 البند الأول: حكم المهر وطرق تحديده

324 البند الثاني: أهمية المهر بالنسبة للمرأة والقيود الواردة على ملكيتها له

331 الفرع الثاني: النفقة

331 البند الأول: الجانب الاجتماعي والإقتصادي للنفقة

341 البند الثاني: سلبات حق النفقة

361 المطلب الثاني: حقوق المرأة المالية بعد انحلال الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها.....

361 الفرع الأول: حقوق المطلقة المالية والآثار المترتبة عليها

362 البند الأول: حقوق المطلقة المالية

377 البند الثاني: الآثار السلبية لحقوق المطلقة المالية

394 الفرع الثاني: حقوق الأرملة المالية وآثارها السلبية

395 البند الأول: حقوق الأرملة المالية حسب قانون الأسرة الجزائري والشرعية الإسلامية.....

398 البند الثاني: الآثار السلبية لحقوق الأرملة المالية

405 المبحث الثاني: حماية حقوق المرأة الغير مالية

405 المطلب الأول: حماية حق المرأة في إبرام عقد الزواج

406 الفرع الأول: الرضى في عقد الزواج وشروط صحة العقد

406 البند الأول: ركن الرضى في الزواج وشروط صحة العقد، في الفقه الإسلامي.....

412 البند الثاني: ركن الرضى في الزواج وشروط صحة العقد في قانون الأسرة الجزائري.....

414 - الزواج العرفي.....

415 الفرع الثاني: آثار عقد الزواج (حقوق الزوجة)

415 البند الأول: آثار عقد الزواج (حقوق الزوجة) في الفقه الإسلامي.....

418 البند الثاني: آثار عقد الزواج في قانون الأسرة (حقوق الزوجة)

418 المطلب الثاني: حماية حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها

..... الفرع الأول: التطليق لعدم قيام الزوج بالتزاماته الزوجية والتطليق لإخلال الزوج بواجباته

420 التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

420 البند الأول: التطليق لعدم الاتفاق

426 البند الثاني: التطليق لغياب الزوج

430 البند الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

434 البند الرابع: التطليق للعيوب

..... الفرع الثاني: التطليق لإرتكاب الزوج أفعالا ماسة بشرف الأسرة والتطليقة لمخالفة أحكام

441 الأسرة

441 البند الأول: التطليق لإرتكاب أفعالا ماسة بشرف الأسرة

442 البند الثاني: التطليق لإرتكاب الزوج الفاحشة

444	البند الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.
448	البند الرابع: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
453	الفرع الثالث: التطليق للشقاق والضرر المعتبر شرعا والتطليق خلعا.
453	البند الأول: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.
456	البند الثاني: التطليق للضرر وما يدخل ضمنه (النشوز).
459	البند الثالث: التطليق خلعا.
464	الخاتمة
472	بيبلوغرافيا البحث
500	فهرس الموضوعات

