جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/3)
فئة أوراق طلبة الماجستير

ملكة عبداللطيف

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية

تشرين ثاني/ نوفمبر 2017

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية

The Right of Muslim Women in Choosing their Husbands in the Palestinian Context [Arabic]

ملكة عبد اللطيف

Malakeh Abdellatif

التدقيق اللغوي: إبراهيم المصري

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/3)
فئة أوراق طلبة الماجستير

Birzeit's Working Papers Series in Legal Studies (3/2017)
MA Students Papers Module

© 2017، جامعة بيرزيت
وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة

يمكن تحميل البحث للاستخدامات البحثية الشخصية فقط، وفي حال إعادة الطباعة أو التوزيع سواء كان ورقيّاً أو إلكترونيّاً، فهذا يحتاج لموافقة وحدة القانون الدستوريّ في جامعة بيرزيت.
للتواصل والمعلومات بالخصوص: chairofcil@birzeit.edu

في حال الاقتباس أو التوثيق يجب أن يتم التوثيق كما يلي:
[اسم المؤلف أو المؤلفين كاملاً]، [العنوان]، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونيّة [رقم السلسلة]، وحدة القانون الدستوريّ، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، [سنة النشر].

لا تعبر الآراء الواردة في هذا المنشور تحت أي حال من الأحوال عن الموقف الرسمي لجامعة بيرزيت.

© 2017, Birzeit University
Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration

This text may be downloaded for personal research purposes. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the Constitutional Law Unit, at Birzeit University. Requests should be addressed to : chairofcil@birzeit.edu

If cited or quoted, reference should be made as follows:
[Full name of the author(s)], [Title], Birzeit's Working Papers in Legal Studies [Series Number], Constitutional Law Unit, Faculty of Law and Public Administration: Birzeit University [year of publication].

The views expressed in this publication cannot in any circumstances be regarded as the official position of Birzeit University.

بدعم من:

Supported by:

BIRZEIT UNIVERSITY
H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

ملكة عبد اللطيف*

ملامح حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها في المنظومة الفلسطينية**

مقدمة

ساهمت ظاهرة تضخم الحقوق في بلورة النظرية الترميمية، وهي النظرية التي تنظر إلى الحقوق من وجهة نظر حديثة تعكس موجبات التضخم. ولعل أبرز ما يمكن قوله في خضم الحديث عن تضخم الحقوق هو كيفية استنتاج أن حقاً من الحقوق هو حق أساسي فعلاً. فالحق في اختيار الفرد للزوج/ الزوجة بحرية وبإرادة يبدو على أنه حقاً للوهلة الأولى، باعتبار أن حرمان أي فرد من اختيار زوجه/ زوجته يمس فعلاً باستقلاليته كفرد، وبحريته، كرامته ومساواته مع الآخرين.

انطلاقاً من ذلك، ستسلط هذه الورقة الضوء على حق المرأة في اختيار الزوج، وخاصة في ظل غياب نص صريح في القانون الأساسي ينص على حرية الفرد في اختيار الزوج/ الزوجة، إلا أن استنباط ذلك لن يكون صعباً في ظل تأكيد القانون الأساسي الفلسطيني والمواثيق الدولية على المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس.

---

* باحثة مستقلة، حاصلة على الماجستير في القانون العام من جامعة بيرزيت.

** هذه الدراسة في أصلها ورقة بحثية مقدمة ضمن مساق "الحريات العامة والحقوق الأساسية"، في برنامج ماجستير القانون بجامعة بيرزيت، خلال الفصل الدراسي الثاني 2017/2016. وقد جرى تطويرها لغايات النشر بناءً على ملاحظات أستاذ المساق د. عاصم خليل.

يُعد القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 الوثيقة الأسمى في دولة فلسطين، بحيث كفل حقوق وحريات الأفراد في الباب الثاني منه، وافتتح ذلك بالتأكيد على مبدأ المساواة، وضرورة عدم التمييز على أساس الجنس. هذا بالإضافة إلى اتفاقيات حقوق الإنسان وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) التي انضمت لها فلسطين عام 2014 بدون إبداء أي تحفظ. وعلى الرغم من ذلك، هناك العديد من القوانين المحلية التي تنتهك مبدأ المساواة وتجسد التمييز بأقسى صوره. ومن هنا يثار التساؤل حول مدى إمكانية اعتبار الحق في اختيار الزوج حقاً أساسياً، وخاصة في ظل غياب نص صريح يدعم ذلك، وبالمقابل، وجود نصوص صريحة تسلب المرأة حقها في اختيار الزوج؟

ينتهك قانون الأحوال الشخصية لعام 1976 حق المرأة في اختيار زوجها. ورغم تأكيد القانون الأساسي على مبدأ المساواة، إلا أن ذلك لم يؤثر في استمرارية تطبيق هذا القانون. بالإضافة إلى ذلك، لم تقم فلسطين بمواءمة تشريعاتها الداخلية مع متطلبات انضمامها لمعاهدات حقوق الإنسان، والتي يشكل مبدأ المساواة وعدم التمييز أساساً لها، بل تستمر في تطبيق القوانين التي تمتهن المرأة وتسلبها أبسط حقوقها.

لذلك، لما كان حرمان المرأة من حقها في اختيار زوجها يمس بشكل واضح باستقلاليتها كفرد في المجتمع، ويؤثر على كرامتها وحريتها ومساواتها مع الآخرين، كان استنتاج ذلك من نصوص عامة هو السبيل الوحيد لتقدير اعتبار هذا حقاً أساسياً من عدمه. ولذلك، فإن المنهج المتبع الذي سيساعد في إثبات الفرضية المطروحة هو المنهج التحليلي، الذي يستند إلى مبدأ المساواة وعدم التمييز كركيزة أساسية تستمد منها الحقوق وجودها، بحيث سيتعامل مع النصوص القانونية ذات العلاقة بالحق في اختيار الزوج، دولية كانت أو وطنية، وبالإضافة إلى ذلك، ستحلل هذه النصوص في ظل النظرية الترميمية.

لتحقيق الهدف المرجو من الدراسة، تفرد أربعة محاور: يتناول المحور الأول الحديث عن الحق في اختيار الزوج في ظل مبدأ المساواة والكرامة الإنسانية، بحيث سيربط هذا المحور الحق في اختيار الزوج بالمساواة وعدم التمييز، وصولاً للمحور الثاني الذي يتضمن التبريرات القانونية التي تدعم هذا الحق، مع التعرض للنصوص التي تمتهنه. أما المحور الثالث، فيخوض في معالم الحق في اختيار الزوج في النظام الداخلي، مع تحديد التزامات الدولة والأفراد لتحقيق هذا الحق. وعليه، فإن المحور الرابع يخضع الحق في اختيار الزوج لمبدأ التوازن بين

الحق والمصلحة العامة، وهذه هي فرضيات النظرية الترميمية التي ستكون متبعة في هذه الدراسة.[1]

I. حق المرأة في اختيار زوجها ضروري لتعزيز استقلاليتها

يعزز حق المرأة في اختيار زوجها من استقلاليتها كفرد في المجتمع: لها كرامتها الإنسانية، مساوية للآخرين، وحرة. ويتجلى ذلك في كون فهم الأفراد أن الزواج لم يعد مقتصراً على كونه وسيلة للإنجاب؛ إذ يأخذ منحىً أغنى وأعمق، فيعتبر شكلاً من أشكال التعاون المشترك بين الزوجين في المجالات كافة، وعن طريقه يتم إغناء وتطوير شخصية الزوجين، ومن هنا لم يعد الزواج يتم بصورة تقليدية تامة تمتاز بتدخل الأهل في اختيار الشريك، إذ ساهمت التطورات الاجتماعية والاقتصادية في توسيع دائرة اختيار القرين والمحصورة بالأقارب، لتشمل وتطال اختيار شريك ينتمي لدين أو طائفة مختلفة.[2]

ويمكن القول إن هذا الفهم المتطور لمؤسسة الزواج ساعد في بلورة فكرة أن يختار الفرد شريكه. لذلك، فإن حرية الاختيار تعد نتيجة للتطور الثقافي وانخراط الأفراد وخاصة النساء في التعليم والعمل، بحيث ولّد ذلك شعوراً بالاستقلالية التي تمكّن المرأة من اختيار الشريك.[3] يعد اختيار الشريك حجرَ الأساس الذي ستقوم عليه الحياة الزوجية بدون أية معيقات لاستمرارها وتقدمها، لاحتوائه على رابطة روحية تعني وجود درجة من التواصل الفكري، الوجداني، العاطفي، والجنسي بما يحقق لكل منهما القدرة على اتخاذ قرار الارتباط بشخص معين بذاته.[4]

انطلاقاً من ذلك، فإن هذه الدراسة ستعنى بحق المرأة المسلمة في اختيار زوجها. فاستناداً إلى أن اختيار الزوج مرتبط باستقلالية المرأة بعناصرها الثلاث، فإن هذا يعني: **حرية الاختيار** تعني الإرادة الكاملة والسليمة في اختيار شريك معيّن بالذات. وفي الوقت الذي كان اختيار الشريك يتم عن طريق الأهل والأقارب، أصبح الأفراد لهم من الاستقلالية ما يمكنهم من اختيار الشريك.

أما فيما يتعلق **بالكرامة الإنسانية**، فيمكن القول إن حرية اختيار الزوج تعزز الكرامة الإنسانية، إذ تبنى

---

[1] Kai Moller, *The global model of constitutional rights* (New York: New York University, 2013),4-13.

[2] ماهر فرحان، *تحليل سوسيولوجي لنظام الاختيار الزواجي في المجتمع العربي* (عمان: دار آمنة للنشر والتوزيع، 2013)، 28.

[3] المرجع السابق، 29.

[4] الحسين بن حسن السيد، *معايير اختيار شريك الحياة وأثرها في تحقيق التوافق الزواجي* (جدة: جمعية المودة للتنمية الاسرية، 2015)، 22.

هذه الحرية على أسس توافقية بين الطرفين تجعلهما على قناعة كاملة باختيار كل منهما للآخر، وهذا مدخل لتعزيز الكرامة الإنسانية للمرأة بإعطائها حقها في اختيار زوجها.

وفي الوقت ذاته، فإن **المساواة** هي مدخل آخر يعزز من استقلالية المرأة، والمساس به هو مساس باستقلاليتها، ويتجلى ذلك في حق المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم في ظل منح الرجل المسلم الحق في الزواج بإمرأة "كتابية"، أي التقييد المفروض على المرأة المسلمة هو تمييزي بالنظر إلى الحق الممنوح للرجل المسلم، وهذا يعد انتهاكاً لمبدأ المساواة وبالتالي مساساً بالاستقلالية.

كفلت الشريعة الإسلامية (أحد مصادر التشريع في فلسطين)، حق المرأة في اختيار زوجها، وأكدت على حقها في إبداء رأيها، وألا يتم مصادرة حريتها الفكرية، وألا يختار الولي شخصاً معيّناً لأي سبب، ولا أن يجبرها على غير من ترضاه.[5] إلا أنه من الأهمية بمكان القول إن مصادرة حقها في اختيار زوجها تكمن في منع المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم، وترتب على ذلك البطلان. أي أنه لا خلاف في أن الشريعة الإسلامية آمنت بحق المرأة في اختيار زوجها، ولكن سلبته منها في حالة رغبت المرأة في الزواج من غير المسلم، بحيث قيدته بشكل تمييزي أضعاف التقييد المفروض على الرجل. وهذا ما سيتم الخوض في تفاصيله من خلال عدة محاور تساعد في التوصل إلى أن حق اختيار الزوج هو حق أساسي أم لا في المنظومة الفلسطينية.

II. مبررات اعتبار حق المرأة في اختيار زوجها حقاً أساسياً

يسبق الحكم على حق بأنه حق أساسي اعتباره حقاً للوهلة الأولى (prima facie rights). وبعد أن تم استعراض كيفية ارتباط حق المرأة في اختيار زوجها باستقلاليتها، وأن التعرض له يمس وينتقص من هذه الاستقلالية، فإن أولى خطوات البحث في هذا الحق تتمثل في التعرض للتبريرات التي تدّعمه.

- دوليا، حظيت المرأة باهتمام عالمي تبلور من خلال المعاهدات والاتفاقيات التي تؤكد على كرامتها وحقوقها المتساوية، وضرورة عدم التمييز على أساس الجنس.
- قدمت فلسطين تصديقات للانضمام لجملة من معاهدات حقوق الإنسان عام 2014. وكان

[5] مريم أبو بكر باوزير، "أهلية المرأة وأثرها في الحقوق والواجبات"، *حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية*، مجلد 7، عدد 24 (2011)، 612- 613، انظر أيضا: أحمد ربيع أحمد يوسف، "حق المرأة في اختيار الزوج"، في: *مكانة المرأة وحقوقها في الإسلام*، سلسلة مركز دراسات الاسرة (2) (القاهرة: رابطة الجامعات الإسلامية، 2006)، 160-164.

هذا استناداً لقرار الجمعية العامة بمنح فلسطين مركز دولة مراقب في الأمم المتحدة عام 2012.[6]

- لم تبدِ فلسطين أياً من التحفظات على اتفاقيات حقوق الإنسان. وهذا يثير العديد من الإشكالات أهمها ضرورة تحديد مكانة المعاهدات الدولية في النظام الداخلي، وتبيان مدى التزام فلسطين بالمعاهدات الدولية وخاصة في ظل عدم إبداء أي من التحفظات التي تناقض بشكل صريح ما ورد في العديد من القوانين الوطنية.
- أكد ميثاق الأمم المتحدة (1945) في ديباجته على الكرامة الإنسانية، وعلى الحقوق الأساسية المتساوية للرجال والنساء، وورد في العديد من نصوصه ضرورة أن يشيع احترام حقوق الإنسان بدون أي تمييز على أساس الجنس، وألا يكون هناك أي تفريق بين الرجال والنساء.[7]
- رسخ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) مبدأ المساواة وعدم التمييز، كما أكد أيضا على الكرامة المتأصلة لجميع البشر، وأن جميع الناس متساوون في الكرامة والحقوق، لا تمييز بينهم على أساس الجنس (وغيره). تبعا لذلك، نصت المادة (16) منه بشكل صريح على حق الرجل والمرأة بالزواج وتأسيس أسرة دون أي قيد (الجنس، الدين)، وضرورة أن ينعقد الزواج برضى الطرفين.[8]
- أكدت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965) على مبادئ الكرامة والمساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، ونصت المادة (4/5) منه صراحة على حق اختيار الزوج.[9]
- اعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966) الكرامة الإنسانية أصيلة في الشخص، وأن حقوق الإنسان أصلا تنبثق من كرامته، كما أكد على مبدأ المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس. أما المادة (23) منه، فنصت صراحة على حق المرأة والرجل في الزواج، أن يكون الرضا بينهما هو أساس انعقاد العقد.[10]
- جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979) وأكدت على الكرامة الإنسانية، وكان مبدأ المساواة هو جوهرها، إذ نصت في أحكامها على مبدأ عدم التمييز وضرورة إنصاف المرأة والقضاء على أي إجراء يفوّق الرجل. أما المادة (16)، فجاءت لترسخ

[6] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 29 نوفمبر 2012، الدورة السابعة والستون.

[7] انظر المواد (1، 8، 13، 55) من الميثاق.

[8] انظر المواد (1، 2، 7، 16) من الإعلان.

[9] انظر المواد (1-5) من الاتفاقية.

[10] انظر المواد (23، 26) من العهد.

حق المرأة في اختيار الزوج، وضرورة عقد الزواج برضاها الحر الكامل.

هذا وطبقت فلسطين، كواحدة من الدول الإسلامية، مبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية. وفيما يتعلق بهذا الحق، نجد أن الدول الإسلامية نهجت نهج بعضها في ذلك؛ فعلى سبيل المثال نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي (1984) على أنه لا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم (مادة 18). وفي ماليزيا، ينص قانون العائلة الإسلامي (1984) على عدم جواز زواج المرأة المسلمة من غير المسلم (مادة 10). واعتبرت مدونة الأسرة في المغرب أنه من موانع الزواج: زواج المرأة المسلمة من غير المسلم (مادة39).

وفي إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام لعام 1990، نجد أنه رغم نصه على المساواة والكرامة الإنسانية (مادة 1) إلا أنه في تنظيمه للحق في الزواج، نص على أن الزواج وتكوين أسرة مكفول، وفي الوقت ذاته قيد هذا الحق بالنص على أنه لا يجوز أن تعيق هذا الحق قيود منشأها العرق، اللون، والجنسية (مادة 5). أي أن إعلان القاهرة استثنى القيد المتعلق بالدين وأجازه، ويأتي هذا متوافقاً مع المادة 25 التي تؤكد على أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الوحيد في تفسير وتوضيح أية مادة.

أما في فلسطين، فإن مبررات حق المرأة في اختيار زوجها تتمثل في التشريعات الآتية:

- يمثل الدستور أو القائم مقامه، كالقانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2003)، التشريع الأسمى في الدولة، إذ يتضمن المبادئ الدستورية، وينظم الحقوق والحريات، ويهتم بما يتعلق بالدولة ونظامها. وقد خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أي مضمون للتمييز ضد المرأة، إذ كان مبدأ المساواة هو من المقومات الرئيسة فيه، ونصت المادة (9) منه على أنه: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".
- سبق ذلك ما تضمنته وثيقة إعلان الاستقلال (15 تشرين ثاني 1988) من تأكيد على مبدأ المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، واعتبرت ذلك من مقومات الشعب الفلسطيني.[11]

[11] "إن دولة فلسطين هي للفلسطينيين أينما كانوا فيها يطورون هويتهم الوطنية والثقافية، ويتمتعون بالمساواة الكاملة في الحقوق، تصان فيها معتقداتهم الدينية والسياسية وكرامتهم الإنسانية، في ظل نظام ديمقراطي برلماني يقوم على أساس حرية الرأي وحرية تكوين الأحزاب ورعاية الأغلبية حقوق الأقلية واحترام الأقلية قرارات الأغلبية، وعلى العدل الاجتماعي والمساواة وعدم التمييز في الحقوق العامة على

- أضف إلى ذلك أن المرسوم الرئاسي بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي صدر عام 2009، والذي نص على المصادقة على اتفاقية سيداو، يعد مبرراً آخرَ لحق المرأة في اختيار زوجها.[12]
- خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أية إشارة لحق الفرد في اختيار زوجه/ زوجته؛ لذلك فإن استنباط ذلك سيكون من خلال: مبدأ المساواة المجسد في القانون الأساسي، بحيث إنه سيتم التعرض لحق المرأة المسلوب في اختيار زوجها في الشريعة الإسلامية، وبالأخص حالة كون المرأة المسلمة أرادت الزواج من رجل غير مسلم، فهذا الانتهاك يمس مبدأ المساواة لأن الرجل المسلم يستطيع الزواج بامرأة غير مسلمة. أما الكرامة الإنسانية المتأصلة في البشر، فهي مدخل مهم للنظر في حق ما أنه حقاً أساسياً باعتبار أن كرامة الفرد تتحقق من خلال اختيار زوجه، فمن تبعات الكرامة الإنسانية أن يحترم قرار المرأة في اختيار زوجها.
- استمدت نصوص قانون الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية، وضمن القانون الأساسي ذلك في نص المادة (4\2): "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع".
- يجسد التمييز في تطبيق قانون الأحوال الشخصية الأردني (1976) الساري في الضفة الغربية في عدة أحكام،[13] بحيث يمارس تمييزاً ضد المرأة بشكل واضح، وما يعنينا من هذه النصوص هي المادة (33) التي تنص على أنه: "يكون الزواج باطلاً في الحالات التالية: 1-تزوج المسلمة بغير المسلم[...]"، وتنص المادة (41) على أن "الزواج الباطل سواء وقع به دخول أو لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً وبناءً على ذلك لا تثبت به بين أحكام الزواج الصحيح كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث". وتنص المادة (43) على أن "بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي...". في المقابل، وفي نص المادة

أساس العرق أو الدين أو اللون أو بين المرأة والرجل، في ظل دستور يؤمن سيادة القانون والقضاء المستقل وعلى أساس الوفاء الكامل لتراث فلسطين الروحي والحضاري في التسامح والتعايش السمح بين الأديان عبر القرون". مركز المعلومات الوطني الفلسطيني على الرابط التالي: http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=3741

[12] مرسوم رقم (19) لسنة 2009، الوقائع الفلسطينية عدد (80)، بتاريخ 27\4\2009، ص20.

[13] قانون رقم (61) لسنة 1976، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد (2668)، بتاريخ 1\12\1976، ص551.

(33)، لا يعد زواج الرجل من امرأة كتابية باطلاً، فالرجل يستطيع الزواج من امرأة مسيحية أو يهودية، عكس المرأة، التي لا تتزوج إلا رجلاً مسلماً.

- يتعارض قانون الأحوال الشخصية مع مبدأي المساواة والكرامة الإنسانية. يعارض هذا القانون الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها فلسطين والمبينة سابقاً. هذا وعلى الرغم من نص القانون الأساسي على إلغاء كل ما يتعارض وأحكامه، إلا أنه لم يتم إجراء أي تعديل أو إلغاء على هذا القانون.[14] وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية، رغم أن انضمام فلسطين إلى أهم اتفاقيات حقوق الإنسان هو خطوة حسنة، إلا أن ذلك لا يكفي إذا لم يترجم عملياً وواقعياً لما ورد في هذه الاتفاقيات.

III. التزامات الدولة والأفراد تجاه حق المرأة في اختيار زوجها

تتمثل التزامات الدولة بما يقع على عاتقها من احترام وحماية الحقوق الأساسية. وتتعدى هذه الفرضية لتصل إلى إلزام الأفراد باحترام حقوق الإنسان. وفيما يتعلق بالحق في اختيار الزوج، نجد أنه ضمن كما ذكرنا سابقاً في المعاهدات الدولية التي أشارت في نصوصها إلى ضرورة قيام الدول المصادقة بالإجراءات التي تكفل الحقوق الورادة في المعاهدة، مع احتمالية وجود نسبة ضئيلة من الالتزامات الأفقية على الأفراد.

أصبحت فلسطين دولة بصفة مراقب في الأمم المتحدة، ويمكن القول إن فلسطين يقع عليها عاتق بأن توائم تشريعاتها الداخلية بما يتناسب مع ميثاق الأمم المتحدة، والذي نص بدوره على الحقوق المتساوية بين الرجال والنساء، وضرورة عدم التمييز على أساس الجنس. لذلك، فإن الالتزامات الآتية ملزمة لفلسطين باعتبار أنها طرف متعاقد في الاتفاقيات الدولية:

تتضمن الاتفاقيات الدولية التعرض لالتزامات الدول الأطراف، وهذه الالتزامات إيجابية متمثلة فيما تقوم به الدولة من تدابير لإعمال الحقوق، والتزاماتها في احترام هذه الحقوق وكفالتها. فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان مثلاً نص على عدم جواز تأويله بشكل يسمح لدولة أو جماعة أو فرد أي إجراء يمس ويتعرض لهذه الحقوق (مادة 30).

وفيما يتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ورد فيه الكثير من النصوص التي تتضمن التزامات الدولة. فمثلاً، نجد أنه تضمّن

[14] تنص المادة (119) من القانون الأساسي على أنه: "يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل".

النص صراحة على تعهد الدول الأطراف باحترام الحقوق الواردة وكفالتها لجميع الأفراد دون تمييز على أي أساس، وأن تقوم كل دولة طرف في حال كانت تشريعاتها الداخلية لا تكفل إعمال هذه الحقوق، باتخاذ كل ما هو ضروري لإعمال هذه الحقوق، وأن تكفل الدولة السبل الفعالة للتظلم (مادة 2). ورد النص على ضرورة أن تكفل الدولة تساوي الرجال والنساء في التمتع بالحقوق المنصوص عليها (مادة 3). ونص العهد صراحة على أن القوانين يجب أن تحظر أي تمييز لأي سبب كان (مادة 25). وفيما يتعلق بالحق في اختيار الزواج، نجد أن العهد الدولي تضمن النص على ضرورة اتخاذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكي تكفل حقوق الطرفين (مادة 23).

وفي السياق ذاته، نجد أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري نصت على وجوب أن تتخذ الدول الأطراف تدابير مناسبة لإنهاء أي تمييز قائم (مادة 2). ونصت الاتفاقية أيضاً على أن تتعهد كل دولة بتقديم تقرير عن التدابير التي اتخذتها (التشريعية أو القضائية أو أية تدابير أخرى) بحيث تمثل إعمالاً لهذه الاتفاقية (مادة 9).

وصولاً لاتفاقية سيداو، يمكن القول إنها كانت ثمرة جهود المجتمع الدولي من أجل النهوض بالمرأة وتحسين أوضاعها، وتضمنت نصاً ليس فقط بحقوق المرأة وتأكيد مبدأ عدم التمييز، إنما وضحت أيضاً التزامات الدول الأطراف والمسؤوليات التي ترتبط بالحقوق في الاتفاقية، ووضعت آليات لمراقبة مدى اتساق ما تقوم به الدول مع التزاماتها بموجب الاتفاقية، وتضمنت بروتوكولاً اختيارياً يتيح إمكانية التقدم بشكاوى فردية في حال انتهاك أي من الحقوق الواردة.[15]

وعليه، فإن الدولة في حال اختيارها التصديق على معاهدة ما، فإنها تضع على عاتقها أن تقوم بتطبيق بنودها. فمثلا، يجب عليها انطلاقا من ذلك أن تجعل من مبدأ المساواة والكرامة أساسا لكافة التشريعات الوطنية، وأن تراجع هذه التشريعات لتلغي كل ما يعارض هذه المبادئ، وعلى الدولة أيضاً أن تعمل جهدها لإنهاء الممارسات والعادات التي تمارس تمييزاً ضد المرأة. وفي هذا السياق، يمكن الاستنتاج أنه وفقاً لاتفاقية سيداو، فإنها تضمنت التزامات تقوم بها الدولة بين الأفراد، بحيث أوجبت المادة (5) أن "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي: (أ) تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيّزات والعادات العرفية وكل

[15] راجع اتفاقية سيداو. انظر أيضا: خديجة نصر، *تبعات مصادقة دولة فلسطين على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة 1979* (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2013)، 14-15.

الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة". إن نص الاتفاقية على هذه الالتزام الملقى على عاتق الدولة هو تأكيد لجوهرية المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، إذ لم تكتف المعاهدة بأن تلزم الدولة باتخاذ تدابير تشريعية أو غير تشريعية لإلغاء التمييز، بل حرصت على أن تمتد الالتزامات لتشمل الأسر والعادات العرفية التي تفوق (تبرز) الرجل على المرأة.

انطلاقاً من ذلك، فإن حق المرأة في اختيار زوجها منتهك في منظومة التشريع الفلسطينية، فكما ذكر سابقاً، يتم المساس بهذا الحق من خلال تطبيق قانون الأحوال الشخصية، مع ضرورة الإشارة إلى أنه لم يتم إجراء أي تعديل أو تغيير عليه.[16] ووفقا لهذا القانون، فإن حرمان المرأة من حقها في اختيار زوجها يلحقه أيضاً بطلان تام في حال تزوجت المرأة المسلمة من رجل غير مسلم. فالمشرع لم يكتف بسلب الحق في اختيار الزوج، بل وألحق البطلان بالزواج في حال تمامه. وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الشرعية لا تلتفت للقانون الأساسي في تطبيقها لقضايا الأحوال الشخصية، فهي تطبق قانون الأحوال الشخصية بحذافيره ودون أي اعتبار لأي حق قد يبدو أساسياً.[17]

وعليه، تأثرت نظرة المجتمع الفلسطيني إلى المرأة بنظرة الشريعة الإسلامية، وبالعادات والتقاليد التي تؤكد تبعية المرأة للرجل، وتفوقه دائماً، هذا برغم أن الأصل المتفق عليه في القانون الأساسي هو مبادئ الكرامة والمساواة، إلا أن القوانين السارية تبين العكس تماماً، وهذا يؤكد ضرورة متابعة التشريعات للتأكد من أنها لا تعارض أو تخالف القانون الأساسي.[18]

إن ما ذكر سابقاً يتطلب ضرورة تحديد مكانة المعاهدات في النظام القانوني الفلسطيني، إذ يبدو جليّا أن فلسطين لا تطبق ما جاء في المعاهدات الدولية، وهذا واضح من خلال عدم قيام المشرع بأي تعديل يلائم اتفاقيات حقوق الإنسان، ما يجعل

[16] بالحديث عن قانون الأحوال الشخصية خاصة، وباعتبار أنه مستقى من الشريعة الإسلامية، نجد أنه كأغلبية الدول العربية التي تعتمد الفصل التام بين مسائل الأحوال الشخصية سواء من جهة القانون أو القضاء، فيترك تنظيم مسائل الأحوال الشخصية لإبداء الديانة أنفسهم باعتبار أن مسائل الأحوال الشخصية ترتبط بالدين، أما فيما تعلق بالقضاء، فينظر في النزاعات التي تنشأ عن تطبيق قانون الأحوال الشخصية القضاء الشرعي. انظر: سامر الفارس وفراس ملحم، "أسس التشريع في فلسطين"، بحث غير منشور، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، 38-39.

[17] قرار المحكمة العليا الشرعية رقم (84) لسنة 2010.

[18] الفارس وملحم، "أسس التشريع في فلسطين"، 32-34.

فلسطين مخلة في التزاماتها الدولية، إذ كيف تصادق على اتفاقيات تعجز عن الوفاء بها.

لم تتضمن المنظومة الفلسطينية أي نص ينظم العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، إذ خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أية إشارة وأي تحديد للعلاقة بينهما أو للسلطة المختصة بإبرام المعاهدات، ولم يتضمن كذلك آليات إنفاذ المعاهدات الدولية أو قيمتها القانونية. لذلك، أدى غياب التنظيم التشريعي لمسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي لوجود اضطراب فعلي لتحديد مكانة هذه المعاهدات وتبيان طرق الإنفاذ الداخلي.[19]

تتباين الأسس التي يمكن اعتمادها لتبيان قيمة المعاهدات، ففي الوقت الذي لم ينظم القانون الأساسي هذه المسألة، نجد أن المسودّة الثالثة للدستور نظمتها بشكل صريح.[20] لذلك، وفي ظل هذا التخبط في معرفة الأساس القانوني لهذه المعاهدات، فإن هناك من يطرح فكرة اعتبار أن النظام الفلسطيني نظام أحادي لخلوه ما يفيد عكس ذلك، باعتبار أن القانون الأساسي يحث على الانضمام للمعاهدات دون إبطاء.[21] وبالتالي يمكن الاستنتاج أن المعاهدات تُنفذ تلقائياً دون الحاجة لإقرارها بقانون، مع التأكيد على ضرورة نشرها

[19] لا تقتصر الإشكالية عند هذا الحد، بل تمتد لأبعد من ذلك، فهناك من يطرح فكرة أن صلاحية إبرام المعاهدات الدولية هي لمنظمة التحرير الفلسطينية وليس للسلطة الوطنية، باعتبار أن المنظمة هي صاحبة الشخصية القانونية. الأمر الآخر الذي يثار في هذا الصدد هو اتفاقية أوسلو، التي لم تخول السلطة الوطنية صلاحية التوقيع على الاتفاقيات الدولية، بل إنها تمنعها من ذلك أصلاً؛ إذ تنص المادة (9) من الاتفاقية الإسرائيلية الفلسطينية بشأن الضفة والقطاع لعام 1995: "أ- بناء على إعلان المبادئ، لن يكون للمجلس صلاحيات ومسؤوليات في مجال العلاقات الدولية والتي تشمل تأسيس سفارات أو قنصليات أو أية ممثليات في الخارج أو السماح بتأسيسها في الضفة الغربية أو غزة، أو تعيين أو قبول موظفين دبلوماسيين، أو ممارسة مهام دبلوماسية. ب-على الرغم من أحكام هذا البند، فبإمكان منظمة التحرير الفلسطينية أن تجري في مفاوضات توقيع اتفاقيات مع دول أو منظمات دولية لمصلحة المجلس في الأمور التالية فقط:- اتفاقيات اقتصادية كما هو منصوص عليه بوضوح في الملحق الخامس من هذه الاتفاقية. اتفاقيات مع دول مانحة من أجل تنفيذ ترتيبات لتقديم المساعدات للمجلس، اتفاقيات من أجل تنفيذ خطط التنمية الإقليمية كما هي موضحة في الملحق الرابع من إعلان المبادئ أو في اتفاقيات. انظر: ريم بطمة، *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها* (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014)، 46-47.

[20] المادة (79) من المسودة الثالثة للدستور 2003: "يقر مجلس الوزراء الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي يبرمها أعضاء الحكومة بموجب الصلاحيات المفوضين بها، ويلزم لسريانها تصديق رئيس الدولة عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. أما الاتفاقيات والمعاهدات التي تُحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في الموازنة أو تُحمّل المواطنين أو الدولة التزامات خلافاً للقوانين السارية فتستوجب أيضاً موافقة أغلبية مجموع أعضاء المجلس النيابي لإنفاذها. ويناقش المجلس النيابي المعاهدات التي يترتب عليها مساس باستقلال الدولة أو سلامة أراضيها، توطئة لقيام الحكومة بطرحها على الاستفتاء الشعبي العام، ويلزم لنفاذها موافقة أغلبية المشاركين في هذا الاستفتاء".

[21] تنص المادة 10 من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: "1- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. 2- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

باعتبار أن النشر لا غنى عنه نظراً لأنه يضع المعاهدات بين متناول السلطات والأفراد.[22]

حري أن نذكر في هذا الصدد مسوّدة الدستور الفلسطيني لعام 2015،[23] التي نصت بشكل صريح على ضرورة التزام الدولة بالمواثيق الدولية مع مواءمة القوانين والتشريعات بما لا يتعارض مع الدستور (مادة 40). ونصت المسودة على أمور واضحة متعلقة بالمعاهدات، فبينت أن الرئيس هو الذي يصادق عليها (مادة 191)، وبينت كذلك أن من اختصاص المحكمة الدستورية النظر في دستورية عقد المعاهدات، وتقرير بطلان أي قانون في حال تعارضه مع الدستور أو مع المعاهدة (مادة 261).

لذلك، فإن النظام القانوني في فلسطين غير واضح فيما يخص آليات إنفاذ المعاهدات الدولية في النظام الداخلي، وحتى تستطيع الدولة الوفاء بالتزاماتها الدولية، وجب عليها أن تكون قادرة على التعامل مع هذه الالتزامات وألا تثار أية إشكاليات في تطبيقها، ويبرز في هذا دور القضاء في رسم خطوط واضحة للعلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي.[24]

إن مسألة انتهاك الحقوق الأساسية والتعرض لمبدأي الكرامة والمساواة إشكالية جوهرية ليست فقط في العلاقة العمودية بين الدولة والأفراد، إنما أيضاً على مستوى العلاقة الأفقية بين الأفراد تجاه الأفراد، إذ يتوجب على الأشخاص في علاقاتهم الخاصة احترام الآخرين كرامتهم، وعدم إضرارهم عند التصرف بأملاكهم، وهذا الإلزام القانوني هو من انعكاس لفكرة الحق الأساسي الذي ينظم مستويين من العلاقة، فهو يضع التزاماً على الدولة باحترام حقوق الأفراد وتكريس ذلك في الدستور والقوانين، وبالإضافة إلى ذلك، فإن ضمانات الكرامة الإنسانية مفروضة على الأفراد في علاقاتهم الأفقية، فيمنع عليهم –عند إشباع حاجاتهم الخاصة– الاعتداء على الآخرين.[25]

خلا القانون الأساسي الفلسطيني من أي نص على الالتزام الأفقي، وهذا يوصل لاستنتاج أن قانون الأحوال الشخصية بدوره لم يتضمن أي نص أو إشارة إلزام يقع على الأفراد تجاه علاقاتهم الأفقية، ولعل هذا –ما يتعلق بحق المرأة في اختيار زوجها– لم يتبلور ليصبح حقاً أساسياً له أثر فعال يمتد للعلاقات الأفقية. ليس هذا فحسب، فإن العلاقة

[22] بطمة، *المعاهدات الدولية*، 49–50.

[23] مسودة دستور دولة فلسطين، أيلول 2015.

[24] بطمة، *المعاهدات الدولية*، 54.

[25] عيد أحمد الحسبان، "فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة"، *مجلة دراسات– علوم الشريعة والقانون*، مجلد 39، عدد 2 (2012)، 456، 457.

العمودية أيضا فيها خلل كبير، إذ إن قانون الأحوال الشخصية في منع زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم، وإبطاله دون أن يرتب أي أثر، يمس فعلياً بحقها في اختيار زوجها، وهذا يعني أن الالتزامات العمودية المترتبة على الدولة تجاه الأفراد معطوبة، إذ لم يقم المشرع الفلسطيني بمراعاة ضمانات المساواة والكرامة الإنسانية، وهذا أثّر فعلياً على الحق في اختيار الزوج رغم جوهريته في المواثيق الدولية.

يتبين مما سبق أهمية تحديد الحق الأساسي، فتبنيه يؤثّر فعلياً وبشكل كبير على المشرع، الذي يؤثر بدوره على سلطات الدولة الأخرى، ومن ثم على الأفراد.

IV. الموازنة بين حق المرأة المسلمة في اختيار زوجها والقيد الشرعي

أضحت مسألة فرض قيود على الحقوق والحريات أمراً مسلّماً به في دساتير الدول وفي الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان مع استثناء بعض من هذه الحقوق. وتبدو ضرورة القول إن فرض قيود على حق ما هو أمر حساس باعتبار أنه يجب أن يراعي عدة مسائل ومعايير عند إجراء التقييد، ومن هذه الاعتبارات ما هو ممثل باحترام حقوق وحريات الآخرين، أو اعتبارات متعلقة باحترام وحماية مصالح المجتمع ككل (النظام العام/ الأمن العام/ الصحة العامة/ الآداب العامة).[26]

هناك عدة إرشادات وتوجيهات يتعين على القاضي اتباعها عند فحصه مشروعية القيود الواردة على الحقوق، وهذه الإرشادات بدون شك موجهة لحماية حقوق الإنسان بناءً على موازنة عادلة بين الحق وأسباب القيد.[27]

بادئ بَدءٍ، فإن القاضي عند بحثه في حق المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم، عليه الإيمان بأنه حق أساسي المساس به يؤثر على مبادئ الكرامة والمساواة. فالقاضي عندما يضع هذه الاعتبارات كأساس ينطلق منها، تصبح المعايير التي يلجأ اليها لعملية الموازنة أوضح، والقاضي المقصود به هنا هو أي قاضٍ تُعرَض عليه قضية يعتريها انتهاك لأي حق، فعملية إنفاذ الحقوق الأساسية ليست حكراً على القاضي الدستوري، إنما ينعقد الاختصاص لأية محكمة تنظر في قضية فيها انتهاك لأي من الحقوق والحريات.[28]

---

[26] محمد خضر، *التنظيم الدستوري في فلسطين (دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل* (رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015)، 42.

[27] المرجع السابق، 54.

[28] المرجع السابق، 55.

لعملية الموازنة عدة معايير. يمثل **المعيار الأول** ضرورة أن يفسر النص لصالح الحقوق الأساسية، وأن يكون القيد قانونياً،[29] وفي حال حق المرأة في اختيار زوجها، فإن مبدأ المساواة والكرامة مبدآن أساسيان لمنظومة الحقوق، ويجب أن تكون المساواة والكرامة هي الأساس التي تنطلق منه التشريعات الفلسطينية الناظمة لحقوق الإنسان. ولذلك، فإن منع زواج المرأة المسلمة من غير المسلم هو اعتداء على حقها من جهة، وتفسير موسع للقيد على حساب الحق الأساسي. حتى لو أن قانونية القيد متوفرة في منع المرأة المسلمة من الزواج بغير المسلم، إلا أن القيد تعتريه عدم المشروعية لاعتدائه على مبادئ المساواة والكرامة الإنسانية.

أما **المعيار الثاني** في عملية الموازنة، فيتمثل في وجود غاية من التقييد، وتمثل هذه الغاية في العادة وجود مصلحة عامة بأي من عناصرها (نظام عام، آداب عامة، صحة عامة، أمن عام). وفي حال منع زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم، فإن الغاية التي يهدف القيد إلى تحقيقها يمكن استنباطها من الغاية من جواز زواج الرجل المسلم بامرأة كتابية، والمتمثلة بأنها كسب للإسلام، حيث إن الزوجة تدخل الإسلام عن قناعة ويحسن إسلامها، وأن الزوج ينقل إلى زوجته عادات وأفكار مجتمعه المسلم من خلاله، وأن الزوجة بدورها تنقل ذلك لمجتمعها وبالتالي تنقل الإسلام الصحيح لغيرها.[30] ولكن يبدو أن هذا الطرح خيالي وغير صحيح، إذ بالمفهوم المعاكس فإنه يعني أن تحريم زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم هو لأن المرأة المسلمة ستتأثر بزوجها غير المسلم وتأخذ أفكاره وعاداته وتترك الإسلام، أضف إلى ذلك أن المرأة الكتابية في حال زواجها من الرجل المسلم فإنه ليس مؤكداً أنها ستتأثر بدينه وأفكاره، فهذه فرضيات لا يمكن الجزم بها، والعكس صحيح فيما يتعلق بالمرأة المسلمة، فمن الممكن ألا تتأثر بعادات وأفكار زوجها غير المسلم.

تتمتع تعاليم الموازنة بمركز أساسي في النظام العالمي للحقوق الدستورية، فهي تتطلب وجود امتحان التناسبية الذي يستعمل لحل صراع بين حقين متنافسين أو بين المصلحة العامة، ويمكن القول إن عملية الموازنة هي المنهج المناسب لتحديد الحق أو المصلحة التي تأخذ الأولوية.[31]

تمثل التناسبية **المعيار الثالث** في عملية الموازنة، فهي تقوم على فكرة الأخذ بالاعتبار للموازنة بين

[29] المرجع السابق، 56.

[30] فيصل الزراد، *المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي* (بيروت: دار الكتاب العربي، 2010)، 66-67.

[31] Moller, *The global model*, 99-205.

الأثر الذي ينتج عن تقييد الحق والأثر الذي ينتج عن حماية المصلحة، أي ما يمكن أن يتم جَنْيه من مصالح وأضرار.[32] تتبع المحكمة المعايير التالية للتأكد من مراعاة مبدأ التناسب:

يمثل **المعيار الأول** بالاستقلال الذاتي والمصلحة المشروعة، فهو يَعْتَبر أن تقييد الحق هو انتقاص من استقلالية الفرد، أي يمكن القول إن نبراس عملية الموازنة يعتمد على المساس باستقلالية الفرد، فهو العنصر الموجه لها.[33] وبالعودة إلى التقييد التمييزي الواقع على المرأة المسلمة بمنع زواجها من غير المسلم، فإن هناك تقييداً واعتداءً يمس باستقلاليتها، ففي كل فرد ميول فطرية تدفع للقاء واختيار الآخر، بحيث تكلل هذه الميول برابطة الزواج بينهما.[34] وفي حال المرأة المسلمة، فإن اختيارها لن يكون مقبولاً في ظل المنع المقنن في قانون الأحوال الشخصية، وبالتالي فإن وجود هذا القيد التمييزي يمس باستقلاليتها.

أما **المعيار الثاني**، فهو معيار وجود علاقة مباشرة بين القيد والمصلحة، وبالعودة إلى موضوع الدراسة، فإن الهدف وراء منع زواج المرأة المسلمة من غير المسلم وفقاً لجمهور الفقهاء (- الذين أجمعوا على تحريم هذا الزواج)- هو أنه لو أجيز نكاح المرأة المسلمة لغير المسلم لثبت عليها ولاية وسبيل، وهذا لا يجوز خوفاً من أن تخضع لسلطان الزوج ويضيع دينها وتألف دينه، أضف إلى ذلك، أن الحكمة والهدف من وراء المنع بسبب ان الأولاد عادة يتبعون دين آبائهم ولذلك فإن المحافظة على الدين الاسلامي تقتضي التفريق بين جواز نكاح المسلم لغير المسلمة مع عدم جواز العكس، فالمسلم إذا تزوج بكتابية يؤمر بالإحسان إليها، أما إذا تزوجت المسلمة من غير المسلم فلا يمكن أن تصان كرامتها من رجل لا سلطان للإسلام عليه.[35]

في الحقيقة، لا يحمل التقييد التمييزي أعلاه أي ارتباط بتحقيق الهدف، لأنه لا يحمل أي وجه منطقي، فالهدف أعلاه همش بصورة أو بأخرى الأديان الأخرى، أي الهدف المناط تحقيقه هو هدف ديني بحت دون أي اعتبار لأي مسائل أخرى، أضف إلى ذلك أن الهدف اعتباطي وغير مدروس، فمن الممكن ألا تألف المرأة دين زوجها، ومن الممكن ألا يصون المسلم زوجته، ومن الممكن أن

[32] خضر، *التنظيم الدستوري*، 60.

[33] Moller, *The global model*, 99-205.

[34] ضميرية بن جمعة، "احترام الكرامة الإنسانية والمساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية"، *مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية* (مصر)،عدد خاص (2010-2011)، 808-809.

[35] بوكان أبوبكر كريم، *نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية* (القاهرة والشارقة: دار الكتب القانونية، 2012)، 156.

يصون الرجل غير المسلم زوجته المسلمة ويكرمها، فهذا ليس منوطاً فقط بالرجل المسلم. وفيما يتعلق بالأبناء، وبالقول الذي يعتمد على أن الأبناء يتبعون دين آبائهم، فإنه هذا يجانب الصواب، لأنه مثلا لو تزوج الرجل المسلم بامرأة غير مسلمة وأخذت تعلم أبناءها تعاليم دينها، فحينها تنتفي العلاقة بين القيد والمصلحة. ومن الأمور التي ينبغي ملاحظتها أيضا أن الزواج المدني هو وسيلة تحقق رغبة الفرد في الزواج ممن يشاء، وفي هذه الحالة تنتفي قطعياً علاقة التقييد بالهدف بحيث هناك طرق أخرى يتم اللجوء إليها، وهذا يقودنا تباعاً للقول إن التقييد غير مجدي. ولذلك، فإن المحكمة في بحثها للعلاقة بين القيد والمصلحة إن وجدت أن العلاقة غير متوفرة وأن هناك احتمالاً مؤداه لا يحقق المصلحة، فإنها تحكم بعدم التناسب بين القيد والمصلحة.

أما عن **المعيار الثالث**، فهو يعتمد على اختيار التقييد الأقل تقييداً للحق. ويُؤسس هذا المعيار على وجود وسيلة أقل تقييداً على الحق، وتحقق الغاية نفسها. وبالنظر إلى التقييد التمييزي المفروض على المرأة المسلمة فنجد أنه تقييد مدعم بتمييزٍ في حقها، فلو اعتمد التقييد بدون التمييز القائم على منع زواجها إلا من مسلم، لاختلفت الصورة كلياً، ولأضحى مبدأ المساواة قائماً، مع بقاء التقييد لكل من الرجل والمرأة. ولعل ما يمكن طرحه هو إن كان هناك وسيلة تحقق الغاية المرجوة بوسيلة أقل تقييداً على الحق؟

وصولاً للموازنة بين أهمية الحق الأساسي وأهمية المصلحة المراد حمايتها. **فالمعيار الرابع** يقوم على دراسة الأثر الناتج عن تقييد الحق من جهة، وأثر حماية المصلحة من جهة أخرى. وارتباطاً بموضوع البحث، فإن الأثر الناتج عن تقييد الحق فيه أضرار كبيرة، إذ إن قانون الأحوال الشخصية ألحق البطلان بعقد زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، بل واعتبر الزواج الباطل بمنزلة الزنا، ونظراً لبطلانه من أساسه فهو لا يرتب مهراً أو نفقة أو إرثا.[36] وهذه الأضرار كبيرة جداً مقارنة بالمصلحة المرجو حمايتها، والتي يمكن اعتبارها احتمالية. أضف إلى ذلك أن ترتيب البطلان على زواج قائم يلحق أضراراً بالأبناء لاحقاً، وهذا ما يمكن ذكره باعتبار أن مثل هذا الزواج لا يسجل وهذا يعني أن الآثار التي تنتج عن الزواج غير معترف فيها.

وعليه، فإن عملية الموازنة بمعاييرها وأسسها لا تطبق في فلسطين، ولا يتم إعمالها رغم أهميتها في حماية الحقوق الأساسية من تعسف السلطات. واستناداً إلى ما سبق، فإن حق المرأة في اختيار

[36] وديع رحال، *القواعد العامة في الأحوال الشخصية* (د.م: د.ن، 1997)، 111.

زوجها هو حق أساسي مكفول في المواثيق الدولية، ولكنه مغيبٌ في فلسطين، إذ لا يلتفت لهذا الحق أي من القوانين، والتفاتها يكون فقط لتقييد هذا الحق. ويتمثل ذلك في قانون الأحوال الشخصية. ورغم انضمام فلسطين إلى المعاهدات الدولية التي تعزز حقوق الإنسان ومن ضمنها حق اختيار الزوج، إلا أن فلسطين لم تلتزم بهذه المعاهدات ولم تقم بأي إجراء من شأنه أن يعزز هذه الحقوق، أضف إلى ذلك أن المحكمة الدستورية قد تعجز عن حماية هذه الحقوق، فقد يُعمل القاضي الدستوري مبدأ التناسب بين حق المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم وبين الحق الشرعي وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد مصدراً من مصادر التشريع في فلسطين، ولكنه سيصطدم بمصالح مستقاة من الشريعة الإسلامية ويرفض إنصاف الحقوق استنادا لها.

خاتمة

سعت الدراسة إلى فحص إمكانية تطبيق النظرية الترميمية في فلسطين من خلال التعرض إلى الحق في اختيار الزوج، وخاصة حق المرأة المسلمة في الزواج من غير المسلم.

انطلاقاً من ذلك، كانت استقلالية الفرد (الكرامة، الحرية، المساواة) هي الأساس الذي تنطلق منه النظرية الترميمية، فبناءً على هذه المبادئ، وبناءً على أن أي مساس بها أيضا هو انتقاص من استقلالية الفرد، يكون حقاً ما هو حق للوهلة الأولى. وهذا يؤكد على أهمية حقوق الإنسان، بحيث ترتكز هذه الحقوق على مبادئ الكرامة، المساواة، الحرية. وهذا يجعل من النظرية الترميمية نهجاً حسناً باعتبار أنها تقوم على هذه المبادئ التي تعد مداخلَ مختلفة لأي من الحقوق.

للنظرية الترميمية عدة فرضيات يمثل التضخم الحقوقي أولها، فما يمكن الاعتقاد بأنه حق أساسي قد لا يكون كذلك، وما يعتقد أنه حق غير أساسي يتبين أنه حق اساسي، ويتم ذلك من خلال المرور بمرحلة التبرير. وفيما يتعلق بحق المرأة في اختيار زوجها، فهو حق مكفول في المنظومة الدولية بغض النظر عن أي تمييز، وصولاً للمنظومة الفلسطينية، فقد تبين أنها تؤكد على مبادئ المساواة والكرامة الإنسانية، ولكنها تنتهك حق المرأة في اختيار زوجها في قانون الأحوال الشخصية.

أما فيما يتعلق بالتزامات الدولة والأفراد تجاه حق المرأة في اختيار زوجها، فرغم انضمام فلسطين إلى جملة من المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان بدون أي تحفظ، إلا أنها لم توائم تشريعاتها الداخلية مع هذه الاتفاقيات، وتستمر في تطبيق القوانين التي

تنتهك حقوق الإنسان، وهذا يعني أن الفرضية الثانية من النظرية الترميمية غير مطبقة.

وصولاً لأهم فرضية في النظرية الترميمية ألا وهي التوازن، إذ تعد عملية الموازنة النبراس الذي يحمي الحقوق الأساسية، والذي يوفر لها الضمان على ألا تنتهك بشكل اعتباطي. وفي فلسطين، لا تُطبّق المحاكم معايير الموازنة، رغم أن إعمال الحقوق الأساسية واجب كل قاضٍ تُعرَض عليه قضية فيها انتهاك، إلا أنه وللأسف تَعتَبر المحاكم التقييد هو الأساس والحق الأساسي هو الاستثناء. أي أن المحاكم تطبق النص بدون أي نقاش في حال زواج المرأة المسلمة من غير المسلم، فهي ترتب عليه البطلان بغض النظر عن أي حق للمرأة.

وعليه، ناقشت الدراسة فرضيات النظرية الترميمية للحقوق، إذ إن التبريرات التي تنفي اعتباره حقاً أساسياً نوقشت على أساس مساسها باستقلالية المرأة كفرد من أفراد المجتمع: حرة، لها كرامتها، ومتساوية مع الآخرين، وهذا يساعد في استنتاج مدى اعتبار الحق في اختيار الزوج حقاً أساسياً. وفيما يتعلق بالتزامات الدولة، نجد أن فلسطين لم تقم بأي إجراء يعكس مبدأ المساواة، بل على العكس، فإن مبدأ التمييز هو السائد. وعليه، لم يكن هناك أية التزامات أفقية أو عمودية، فالدولة نفسها لم تحترم حق المرأة في اختيار زوجها، وهذا يبدو واضحاً في نصوص القوانين التي ما زالت تطبق، والتي تعد خلفيتها عادات المجتمع، ثقافته ودينه. وصولاً لموضوع التوازن، نجد أن القوانين المذكورة غلبت في نصوصها ذات العلاقة كل حق عدا حق المرأة في اختيار زوجها.

خلاصة القول، يبدو من خلال الطرح أن فلسطين ليست من ضمن التوجه العالمي للحقوق الأساسية. فلا هي تواجه حقاً قد يكون أو لا يكون أساسياً، ولا تقوم بالتزاماتها الإيجابية والعمودية وتبعاً لذلك الأفقية. وبالإضافة إلى ذلك، فهي بعيدة كل البعد عن عملية الموازنة ومعاييرها التي تقرر البت في مصالح وحقوق متضاربة.

لذلك، فإن الطموح المرجو في فلسطين هو أن تصبح المحكمة الدستورية قادرة على حماية الحقوق الأساسية، وقادرة على أن تنصف المرأة في حقها باختيار زوجها وألا يعيقها في ذلك أي عائق.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

- ميثاق الأمم المتحدة، 26 حزيران 1945.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 10 كانون الأول، 1948.
- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ديسمبر 1965.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، 16 كانون الأول 1966 (نفذ بتاريخ 23 آذار 1976).
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ 1\12\1976، عدد 2668، ص551.
- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، 1 اذار 1980.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.
- قانون العائلة الإسلامي الماليزي لسنة 1984.
- إعلان استقلال فلسطين، 15 تشرين الثاني 1988.
- إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام لعام 1990.
- الاتفاقية الإسرائيلية الفلسطينية بشأن الضفة والقطاع 1995.
- المسودة الثالثة للدستور 2003.
- قانون مدونة الأسرة المغربي رقم 70.03 لسنة 2004.
- مرسوم رقم 19 لسنة 2009 بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، المنشور في الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 27\4\2009، عدد 80، ص20.
- قرار المحكمة العليا الشرعية رقم 84 لسنة 2010.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 26 نوفمبر 2012، الدورة السابعة والستون.
- مسودة دستور دولة فلسطين، ايلول 2015.

ثانيا- المراجع:

- باوزير، مريم أبو بكر. "أهلية المرأة وأثرها في الحقوق والواجبات"، *حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية*، مجلد 7، عدد 24 (2011): 559-694.
- بطمة، ريم. *المعاهدات الدولية والقانون الوطني: دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني واليات توطينه*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2014.
- الحسبان، عيد أحمد. "فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة"، *مجلة دراسات- علوم الشريعة والقانون*، مجلد 39، عدد 2 (2012): 453-471.
- خضر، محمد. *التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل*. رام الله: المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، 2015.

- رحال، وديع. *القواعد العامة في الأحوال الشخصية*. د.م، د.ن، 1997.
- الزراد، فيصل. *المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والاسلامي*. بيروت: دار الكتاب العربي، 2010.
- السيد بن حسن الحسين. *معايير اختيار شريك الحياة وأثرها في تحقيق التوافق الزواجي*. جدة: جمعية المودة للتنمية الاسرية، 2015.
- ضميرية بن جمعة، "احترام الكرامة الإنسانية والمساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية"، *مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية* (مصر)، عدد خاص (2010-2011)، 805-844.
- الفارس، سامر، وفراس ملحم. "أسس التشريع في فلسطين"، بحث غير منشور، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت.
- فرحان، ماهر. *تحليل سوسيولوجي لنظام الاختيار الزواجي في المجتمع العربي*. عمان: دار آمنة للنشر والتوزيع، 2013.
- كريم، بوكان. *نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية*. القاهرة والشارقة: دار الكتب القانونية، 2012.
- نصر، خديجة. *تبعات مصادقة دولة فلسطين على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة 1979*. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، 2013.
- يوسف، أحمد ربيع أحمد. "حق المرأة في اختيار الزوج"، في: *مكانة المرأة وحقوقها في الإسلام*، 141-164. سلسلة مركز دراسات الأسرة (2). القاهرة: رابطة الجامعات الإسلامية، 2006.
- Moller, Kai. *The global model of constitutional rights*. New York: New York University, 2013.

سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية

سلسلة إلكترونية، تصدرها وحدة القانون الدستوري بجامعة بيرزيت، ويشرف عليها كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي (الكرسي)، تعنى بنشر الأوراق البحثية المتخصصة في القانون، خصوصاً في حقول القانون العام التي من شأنها إفادة الطلبة والأساتذة والباحثين والمهنيين في هذه المجالات، في فلسطين والدول العربية. وذلك ضمن سعي الكرسي لتعزيز البحث العلمي القانوني في جامعة بيرزيت.

تضم السلسلة خمس فئات: المقالات المترجمة، مشروع موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، أوراق أبحاث طلبة الماجستير، أوراق المؤتمرات، وأوراق الموقف. وقد يجري استحداث فروع أخرى جديدة.

BIRZEIT UNIVERSITY

H.H. Shaikh Hamad Bin Khalifa Al-Thani Chair in Constitutional and International Law

BIRZEIT UNIVERSITY
كلية الحقوق والإدارة العامة
Faculty of Law and Public Administration
وحدة القانون الدستوري
Constitutional Law Unit

كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، هو أول كرسي متخصص في القانون الدستوري والدولي في فلسطين، أنشأته الجامعة عام 1996، وأعادت تفعيله عام 2015. تجيء تسمية الكرسي تكريماً من الجامعة لدولة قطر على وقفيتها الكريمة للجامعة منذ العام 1996. ويعمل الكرسي بالتشبيك مع وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بالجامعة.

الرسالة:

"الارتقاء بالمواضيع القانونية الدستورية والدولية وبالتحديد الحالة الفلسطينية لاستغلالها بما يخدم مصالح الشعب الفلسطيني، وخدمة المجتمع وتطوير مؤسسات المجتمع المختلفة."

الرؤية:

رفع مستوى الوعي القانوني وتدريب المختصين على استخدام القانون الدولي وفقاً لغايته الأساسية، بالوسائل القانونية المشروعة لاسترجاع حقوق الفلسطينيين ومنحهم الحق في تقرير المصير، وملاحقة ومحاسبة كل من يرتكب الجرائم الدولية بحقهم. فضلاً عن صون وحماية الحقوق والحريات المختلفة لأفراد الشعب الفلسطيني على الصعيد الوطني والدولي.

وحدة القانون الدستوري في كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، هي أول وحدة بحثية أكاديمية من نوعها في فلسطين. أنشأتها الكلية مطلع العام 2014، إيماناً منها بأهمية مواكبة فلسفة التعليم الحديث القائم على البحث العلمي، وبأهمية القانون الدستوري كأهم حقل من حقول القانون الذي ترتكز على أساسه أركان الدولة، وعلاقة السلطات الثلاث ببعضها، وكونه يُنظم حقوق الإنسان كأحد أهم الموضوعات السامية على الصعيدين الداخلي والدولي.

تضم الوحدة الباحثين والمهتمين في القانون الدستوري من أساتذة الكلية وطلبتها وخريجيها، وتهدف بشكل خاص إلى: تطوير البحث العلمي، تطوير تعليم القانون الدستوري، تقديم فرص تدريب للطلبة وإكسابهم الخبرات البحثية، ومواكبة التطورات على صعيد النظام الدستوري الفلسطيني.