



حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص: القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. كحلولة محمد

من إعداد الطالب:

وحياني جيلالي

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. بن سهلة ثاني محمد بن علي
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. كحلولة محمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. لريد محمد أحمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. هيشور أحمد



حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم
تخصص: القانون الخاص

تحت إشراف:
أ.د. كحلولة محمد

من إعداد الطالب:
وحياني جيلالي

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. بن سهلة ثاني محمد بن علي
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. كحلولة محمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. لريد محمد أحمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. هيشور أحمد

شكر وتقدير

أُتقدّم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والعرفان إلى الأستاذ المشرف "محمد مخلوة" على قبوله مواصلة الإشراف على هذا العمل.

كما أتوجّه بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذة "دنوني هجيرة" على إشرافها على هذا البحث قبل خروجها للتقاعد.

أشكر أيضا أعضاء لجنة المناقشة، على عناء تفحصهم لهذا البحث.

كما لا يفوتني أن أتقدّم بالشكر إلى كل من قدّم لي يد المساعدة، وأخصّ بالذكر زوجتي العزيزة على مرافقتها لي في إنجاز هذه الرسالة من بدايتها إلى نهايتها.

كذلك إلى صديقي وأخي الأستاذ "محمد فرحي" على ما قدّمه لي من مساعدة.

إلى حكيم وحياني، إلياس زوهيري ورجاء وحياني..

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ق.أ.ج:	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج:	قانون المدني الجزائري
ق.ع.ج:	قانون العقوبات الجزائري
ق.إ.م.إ:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج.ر:	جريدة الرسمية
غ.أ.ش:	غرفة الأحوال الشخصية
غ.أ.ش.م:	غرفة الأحوال الشخصية والموارث
ع:	عدد
ص:	صفحة
ط:	طبعة

ثانياً: باللغة الأجنبية

CEDAW:	Convention on elimination of all discriminations against women
OPU	Office des Publication Universitaire
E.d.:	Édition
Op.cit.:	Option cité
P.:	Page
Art.:	Article

مقدمة

يعتبر موضوع حقوق المرأة من المواضيع التي تحظى باهتمام كبير ومتزايد، ويرجع هذا الاهتمام للدور الذي تقوم به المرأة في الأسرة والمجتمع، حيث لا يمكن فصل قضية المرأة عن قضية الأسرة، وكلّ حماية للمرأة هي حماية لخلية الأسرة أيضاً، لذلك حظيت بعناية بالغة.

فقد تبنّى المجتمع الدولي مطلع القرن العشرين مجموعة من التّصوص ومنها اتّفاقية لاهاي 1902، الخاصّة بتنازع القوانين الوطنية المتعلّقة بالزّواج والطلاق والولاية على القصر، والاتّفاقيتان الصّادرتان بباريس في 18 ماي 1904 و 04 ماي 1910 والمتعلّقتان بمنع التّجارة في التّساء، حيث عدّة جريمة دولية، و لم تحدّ منظمة عصبة الأمم التي أنشأت بعد الحرب العالمية الأولى عن الجهود المبذولة لصالح المرأة، إذ نصّت المادة 03/07 من عهد العصبة على أنّ: "كلّ الوظائف في العصبة أو فيما يتعلّق بها، ستكون مفتوحة على قدم المساواة للرجال والتّساء"، وفي سنة 1921 وافقت جمعية العصبة على مشروع اتّفاقية بشأن منع الاتّجار بالتّساء والأطفال المتخض عن مؤتمر جنيف، المنعقد في السّنة نفسها ومّا جاء في هذه الاتّفاقية "أنّ الشّروع في نقل التّساء من أجل البغاء يستوجب العقاب، بغضّ النّظر عن لوهنّ أو أصلهنّ"، وفي سنة 1937م أنشأت العصبة لجنة من الخبراء لإعداد دراسة بشأن مركز المرأة عبر العالم، لكن اندلاع الحرب العالمية الثانية حال دون إتمام هذه الدّراسة¹.

و تزايد الاهتمام بقضية المرأة بعد إنشاء هيئة الأمم المتّحدة بعد الحرب العالمية الثانية في سنة 1945، حيث تمّ في إطار هذه المنظّمة إبرام العديد من الاتّفاقيات الدّولية لحماية حقوق الإنسان وحرّياته الأساسيّة، وقد كان للمرأة نصيب كبير من الاتّفاقيات والإعلانات الدّولية الخاصّة لحماية حقوقها وحرّياتها الأساسيّة.

¹ عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 06.

فقضية المرأة لم تعد قضية وطنية بل أخذت أبعاداً دولية بتزايد اهتمام المجتمع الدولي لحقوق المرأة، حيث أخذت طابعاً دولياً، تفرض نفسها في أروقة المنظمات الدولية سواء العالمية أو الإقليمية، وقد حدث ذلك بعدما اقتنع المجتمع الدولي بالدور الفعال الذي تلعبه المرأة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذلك كان لا بد من إيجاد حلول للقضاء على التهميش الذي تعاني منه المرأة بتمكينها من أداء مهامها على أحسن وجه وذلك بإصدار مجموعة من الاتفاقيات والإعلانات الدولية، وعقد العديد من المؤتمرات والاستراتيجيات الدولية الهادفة لتعزيز حماية فعالة وشاملة للمرأة.

كما أن موضوع حقوق المرأة أصبح خاصّة في السنوات الأخيرة له موقع مؤثر وأولوية خاصّة في مجال العلاقات الدولية بشكل لم يسبق له مثيل، فموضوع المرأة أضحى من الأولويات التي ينبغي أن تندمجها الدول ضمن مخططاتها وبرامجها الاقتصادية والاجتماعية باعتبار ذلك يشكل شرطاً أساسياً لتحقيق التنمية.

إنّ حماية حقوق المرأة تبدأ من الأسرة، فكل النصوص الدولية الخاصّة بحماية حقوق الإنسان، سواء العالمية أو الإقليمية تقرّ أنّ كل من المجتمع والدولة تلقى على عاتقهما مسؤولية لازمة تجاه الأسرة، وقد تدرّج المجتمع الدولي من خلال منظمة الأمم المتحدة، في إصدار النصوص الخاصّة بالحقوق الأسرية بداية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948 حيث نصّت المادة 16 على ما يلي: "1- للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ، حق التزوّج وتكوين أسرة دون قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما متساويان في الحقوق لدى التزوّج وخلال قيام الزّواج...". وبتاريخ 17/12/1954 أصدرت الجمعية العامّة للأمم المتحدة القرار رقم 843 (د-9) الذي أعلنت فيه أنّ بعض الأعراف والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزّواج وبالأسرة تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويعتبر هذا القرار النّواة الأولى للاتفاقية الدولية الخاصّة بالرضا بالزّواج وتسجيل الزّواج التي اعتمدها الجمعية العامّة للأمم المتحدة بالقرار 1763 م ألف (د-17) المؤرّخ في 07 نوفمبر 1962

والتي دخلت حيز التنفيذ في 09 ديسمبر 1964¹. وفي 01 نوفمبر 1965 أصدرت الجمعية العامة توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج ورغم أن هذه التوصية ليس لها طابع الإلزام شأنها في ذلك شأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، فإنها أكدت على واجب تعزيز كيان الأسرة، باعتبارها الوحدة الأساسية في المجتمع، وحق البالغين من الذكور والإناث في الزواج بحقوق متساوية، وأوصت أن يكون الحد الأدنى لسن الزواج 15 سنة لأي من الزوجين، دون تفرقة بين الرجل والمرأة.

وفي 1966 صدر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية² الذي نصّ في المادة 23 في الفقرتين 02 و03 على الحق في التزوج وتأسيس أسرة، وضرورة انعقاد الزواج برضا الطرفين دون إكراه على أيّ منهما، كما تمّ التأكيد في الفقرة 04 من نفس المادة، على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكفالة تساوي الحقوق والواجبات لدى الزوجين عند التزوج.

كما أكد العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966³، الذي أكد على المساواة بين الجنسين في جميع المجالات، ومن بينها الحقوق الزوجية، حيث نصّ على حق المرأة والرجل في الزواج التام والكامل لطرفي العقد، وذلك في المادة 10 منه والتي جاء فيها: "يجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه".

¹ لم تصادق الجزائر على هذه الاتفاقية.

² صدر في 1966 ودخل حيز التنفيذ 1976/03/23 وصادقت عليه الجزائر في 1989/05/16 بتحفظ على المواد 1، 22، 23 الجريدة الرسمية رقم 20 بتاريخ 1989/05/17.

³ اعتمد في 1966 ودخل حيز التنفيذ في 1976/02/03 وصادقت عليه الجزائر في 1989/05/16 بتحفظ على المواد 1، 8، 13، 23، ج.ر، 20 بتاريخ 1989/05/17.

لتعزيز حماية حقوق المرأة أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1967، إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة¹، الذي نصّ في المادة 02 منه على أن: "تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز... وتساوي المرأة مع الرجل في الحقوق أثناء قيام الزواج".

في سنة 1975 أعلنت منظمة الأمم المتحدة عشرينية النساء من سنة 1975 إلى 1985، حيث صدرت في هذه العشرية وبالضبط في سنة 1979 م اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة² والتي تعتبر ذروة ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال حماية حقوق المرأة، وهذا بنصّها على ضرورة مشاركة النساء في كلّ مجالات الحياة، حيث أكدت هذه الاتفاقية على حق المرأة في عدم التمييز على أساس الجنس وأنّ الرجل والمرأة متساويان في التمتع وممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية في المجالات المدنية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية.

إنّ هذه الاتفاقية تهدف أساساً إلى القضاء على أيّ دور تقليدي للمرأة، حيث يسود الكثير من المجتمعات تقاليد وأعراف وقواعد دينية تحدّد دور الرجل ودور المرأة، وهي أدوار نمطية من منظور الاتفاقية يجب القضاء عليها، وذلك بتكريس المساواة بين المرأة والرجل.

وتعتبر العلاقات الأسرية من بين المجالات التي كانت ولا زالت المرأة تعاني فيها من التمييز والتفاوت، إمّا باسم الدين أو باسم التقاليد، حيث أفرغت هذه القواعد الدينية والأعراف في قواعد قانونية آمرة وملزمة في الكثير من الدول. وعليه أفردت الاتفاقية مادة خاصة نصّت فيها على المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في العلاقة الأسرية لجميع مراحلها أي، المساواة في إنشاء عقد الزواج، والمساواة أثناء قيام الرابطة الزوجية وآثارها والمساواة في فكّ الرابطة الزوجية وآثارها حيث جاء في المادة 16 من الاتفاقية ما يلي:

¹ اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22) المؤرخ في 7 نوفمبر 1967.

² اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ الدخول حيز التنفيذ 3 سبتمبر 1981، وفقاً لأحكام المادة 27(1) صادقت عليها الجزائر بالتحفظ في 22/01/1996، ج.ر، رقم 06.

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

أ- نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحرّ والكامل

ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.

د- نفس الحقوق والمسؤوليات بوضعها أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور

المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

هـ- نفس الحقوق في أن تقرّر بحرية ويأدرّك للتتائج، عدد أطفالها والفاصل بين طفل والذي

يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه

الحقوق.

و- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلّق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم،

أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع

الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

ز- نفس الحقوق الشخصية للزوجة والزوج، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة

ونوع العمل.

ح- نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلّق بملكية وحيارة الممتلكات والإشراف عليها

وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

2. لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في

ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجلّ رسمي أمرا

إلزاميا".

والجدير بالذكر أنّ هذه المادة كانت محل تحفظ من طرف الكثير من الدول الأطراف في الاتفاقية، وذلك بحجة تعارضها مع الدين كما فعلت الكثير من الدول الإسلامية المنضمة للاتفاقية، أو بحجة تعارضها مع قوانين الأحوال الشخصية للكثير من الدول.

ولقد أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن قلقها تجاه هذه التحفظات، حيث علقت قائلة: "لاحظت اللجنة بانزعاج كثرة الدول الأطراف التي أدخلت تحفظات على المادة 16 كلّها أو جزء منها ولا سيما عند قيامها أيضا بإبداء التحفظات على المادة 02، مدعية أنّ الامتثال يمكن أن يتعارض مع رؤية عامّة للأسرة، تبني ضمن جملة أمور على المعتقدات الثقافية أو الدينية أو الوضع السياسي والاقتصادي للبلد... وينبغي للدول الأطراف أن تنبذ مجزم أية أفكار تدعو إلى عدم مساواة المرأة بالرجل، وتقرّها القوانين أو الشرائع الدينية أو القوانين الخاصة أو الأعراف وأن تسعى إلى الوصول إلى مرحلة تسحب فيها التحفظات وبخاصة المادة 16 من الاتفاقية"¹.

وتجدر الإشارة إلى أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة هي لجنة أممية، أنشأت بموجب المادة 17 من الاتفاقية وهي مكلفة بتلقي ودراسة تقارير الدول ومتابعة قضايا المرأة والاهتمام بحقوقها في العالم ومتابعة مدى التزام الدول بتطبيق نصوص الاتفاقية طبقا للمادة 18.

لقد كان لاتفاقيات حقوق الإنسان بصفة عامّة واتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة، تأثيرا بالغا على التشريعات الداخلية للدول، التي أصبحت تمنع أي تمييز تجاه النساء، خاصة تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية والعلاقات الأسرية وباعتبار أنّ الأسرة هي اللبنة الأولى والأساسية في بناء المجتمع فقد حظيت بحماية في الدستور الجزائري لسنة 1976 وفي كل التعديلات التي تلتها، نصّ على: "تحظى الأسرة لحماية الدولة والمجتمع"، ممّا يستدعي تنظيمها بقواعد آمرة لضمان استقرارها.

¹ التوصية العامة 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المساواة في الزواج و العلاقات العائلي، 4 فبراير 1994، الفقرتان

وقد ارتبطت أهمية قانون الأسرة بأهمية الأسرة التي تنظم الأحكام المتعلقة بها، إذ تشكل أساس بناء المجتمع فيقوى بقوتها ويتماسك بتماسكها، ويضعف وينهار بضعفها وانهارها، وهذا ما يستدعي تدخل المشرع لتنظيمها، بقواعد آمرة لضمان استقرارها وثبات العلاقات بين أفرادها تحقيقاً للمصلحة العامة.

لقد كانت الأسرة الجزائرية شأنها شأن جميع الأسر العربية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها، وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في أنحاء القطر الجزائري، وإلى جانبه كان يطبق المذهب الحنفي على السكان الأتراك وكان المذهب الإباضي ينظم علاقات الإباضيين في بعض مناطق الجنوب فضلاً على وجود مجموعة من العادات والأعراف المنتشرة في منطقة القبائل¹.

وفي بداية الفترة الاستعمارية عمد الاحتلال الفرنسي إلى محاولة يائسة إلى دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي، تضييقاً لنطاق الشريعة الإسلامية وتفكيكاً لوحدة التشريع الجزائري²، كما بدأ الاستعمار الفرنسي بإدخال بعض التعديلات، على الأعراف القبائلية لتقريبها من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي، بمقتضى المرسوم الصادر في 1902/08/01 المتعلق بالولاية والقانون المؤرخ في 1930/05/02 الخاص بالخطبة والزواج، وكذلك المرسوم الصادر في 1931/05/19 المتعلق بالطلاق والميراث، بعد ذلك شرعت فرنسا في إصدار تشريعات محددة تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية كالأمر الصادر في 30 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي وقانون 11 جويلية 1957، المتعلق بتنظيم أحكام الغائب والمفقود والوصية والحجر وكيفية إثبات الزواج والطلاق والتفقة والحضانة، والذي أعطى في شطره المتعلق بالزواج أهمية بالغة لرضا الزوجين، إذ اعتبر الزواج باطلا لعدم انعقاده من قبل الزوجين وحضورهما أمام ضابط

¹ نصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة قضايا المرأة والأسرة، بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى 200، ص 283.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1991، ص 18.

الحالة المدنية، وفي ذات الوقت وضع حدًا لولاية الإلزام بعدم الاعتراف بزواج الصغار من خلال تحديد سن الزواج، أمّا فيما يخصّ الطلاق فقد نصّت المادة 06 منه على عدم انحلال الزواج إلاّ بقرار من القضاء، وهذا ما جعل البعض يرى أنّ الاستعمار هو المصدر التاريخي للدعوة بإلغاء وتعديل قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية¹.

بعد الاستقلال كان من الحتمي الاستمرار في العمل بالقوانين الموروثة عن الاستعمار الفرنسي، ما عدا تلك التي تتعارض مع السيادة الوطنية، أو تحمل طابعا عنصريا وهذا ما نصّ عليه قانون 157/62 الصادر في 1962/12/31 وذلك لاستحالة البقاء في فراغ تشريعي، واستمرّ تطبيق القوانين الفرنسية الخاصة بالأسرة.

في هذه المرحلة ورغم عدم صدور قانون خاص بتنظيم مجال الأحوال الشخصية، إلاّ أنّ هناك مبادرات تدخل بها المشرع الجزائري في هذا المجال محاولة منه لتغطية بعض الفراغات، فظهرت بعض النصوص القانونية تتجاوز في بعض الأحيان المفهوم التقليدي لمبادئ الشريعة الإسلامية، مثل ما ورد ضمن قانون 29 جوان 1963، الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحدد الحد الأدنى لسنّ الزواج، حيث أصبحت المرأة لا تتزوج إلاّ ببلوغها 16 سنة والرجل ببلوغه 18 سنة كاملة²، وفي نفس السنة أي 1963م شكّلت لجنة من العلماء في الشريعة الإسلامية، اقترحت توسيع التعدّد في الزوجات على أساس أنّ هناك عدد كبير من أرامل الشهداء³.

تكوّنت كذلك جمعيات بعد الاستقلال، كانت تطالب بتقنين الأحوال الشخصية، كجمعية القيم التي تظاهرت بتاريخ 1964/01/05، مطالبة بقانون إسلامي من أجل المرأة، وفي 08 مارس

¹ نصر الدين ماروك، المرجع السابق، ص 284.

² NADIA AIT ZAI, Les amendements du code de la famille, l'égalité un principe mal compris, 24 -25 juin 2000.

³ SAADI NOUREDDINE, La femme et la loi au Maghreb, Algérie, colloque dirigé par Fatima Mernici, Edition BONCHERE, 1992, p 45.

1965 طالبت مجموعة من النساء التّقدّميات بقانون خاص بالمرأة والرجل، ثمّ ظهرت مبادرة أخرى في 08 أكتوبر 1970، حيث وضعت لجنة لتحرير قانون الأسرة لكن عملها لم يظهر للوجود¹.

وبتاريخ 1973/07/05 م تمّ إلغاء التّبعية القانونية بموجب الأمر رقم 29/73، فكان هذا الأمر إيذاناً بميلاد حركة تشريعية واسعة النّطاق، إذ توالى التّصوص التشريعية في الصّدر، في كافّة فروع القانون بما فيها القانون المدني والقانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية وغيرها.

الملفت للانتباه هو عدم صدور قانون الأسرة إلّا بعد أكثر من عشرين سنة من الاستقلال، ولعلّ أهمّ المشاكل التي أخّرت إصدار قانوناً للأسرة هو ذلك الصّراع الفكري والإيديولوجي بين تيّار يتمسّك بتقنين أحكام الشّريعة الإسلامية، وبين التّيار الدّاعي إلى تغيير هذه الأحكام لمسايرة التّطوّر والحداثة وتكريس مبدأ الدّستور القاضي بعدم التّمييز بين الجنسين.

حسم هذا الجدال في 09 جوان 1984 بإصدار قانون الأسرة رقم 11/84، ولقد اعتمد هذا القانون الشّريعة الإسلامية، مغلّباً المذهب المالكي على بقيّة المذاهب التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التّحضيرية لهذا القانون، و من النّاحية الدّستورية فقد استند المشرّع في هذا القانون إلى المادّة 02 والمادّة 154 من دستور 1976، إذ تنصّ المادّة الأولى على اعتبار الإسلام دين الدولة، وتنصّ الثّانية أي المادّة 154 على أنّ الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع²، وقد قرّر المشرّع الجزائري من خلال المادّة 222 ق.أ.ج، أنّ ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشّريعة الإسلامية، وهي المادّة التي جاءت أيضاً بمبدأ تعميم تطبيق الشّريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التّطبيق.

¹ لوعيل محمّد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ط 2، دار هومة 2006 ص 24.

² SAADI NOUREDDINE, op.cit., p4.

لقد تعرّض هذا القانون فور صدوره للانتقادات كثيرة، فقد قيل أنّه غير دستوري ولم يلتزم بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وقيل أنّ هذا القانون يعتمد على آراء فقهية تكرّس دونية المرأة في علاقتها مع الرجل في إطار الأسرة.

لقد كانت المرأة تعاني في ظل قانون الأسرة 11/84 من أشكال غير معقولة من التمييز تتجلّى على مستوى عدّة مواضيع، فكان هذا القانون يجعل من الرجل السّلطة الأعلى في الأسرة، والمرأة إلّا تابعة له¹، وهذا ما نصّت عليه المادة 39 من قانون 11/84 والتي أكّدت على واجب طاعة الزّوج، ومراعاته باعتباره رئيسا للأسرة، وهذا استنادا إلى مبدأ القوامة، وفي الواقع أثار هذا المبدأ نقاشات عدّة، خاصّة فيما يتعلّق بالتناقض بين مفهومه الشرعي الحقيقي والمدلول الاجتماعي الذي فهم به ومورس على أساسه، حيث أنّ هذا المبدأ بمعناه الاجتماعي يهدم مبدأ المساواة من أساسه، كما أنّ هذا القانون يتضمّن في ثناياه الكثير من مظاهر التمييز واللامساواة، بين المرأة والرجل في العلاقة الأسرية، لعلّ أهمّها مسألة الولاية وتعدّد الزّوجات والواجبات الملقاة على عاتق الزّوجة تجاه زوجها، بالإضافة إلى مسألة الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج، وعدم ضمان هذا القانون لحقوق المرأة بعد الطّلاق.

أمام هذا الوضع اعتبر الكثيرون أنّ قانون الأسرة 11/84 مكرّسا للتمييز واللامساواة، في الحقوق بين الرجل والمرأة و أنّه قانون متّسم بالطابع الرجولي، ممّا يعدّ انتهاكا صارخا لحقوق المرأة. وذهبت لجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة في نفس الاتجاه، في ردّها على التقرير الأوّلي المقدم من الجزائر بتاريخ 1998/09/01، في دورتها العشرون بنيويورك، يوم الخميس 21 يناير 1999 برئاسة السيّد غونزاليس، حيث تعرّض قانون الأسرة 11/84 لانتقادات لاذعة من طرف أعضاء اللّجنة، فوصف بأنّه يتّسم بالرجعية، فهو يسند للمرأة دورا صغيرا في الشّؤون الأسرية،

¹ أ.د هجيرة دنوبي، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة بمجّلة قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى، سنة 2000، ص 476.

وأنّ أوضاع المرأة في الجزائر هي أوضاع دونية وخضوع تام للرجل، كما رأّت اللجنة أنّ قانون الأسرة ينتهك الدّستور الذي يضمن مبدأ المساواة.

وجاء في تعليقات اللجنة أنّ النصّ على تعدّد الزوجات يجعل المرأة في تمييز واضح، وأضافت أنّ هذا القانون لا يتماشى والاتفاقية، ولا يمكن للتقاليد والأعراف والدين أن تبرّر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضدّ المرأة، وفي هذا السياق دعت اللجنة إلى إعادة تفسير القرآن في ضوء تفهّم الظروف التي كانت سائدة وقت تنزيل الإسلام، وبالتالي إلغاء التعدد وإلغاء واجب الطّاعة، وذهبت اللجنة إلى أبعد من ذلك، عندما حثّت الجزائر على عدم فرض الشريعة الإسلامية على سكّانها على اعتبار أنّ الزمن تجاوزها.

كما جاء في التوصية الختامية للجنة ما يلي: "إنّ اللجنة تشعر بقلق شديد، إزاء حقيقة أنّ قانون الأسرة لا يزال يتضمّن العديد من الأحكام التمييزية، التي تحرم المرأة الجزائرية من حقوق أساسية من قبيل الموافقة الحرّة على الزواج، وحقّها على قدم المساواة مع الرجل في الطلاق، وتقاسم المسؤوليات العائلية ومسؤولية تنشئة الأطفال مع الأب، والحق في الكرامة والاحترام الذاتيّ، وفوق هذا وذلك إلغاء تعدّد الزوجات"¹.

بالتّالي كان قانون الأسرة 11/84 محلاً لانتقادات داخلية وخارجية، فمركز المرأة في هذا القانون جعل منه أكثر القوانين إثارة للجدل، فانقسم حوله المجتمع إلى فريقين، يمثّلون مرجعيّتان فكريّتين مختلفتين، ولهما تصورين مختلفين لمشروع المجتمع، الأوّل يرى أنّه يجب الإبقاء على قانون الأسرة بأحكامه، كما هو باعتبار هذه الأحكام مستمدّة من الشريعة الإسلامية، والآخر يرى إلغاءه واستبداله بالكامل، حيث أصبح لا يتماشى مع التّطوّرات الاجتماعية والسياسية والثّقافية والاقتصادية التي عرفها المجتمع الجزائري، بالإضافة إلى المكانة التي وصلت إليها المرأة الجزائرية في

¹ التوصيات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، الجزائر A/54/38 بتاريخ: 1999/01/27.

مجال التعليم والعمل، مما يجعل هذا القانون غير منسجم مع القيم العالمية للمساواة وحماية حقوق المرأة التي جاءت بها المواثيق الدولية.

وضع حدّ لهذا السّجال، بتشكيل لجنة استشارية مهمّتها إثراء مشروع قانون الأسرة، من أجل الوصول إلى أنسب الحلول الشّرعية والأقرب إلى مقاصد الشريعة الإسلامية مع مراعاة متطلّبات القرن الواحد والعشرين، وبهذا صدر الأمر 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، وتمّت الموافقة عليه بموجب القانون 09/05 المؤرّخ في 04/05/2005.

حافظ المشرّع في هذا التّعديل على المرجعية الفقهية الإسلامية، غير أنّه دَعَم تلك المرجعية بأحكام جديدة مستلهمة بالأساس من القانون الوضعي، مع الانفتاح على الاتّفاقيات الدولية لا سيما اتّفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، واتّفاقية حماية حقوق الطّفل سنة 1989.

الملاحظ على قانون الأسرة المعدّل أنّه يختلف في بعض جوانبه جوهرياً مع القانون 11/84، حيث ألغى هذا التّعديل المواد 12، 20، 38، 39، 63 من القانون، وأعاد صياغة العديد من النّصوص، مع الإشارة إلى أنّ الكثير من المواد لم يمسه أي تغيير، ومواد أخرى عدّلت بصفة جزئية.

الملفت للانتباه أنّ أغلب التّعديلات التي عرفها قانون الأسرة هي أحكام ذات طبيعة اجتهادية، ولعلّ أهمّ مستجدّات هذا القانون هو إلغاءه للمادّة 39 من القانون القديم التي كانت تنصّ على طاعة الزّوجة لزوجها، باعتباره رئيساً للأسرة، فجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزّوجين، ونصّ على واجبات مشتركة بينهما، وجعل الولاية حقّاً للمرأة الرّشيده تمارسه حسب اختيارها ومصحتها، فأصبحت المرأة تباشر إبرام عقد زواجها بنفسها في حضور وليّها، الذي ليس له حق الاعتراض، كما وحدّ سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة، وشدّد المشرّع في مسألة تعدّد الزّوجات، وذلك بضرورة الحصول على ترخيص قضائي، الذي لا يكون إلاّ بعد موافقة الزّوجة الأولى والمرأة التي ستصبح زوجة ثانية، هذا بالإضافة إلى أنّ المشرّع فتح المجال للمرأة من

أجل اشتراط عدم التعدد وشرط العمل، كما وسّع من حالات طلب التّطليق وجعل الشّقاق المستمر والضّرر من أسباب طلب التّطليق.

غير أنّ هذه التّعديلات التي رحّب بها الكثير في البداية، سرعان ما أصبحت بدورها محل انتقادات لاذعة، إذ أنّها في نظر منتقديها عبارة عن مجرد تعديلات سطحية، لا ترقى إلى تطلّعات المرأة، والمطلوب في نظرهم إعادة النّظر في قانون الأسرة بصفة جذرية، تضع حدّاً لدونية المرأة في علاقتها بزوجها.

في هذا السّياق جاء في تقرير المقرّرة الخاصّة بالعنف ضدّ المرأة، التي زارت الجزائر في سنة 2007 (... وعلاوة على ذلك فإن كثيرا من النّساء لا يزلن يتعرّضن للاضطهاد والتمييز داخل الأسرة، وتعزّز قانون الأسرة كثيرا لكنه لا يزال يتضمّن أحكام لا تخدم مصلحة المرأة، ولا سيما فيما يتعلّق بالميراث والآثار المادية المترتبة على الطّلاق...)، وأوصت المقرّرة الخاصّة الحكومة الجزائرية (بإصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التّام لمبدأ عدم التّمييز على أساس نوع الجنس، و كحد أدنى ينبغي لهذا الإصلاح أن يتضمّن ما يلي:

- 1- إلغاء جميع الأحكام التي تحرم المرأة من المساواة في الحصول على الميراث،
- 2- تحريم تعدّد الزّوجات،
- 3- إلغاء الشرّط القانوني المتعلّق بتنصيب وليّ الأمر في الزّواج،
- 4- اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم،
- 5- إصلاح نظام ممتلكات الزّوجين للسّماح في حالة الطّلاق بتقاسم جميع الممتلكات التي اكتسبت خلال الزّواج بالتّساوي بين الشركاء، وينبغي إلغاء التّمييز بين الممتلكات المعتادة (المعتادة للرجال) أو (المعتادة للنّساء) كأساس لتوزيع المتاع المتزلي بعد الطّلاق).¹

¹ انظر تقرير المقرّرة الخاصّة المعنية بالعنف ضدّ المرأة، أسبابه و عواقبه، السيّدة ياكين إرثورك، عن البعثة التي قامت بها إلى الجزائر من 21 إلى 31 يناير 2007 A/HRC/7/6/Add.2.

الملاحظ هنا أنّ رغم ما قام به المشرّع الجزائري، من أجل ملاءمة قانون الأسرة مع الاتفاقيات الدولية إلا أنّ التقارير الدولية، لم تكف عن انتقاد هذا القانون وطالبت بالمزيد من الإصلاحات، وحذف جميع المواد التمييزية مهما كان مصدرها ومهما كانت مبرراتها.

أمام مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية سواء العامة منها التي تنظم مجال حقوق الإنسان ككلّ أو الخاصة كالاتفاقيات التي تهدف إلى حماية المرأة والطفل، فالجزائر بمصادقتها تلك تصبح ملزمة بتنفيذ تعهداتها، ومن ثم فهي ملزمة، بتكييف تشريعاتها الداخلية مع مقتضيات هذه الاتفاقيات، وهذا ما شكّل هاجسا حقيقيا للمشرّع الجزائري في صياغة قانون الأسرة، والذي حاول قدر الإمكان أن يلاءم مواد قانون الأسرة مع الاتفاقيات الدولية، وفي هذا صعوبة بالغة على اعتبار أنّ نصوص قانون الأسرة، مستمدة في معظمها من الشريعة الإسلامية، وهناك اختلاف كبير بين مقارنة الشريعة الإسلامية والمقاربة الدولية لحقوق المرأة، فالأولى تقوم على أساس اختلاف الأدوار وبالتالي اختلاف الحقوق والواجبات، في حين أنّ الثانية تقوم على أساس التماثل والتطابق في الحقوق والواجبات بين المرأة والرجل.

لتسليط الضوء على هذه المسألة ومناقشتها سنتصبّ هذه الدراسة، على حقوق المرأة التي جاء بها الأمر 02/05، ومقارنتها بما نصّت عليه الاتفاقيات الدولية، لاسيما اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة.

إنّ اختيار هذا الموضوع يرجع إلى الاهتمام بحقوق الإنسان بصفة عامّة وحقوق المرأة بصفة خاصّة، فرغم التطوّر الكبير الذي عرفته المرأة في الجزائر، خاصة في مجال التعليم والعمل، إلا أنّ الكثير من النساء خاصة في القرى والأرياف والأحياء الشعبية وحتى المدن، لا زالت تعاني التهميش والفقر والإقصاء، ومختلف أشكال العنف والتمييز، لاسيما في نطاق الأسرة وذلك باسم التقاليد والأعراف التي ألبست لباس الدين، لتبرير الممارسات الضارّة بالمرأة، وبناء على هذا،

سنحاول في هذا البحث معالجة مدى نجاح المشرّع الجزائري في التّوفيق بين أحكام قانون الأسرة ومقتضيات الاتّفاقيات الدّولية في حماية حقوق المرأة، انطلاقاً من الإشكالية التّالية:

هل حظيت حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري بنفس الحماية المقرّرة في الاتّفاقيات الدّولية، والتي دعت إلى احترام مبدأ المساواة وعدم التّمييز بين المرأة والرّجل في الحقوق والواجبات؟

ولإجابة على هذه الإشكالية سنقوم بدراسة مقارنة بين ما جاء في الاتّفاقيات الدّولية، لا سيما اتّفاقية مكافحة جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة وما تضمّنه قانون الأسرة 02/05 من حقوق للمرأة، مع التّطرّق إلى أحكام الشّريعة الإسلامية ومقارنتها في مجال حقوق المرأة في نطاق الأسرة مستعملاً في ذلك المنهج التّحليلي المقارن متّبعا للتّقسيم التّالي:

- الباب الأوّل: حماية حقوق المرأة أثناء الزّواج.
- الباب الثّاني: حماية حقوق المرأة عند انحلال الزّواج.

المباني الأول

حماية حقوق المرأة أثناء الزواج

لقد شرّع الزواج وهو رباط مقدّس، لأنّه سيستمرّ مدى الحياة من أجل تكوين أسرة. فهو يعتبر من أهمّ العقود والمعاملات. وهذا نظرا للآثار المترتبة عليه من نسب وحرمة ومصاهرة وميراث، فالزواج من أهمّ التصرفات التي يقوم بها الإنسان لأهميته في تكوين الحياة الاجتماعية واستقرارها. لهذا أحاطته الشرائع السماوية و القوانين الوضعية بنوع من التنظيم والتعظيم لكي لا يكون عرضة للأهواء.

وقد اهتمّت جلّ التشريعات الحديثة بنظام الزواج باعتباره الإطار السليم الذي ينظّم العلاقة بين كلّ من الرّجل والمرأة، فإذا كانت بعض التشريعات الغربية قد أدرجت عقد الزواج ضمن عقودها المدنية فإنّ التشريعات العربية قد استمدتّ قوانين الأسرة وما تنظّمه من زواج وطلاق ونسب ونفقة وحضانة وميراث من أحكام الشريعة الإسلامية و من بينها قانون الأسرة الجزائري الذي استمدّ جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية.

فقد اهتمّ المشرّع الجزائري بعقد الزواج و أولاه عناية خاصّة وأحاطه بالرعاية في جميع مراحلها فنظّم أحكامه وشروطه و أركانه و الآثار المترتبة عليه باعتبارها حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين وعلى اعتبار أنّ عقد الزواج في قانون الأسرة يتمّ بين رجل وامرأة وفقا لشروط وإجراءات معيّنة أثناء إنشائه وتترتب عليه آثارا معنوية و آثارا مادّية عند قيامه، فإنّ التقارير الدّولية اعتبرت تلك الشّروط والآثار مجحفة في حقّ المرأة و توالى الدّعوات بإلغائها و تعديلها بما يضمن حقوقا متساوية بين المرأة و الرّجل.

وفقا لما نصّت عليه الاتفاقيات الدّولية لحقوق الإنسان لا سيما اتّفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، ولمعرفة مدى مطابقة قانون الأسرة لما جاءت به الاتفاقيات، سيتمّ التّعرّض إلى: حماية حقوق المرأة أثناء الزواج من خلال التّطرّق من جهة إلى حماية حقوقها الغير مالية (الفصل الأوّل) و من جهة ثانية إلى حماية حقوقها المالية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حماية الحقوق الغير المالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية

إن غاية الزواج هو تكوين أسرة التي هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع، ولهذا يعتبر عقد الزواج من أهم العقود و أخطرها لما يترتب عليه من آثار على الأسرة والمجتمع، فعقد الزواج هو عقد بين امرأة ورجل من أجل تكوين أسرة و إيجاد نسل بينهما، وباعتبار المرأة طرفا في هذا العقد فهي تساهم في إبرامه كما تعتبر طرفا فاعلا أثناء قيام الرابطة الزوجية، و لهذا يترتب لها عن عقد الزواج حقوقا معنوية و أخرى مادية.

اهتمت بهذه الحقوق مختلف الاتفاقيات الدولية بشكل مفصل، كما نظمها المشرع الجزائري، و في هذا الفصل سيتم التطرق إلى الحقوق غير المالية في مبحثين:

- المبحث الأول: حماية الحقوق الغير المالية للمرأة عند إبرام عقد الزواج.
- المبحث الثاني: حماية الحقوق الغير المالية أثناء قيام الرابطة الزوجية.

المبحث الأول

حماية حقوق المرأة عند إبرام عقد الزواج

إنّ الزواج عقد مدني ذو طبيعة شرعية، بواسطته تنشأ أسرة بين رجل وامرأة، تتسع و تكبر هذه الأسرة بوجود الأطفال، ونظرا لأهمية الآثار التي تترتب عليه، أولته الشريعة الإسلامية أهمية خاصة، و هذه الأهمية تجسّدت في قانون الأسرة الجزائري 11/84، وكذلك في تعديله بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، وأكدت الاتفاقيات الدولية على حماية المرأة في إنشاء هذا العقد و ذلك بضرورة أن يكون هذا الزواج برضاها الحرّ و الكامل، كما أكّدت على ضرورة تحديد سن الزواج بالنسبة للمرأة، و أوجبت هذه الاتفاقيات ضرورة تسجيل عقد الزواج كحماية للمرأة. و عليه سنتناول في هذا المبحث رضا المرأة في الزواج على ضوء الاتفاقيات الدولية (مطلب أول) ثمّ تحديد سن الزواج: ضمان لحماية حقوق المرأة (مطلب ثاني) ثمّ حق المرأة في الاشتراط (مطلب ثالث) ثمّ تسجيل عقد الزواج (مطلب رابع)

المطلب الأول:

حماية حق المرأة في الزواج من خلال رضاها الحر والكامل

الزواج من أهم التصرفات التي يقوم بها الإنسان في حياته، و لهذا كانت حاجة العلاقة الزوجية للعقد ملحة و ضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة و بناءها عن طريق الإرادة الحرة، فلا يعقد الزواج إلا بوجود طرفين و هما: الزوج و الزوجة على أن تنطبق إرادة كل منهما مع الآخر، و نظرا للأهمية التي يكتسبها الرضا في عقد الزواج، أولته الاتفاقيات الدولية اهتماما بالغا بتأكيدا على حق الزواج بالنسبة للجنسين، و نصت هذه الاتفاقيات بصفة خاصة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل.

كما نص قانون الأسرة الجزائري على التراضي في عقد الزواج إلا أن رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة، تحكمه ضوابط تجعل رضا المرأة غير حر وغير كامل من منظور الاتفاقيات الدولية.

فما هو مضمون الاتفاقيات الدولية فيما يخص رضا المرأة في الزواج؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من مسألة رضا المرأة في الزواج؟ وما هي القيود الواردة عليه من منظور الاتفاقيات الدولية؟

الفرع الأول:

رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية.

لقد توالى المواثيق و الاتفاقيات الدولية التي تضمنت حق المرأة بالمساواة مع الرجل في الزواج وفي اختيار الزوج برضاها الحر والكامل. وكان ذلك ابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948¹، والذي تضمن كافة حقوق الإنسان المدنية و السياسية و الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي يتمتع بها كل فرد، حيث جاء في مادته الثانية² أن الجنس من أسس التمييز المحظورة، و أكد في مادته السابعة³ على جملة من الحقوق المساوية للمرأة و الرجل، و نص في المادة 16 على تساوي الجنسين في حق الزواج وفي وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه في اختيار الزوج⁴.

¹ انضمت إليه الجزائر و صادقت عليه بموجب المادة 11 من دستور 1963 ج.ر 64 المؤرخة في 10-09-1963.

² تنص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق و الحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس، دون أي تفرقة بين الرجال و النساء."

³ تنص المادة السابعة: "كل الناس سواسية أمام القانون و لهم الحق جميعا في حماية متساوية من أي تمييز يخل بهذا الإعلان."

⁴ تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج الحق في تأسيس أسرة بدون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين و لهما حقوق متساوية عند الزواج و لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه."

وفي السابع من نوفمبر 1962 أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة وجوب الرضا في الزواج وبيّنت الحد الأدنى لسن الزواج و ضرورة التسجيل الرسمي لعقوده، وذلك بالقرار رقم 1763 المتضمن الاتفاقية الخاصة بالرضا في الزواج، و هذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة الأولى لهذه الاتفاقية والقاضية بان الزواج لا ينعقد قانونا إلا برضا الطرفين التام و الحر، وبتعبيرهما عنه بصفة شخصية وعلانية و بحضور السلطة المختصة بعقد الزواج و بحضور الشهود.

وفي السابع من نوفمبر 1965 أقرت الجمعية العامة توصية الرضا في الزواج و الحد الأدنى للسن الواجب لإبرام العقد الخاص به، كما أوصت الدول الأعضاء التي لم تلتزم بعد بينود الاتفاقية بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيقها، وذلك بما يتوافق ونظامها الدستوري وعاداتها التقليدية و الدينية من خلال اعتماد التدابير التالية:

- لا ينعقد الزواج قانونا إلا بتوافر رضا الطرفين التام و الحر و تعبیرهما عنه بصفة شخصية وعلانية و بحضور السلطة المختصة بالزواج و الشهود.
- لا يجوز الزواج بالوكالة إلا عند اقتناع السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه التام و الحر أمام السلطة المختصة و بحضور الشهود.

نفس التوصيات أعلن عنها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية¹ لسنة 1966 وكذا العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية²، والبروتوكول الاختياري الملحق بها لنفس السنة، بحيث تقرر في المادة الثالثة من الاتفاقية الأولى على حضر كل تمييز يكون أساسه الجنس،

¹ إبرم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية في 1966 و دخل حيز النفاذ في 03-02-1976، و صادقت عليه الجزائر في 16-05-1989، ج.ر. رقم 20 المؤرخة في 17-05-1989 بالتحفظ على المواد 1-8-13 و 23.

² إبرم في 1966 دخل حيز النفاذ في 23-03-1976، صادقت عليه الجزائر في 16-05-1989، ج.ر. رقم 20 المؤرخة في 17-05-1989، مع التحفظ على المواد 1-22 و 23.

وفي المادة العاشرة أوجبت أن يتم الزواج بالرضا الحر للطرفين المقبلين على إبرامه مع إعطاء الأسرة أوسع حماية و مساعدة ممكنة¹.

كما نص العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966 على تمتع الأسرة بحماية المجتمع والدولة، و الاعتراف بحق الرجال و النساء الذين هم في سن الزواج في تكوين أسرة مع ضرورة أن يتم الزواج بالرضا الكامل و الحر للطرفين.

من بين الجهود الدولية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين نجد إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1967 بالإجماع و الذي نص في مادته الأولى على القاعدة الأساسية لعدم التمييز، كما نص هذا الإعلان في الفقرة الثانية من المادة السادسة على انه: "يراعى وجوب اتخاذ التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين، وبصفة خاصة يجب أن تعطى للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها و التزوج بمحض رضاها الحر و التام."

ثم جاءت اتفاقية سيداو CEDAW سنة 1979 و هي الاتفاقية الخاصة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، و التي تعد ذروة الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة و الأجهزة التابعة لها بما فيها المنظمات غير الحكومية لصياغة الحقوق المتساوية للمرأة، و التي صادقت عليها الجزائر² في 1996 بإدراج مجموعة من التحفظات. و تعتبر هذه الاتفاقية أهم ما توصل إليه المجتمع الدولي في حماية المرأة و ضمان مساواتها مع الرجل، و من بين ما تناولته هذه الاتفاقية هو النص على حرية المرأة في اختيار الزوج و عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل، و هذا تطبيقا للمادة 16 الفقرة الأولى التي تنص على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة، للقضاء على التمييز ضد المرأة في

¹ تنص المادة الثالثة من الاتفاقية الخاصة بالحقوق الاجتماعية و الاقتصادية على أن: "تعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية تأمين الحقوق المتساوية للرجال و النساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية المدونة في الاتفاقية الحالية."
² انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية سنة 1979، و مصادقتها على اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التحفظ على المواد 2 من المادة 9 و ف 2 من م 15 و م 16 و المواد 92 ف 1.

كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل والمرأة الحق في حرية اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل.

وبهذا يتضح أن حق المرأة في اختيار الزوج و عدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل مسألة أساسية طبقا لما هو منصوص عليه في هذه الاتفاقية الدولية، بحيث يكون للمرأة مثل الرجل وبالتساوي اختيار الزوج أو توكيل أو تفويض غيرها لهذا الغرض.

وتكون الدول الأطراف في الاتفاقية منتهكة و مخالفة لبنودها في الحالات الآتية:

- إذا قيدت حرية المرأة في اختيار الزوج أو أجازت زواجها بغير رضاها الحر و الكامل.
- إذا لم تتخذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز القائم ضد المرأة، أو اتخذت تدابير تنطوي على التفريق أو التقييد من حريتها في اختيار الزوج، وعقد زواجها بالنظر إلى أنوثتها وكان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل¹، وهذه الاتفاقية تركز على الرضا الحر والكامل للمرأة في عقد الزواج.

ويكون الرضا كاملا بان تكون المرأة راضية بكل تفاصيل هذا العقد، بدءا من اختيار الزوج إلى غاية يوم الزواج.

أما الرضا الحر في الزواج هو أن لا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها وذلك عند إفصاحها نية قبول الزواج أو رفضه².

من خلال هذه الاتفاقيات نجد أن القانون الدولي صريح في المساواة المطلقة و صريح في رفع كل القيود عن المرأة في الزواج، فلها كامل الحرية في اختيار شريك حياتها بدون أية قيود، وبعد انضمام الجزائر إلى جميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان منذ سنة 1989، تزايد الضغط

¹ خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 70.

² طالي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة بن عكنون- الجزائر، 2000، ص 59.

عليها من اجل تعديل قانون الأسرة و تعزيز حقوق المرأة، ومن بينها حقها في الزواج برضاها الحر و الكامل.

الفرع الثاني:

رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

إن ما يلفت الانتباه في تعديل قانون الأسرة 11/84. بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 هو تركيز المشرع الجزائري على عنصر الرضا حيث ذكره في المواد 4، 6، 9، 10 و 33 من هذا القانون، فمسألة حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل كانت من جملة الانتقادات التي وجهت للقانون 11/84 منذ صدوره سنة 1984، حيث هناك من اعتبر أن عنصر الرضا في هذا القانون هو مجرد إجراء شكلي في إبرام عقد الزواج، و هذا ما يتنافى مع أحكام المادة 40 من القانون المدني الذي لا يميز بين الرجل و المرأة في مجال إبرام التصرفات القانونية¹، وانه قانون تمييزي يمس بمركز المرأة إذ انه لا يعترف بالأهلية الكاملة لها²، و بهذا تعرضت المواد 9 و 11 من القانون 11/84 لانتقادات شديدة من طرف الكثير من الحقوقيين و الجمعيات النسوية، بالإضافة إلى التقارير الدورية التي تصدرها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث كانت المادة 9 في ظل هذا القانون تنص على: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق."

كما أن المادة 11 من نفس القانون كانت بدورها تنص على انه: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فاحد أقاربها الأولين و أن القاضي ولي من لا ولي له."

¹ Nadia Ait Zai : les amendements du code de la famille, l'égalité : un principe mal compris, 24-25 juin 2000.

² لوعيل محمد الأمين: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، ط2 سنة 2006.

فالأوضح من خلال قراءة هاتين المادتين أن المشرع في ظل القانون 11/84 لم يسمح للمرأة أن تنفرد بإبرام العقد، وهذا ما اعتبره الكثير مساسا صارخا بحق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل.

وعليه، استجاب المشرع الجزائري للأصوات المطالبة بتعديل هذه المواد التمييزية الماسة بحقوق المرأة في نطاق الأسرة، بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

الملاحظ في هذا التعديل هو مبالغة المشرع الجزائري في التأكيد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج ويبدو هذا واضحا في المادة 04 من قانون الأسرة، التي عرفت عقد الزواج على انه "عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي...".

أما في المادة 6 فقد ذكره كشرط ضروري في مجلس العقد، لانعقاد الزواج بالفاتحة حيث تنص هذه المادة على: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

في حين أن المادة 9 المعدلة اختزلت أركان عقد الزواج في ركن واحد و هو ركن الرضا حيث نصت على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

فمن خلال تحليل هذه المادة نجد أن عقد الزواج يتميز عن باقي العقود الأخرى بكثير من الخصائص لا سيما كونه عقد رضائي، يتم بمجرد تبادل الرضا بين رجل و امرأة من اجل تكوين أسرة على وجه الدوام، فليست المصالح المادية و المنافع هي التي تجمع بينهما.

الجديد في هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاثة أركان و هي الزوج و الزوجة و التراضي، عند من يرى التقسيم الشرعي. للأركان و عند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي، فان المادة 9 المعدلة حصرت ركن الزواج في ركن وحيد و هو التراضي¹،

¹ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص 83.

فأغلب الفقهاء ذهبوا إلى القول بان أركان الزواج منحصرة في الإيجاب و القبول، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في التعديل الجديد، حيث غير الوضع تماما على ما كان عليه في ظل القانون 11/84، فلم يبق من الأركان الأربعة التي نصت عليها المادة 9 قبل التعديل، إلا ركنا واحدا، و هو الرضا أما بقية الأركان الأخرى فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج. و من هنا نستنتج أن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا فإذا اختل هذا الركن لم ينعقد العقد أصلا و يكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 فقرة 1 المعدلة حيث جاء فيها ما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

هذا ما لا يخالف الناحية الشرعية حيث أن الرضا هو الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء فإذا انعدم الرضا لا ينعقد العقد، أما الأركان الأخرى فهي من المسائل الخلافية بين الفقهاء¹ و يكون التراضي بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح وهذا ما جاءت به المادة 10 من قانون الأسرة.

قد كرس المشرع حماية حق المرأة في الزواج برضاها الحر، من خلال تعديله للمادة 11 من قانون الأسرة التي كانت تنص قبل التعديل على أن "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها، فاحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له"، علما أن الولي كان يعد ركنا في عقد الزواج في ظل القانون 11/84، في حين أسندت المادة 11 المعدلة عقد الزواج إلى المرأة الراشدة نفسها لا إلى وليها، و اكتفت باشتراط حضور الولي الذي قد يكون شخصا أجنبيا عن الأسرة تختاره المرأة الراشدة بنفسها، و هذا بنصها على ان "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

¹ رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2008.

هنا نسجل انه، مادامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، فقد جعل المشرع العقد للمرأة وهي التي تتولاه و تباشره إذا كانت راشدة بلغت سن 19 سنة و ليس للولي منه إلا الحضور، ثم جاء ما يلغي هذا الحضور الرمزي للولي حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة مهما بعدوا عنها، فلا قيمة لمعيار القرابة أو النسب، مادام الولي في نظر المشرع هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره¹ وبهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة، بحيث ينبغي أن تدلي بموافقتها على الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق².

و بهذا جرد المشرع الولي من كافة السلطات الفعلية و في مقدمتها سلطة الإيجار و سلطة الاعتراض على الزواج، و هذا ما يبرر إلغاء المادة 12 من القانون رقم 11/84، و التي كانت تنص على انه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، فإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت."

فلم يعد لهذه المادة أي لزوم بعد تجريد الولي من سلطة الإيجار و سلطة المنع من الزواج.

تكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج و حماية لحق المرأة في زواجها برضاها الحر، فقد ألغى المشرع الوكالة في عقد الزواج، بموجب المادة 18 المعدلة التي تنص صراحة على إلغاء المادة 20 والمادة 12 من القانون رقم 11/84، الذي كان يبيح أن ينوب عن الزوج وكيلا له في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة، و نظرا إلى أن هذا الإجراء يتنافى و الهدف المرجو من إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، و الذي يتوجب عليه التأكد من توفر شروط هذا العقد و من بينها و أهمها الرضا الذي يكون العقد باطلا دون توفره. و بإلغائه المادة 20 اوجب المشرع أن يصدر الإيجاب من احدهما والقبول من الآخر، و إلا نكون أمام حالة التنافي بين

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج، دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر، د.ط، 2010، ص112.

² تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05، المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ع. 12، ص59.

الإيجاب والقبول فيكون الزواج باطلا¹. وهذا لان الزواج من العقود التي تبني على الاعتبار الشخصي، والتي تستلزم توفر الرضا التام و الحرية الكاملة فإن مفهوم الوكالة قد لا ينسجم كثيرا مع طبيعة هذا العقد، و إلغاء الوكالة هو توخي للحيطه من طرف المشرع ضمانا لرضا المرأة التام، وهناك من انتقد عدم السماح للمرأة بالزواج بالوكالة في حالة لو لم تسعفها الظروف لمباشرة العقد بنفسها، أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، كونها مسافرة مثلا في بلد أجنبي².

انطلاقا مما سبق، فإن إلغاء الوكالة هو تكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج دون تدخل أي وسيط مما يعني أن حضور الزوجين يكون إجباريا أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية. هذا ويجب أن يعرب كلاهما عن موافقتهما بجرية، أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب سواء غلط أو تدليس أو إكراه³.

بناء على ما سبق، نستنتج أن المشرع في تعديله لقانون الأسرة أكد على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والتام، وفقا لما نصت عليه الاتفاقيات المذكورة سالفا وهذا تحقيقا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، حيث يعتبر الرضا مظهرا من مظاهر المساواة في قانون الأسرة.

هذا ما جاء في التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه: "أصبح الزواج في قانون الأسرة عقدا توافيقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة، و بالفعل فان المادة 09 تنص على أن عقد الزواج يبرم بموافقة الزوجين معا و تعتبر الموافقة بحكم القانون عنصرا مؤسسا

¹ تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة.

² رشيد بن شويخ، المرجع السابق ص 71.

³ Djilali Tchouar , Droit de la famille (quels principes d'égalité) Etudes de droit , mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz éditions, Tlemcen 2013 p 20.

للزواج، و في حالة عدم الحصول على موافقة احد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإلغاء، وبإمكان أي شخص معني بمن في ذلك الطرفين أن يطلبوا إبطاله عن طريق العدالة¹.

في ظل هذه الترسانة من المواد القانونية التي تركز حق المرأة في الزواج برضاها الحر، كان بإمكان الجزائر أن تسحب التحفظات التي أبدتها على الفقرتين (أ) و(ب) من اتفاقية سيداو، لولا الضوابط الشرعية المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، و التي اعتبرتها الاتفاقيات الدولية قيودا على حرية المرأة وحقها في الزواج برضاها الحر و الكامل.

الفرع الثالث:

تقييد المشرّع لرضا المرأة في الزواج من منظور الاتفاقيات الدولية

من خلال استعراضنا لمضمون الاتفاقيات الدولية فيما يخص حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل نجد أنها تقوم على مبدئين أساسيين وهما: الحرية و المساواة بين الجنسين، في حين أن رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن اغلب مواد مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية مقيد بضوابط شرعية، و المتمثلة في حضور ولي المرأة في عقد الزواج وفقا للمادة 11 و منع زواج المسلمة بغير المسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة. هذا ما جعل الاتفاقيات الدولية تعتبر هاتين المادتين قيودا و اعتداءا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل. هذا ما يظهر من خلال تقارير اللجان الدولية لا سيما لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المستحدثة بموجب المادة 17 من اتفاقية سيداو و التي تعتبر الإطار الشامل الذي احتوى على جميع حقوق المرأة بصفة خاصة. و قد أكدت المادة 18 منها على التزام الدول بتقديم التقارير إلى لجنة سيداو، و في هذا السياق قدمت الجزائر تقاريرها إلى اللجنة ابتداء من التقرير الأولي في 01/09/1998 الذي أكدت فيه الجزائر بان المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين محترم بدقة، على صعيد الحقوق السياسية و المدنية و أن الأحوال الشخصية المنظمة لقانون الأسرة الذي تستلهم الشريعة

الإسلامية جزئياً، و لهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية.

و في رد لجنة سيداو على التقرير¹ الأولي للجزائر في دورتها العشرون في نيويورك يوم الخميس 21 يناير 1999²، أكدت أن قانون الأسرة الجزائري يتسم بالرجعية، فهو اسند للمرأة دوراً صغيراً في الشؤون الأسرية. كما أكدت على أن الشريعة و الإسلام لا يجب أن يتخذ كذريعة لحرمان المرأة من حقوقها وان قانون الأسرة لا يتماشى مع الاتفاقية، و لا يمكن للأعراف و التقاليد و الدين، أن تبرر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضد المرأة.

أما في ردها على التقرير الثاني³ المقدم من الجزائر في جلستها 668/667 المعقودتين في 2005/01/11 فقد أبدت اللجنة قلقها من عدم تحسن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية، كما لاحظت أن تحفظ الجزائر على المادتين 02 و المادة 16 يتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها. وفي هذا الشأن أعربت عن قلقها من التعديلات المقترح إدخالها على قانون الأسرة الذي لا يشمل تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.

ثم عادت اللجنة في ردها على التقرير الجامع للتقريين الثالث و الرابع في 2005/05/18 إلى حث الجزائر على تسريع الإصلاحات التشريعية، لا سيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المواد 02 المادة 4/15 و المادة 16 من الاتفاقية، أكدت على عدم تعدد الزوجات و حظر التعدد ممارسة و قانوناً، وإلغاء شرط حضور الولي في عقد الزواج.

هكذا كل ردود لجنة سيداو على التقارير التي قدمتها الجزائر تحث على إلغاء كافة أشكال التمييز قانوناً و ممارسة خاصة فيما يتعلق بقانون الأسرة، لا سيما إلغاء شرط حضور الولي و حظر التعدد وإلغاء أي تمييز في عقد الزواج يمس بحق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل.

1 CEDAW/C/DZA/11/09/1998

¹ انظر تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة سيداو:

2 CDAW/C/SR.406/1/Add.1

² انظر رد لجنة سيداو على التقرير الأولي للجزائر:

3 CDAW/C/SR.667.668

³ انظر لجنة سيداو والرد على التقرير الثاني للجزائر:

وفي هذا الشأن أثار المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة¹ مسألة منع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، عند نظره في تقرير الجزائر الثالث و الرابع من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية، حيث لاحظت اللجنة انه على الرغم من تعديل قانون الأسرة إلا انه لا زال يسمح بتعدد الزوجات، ولم يلغى شرط الولي وان المادة 30 من قانون الأسرة تحظر زواج المرأة المسلمة بالرجل غير المسلم، و عليه أوصت اللجنة الجزائر بإجراء تعديل آخر على قانون الأسرة لتضمن إلغاء تعدد الزوجات، وإلغاء شرط الولي وأن يعترف بالزواج الذي يقع بين المسلمة و غير المسلم اعترافاً قانونياً كاملاً و بدون استثناء.

و في نفس السياق جاء في تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة أسبابه وعواقبه المقدم من طرف السيدة ياكين ارثورك، المقدم في الدورة السابعة لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة فبعدها أشارت بعدد التحسينات التي عرفها قانون الأسرة في تعديل 2005، انتقدت الجزائر على إبقاء شرط الولي و عدم حضر تعدد الزوجات و منع المرأة من الزواج بغير المسلم.

من بين التوصيات التي قدمتها المقررة الخاصة إصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التام لمبدأ عدم التمييز على أساس نوع الجنس، و كحد أدنى ينبغي لهذا الإصلاح أن يتضمن إلغاء جميع الأحكام التي تحرم المرأة من المساواة، مثل تحريم تعدد الزوجات إلغاء الشرط القانوني المتعلق بمنصب ولي الأمر في الزواج، اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

نستنتج مما سبق ذكره، أن تقارير اللجان المستحدثة بموجب الاتفاقيات الدولية لا سيما لجنة سيداو أجمعت على أن وجود الولي ومنع زواج المسلمة بغير المسلم والسماح بتعدد

الزّوجات، تعتبر قيودا على حرية المرأة في الزواج وهي شكل من أشكال التمييز الذي يمس بمبدأ المساواة.

ومن هنا نناقش هاته العناصر على ضوء ما جاء في الشريعة الإسلامية لمعرفة هل فعلا تعتبر قيودا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر، وهذا من خلال التطرق إلى الولي ومنع زواج المسلمة بغير المسلم و تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة على ضوء الشريعة الإسلامية.

أوّلا: الولي:

قبل التعرض إلى موقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج لا بد من التطرق إلى آراء المذاهب الفقهية حول حق المرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها، و يجب الإشارة هنا إلى أن الولاية في الزواج تعد من المواضيع التي كانت محلا لجدل كبير و نقاش في الفقه الإسلامي، فمباشرة المرأة لعقد الزواج أصالة لا يتعلق بحكم ثابت في الشريعة الإسلامية، بل هي قضية خلافية و هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال استعراض مختلف الآراء الفقهية في الشريعة الإسلامية.

1- الولاية في الشريعة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على أن المرأة إذا بلغت و تحقّق فيها صفة الرشد كان من حقها أن تباشر أي عقد من العقود أو تصرف من التصرفات شأنها في ذلك شأن الرجل سواء بسواء، إلا أنهم استثنوا من هذا الاتفاق مباشرة المرأة لعقد النكاح حيث اختلف الفقهاء في أحقية المرأة لمباشرة هذا العقد¹ إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول:

يمنع هذا الاتجاه المرأة من مباشرة عقد النكاح مطلقا سواء كان بنفسها أو لغيرها، فبالنسبة لأصحاب هذا الاتجاه يعد الولي شرطا من شروط صحة النكاح، حيث أن عقد زواج المرأة لا

¹ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص267.

يصح بدون ولي، فذهب الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و ابن حنبل في المشهور عنه إلى انه يجوز للمرأة أن تباشر عقد الزواج بنفسها و لا لغيرها، بل إذا أوكلت رجلا غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج لأنها لا تملك تزويج نفسها إذ لا تستطيع تملك غيرها ما لا تملكه¹ واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالقرآن و السنة و المعقول:

- فمن القرآن قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾².

- وقوله عز وجل أيضا: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ...﴾³

- و وجه الاستدلال في هاتين الآيتين أن أمر تزويج النساء لو كان عائدا إليهن لما وجه الأمر بالنكاح أو النهي عنه إلى الأولياء، فدل ذلك على أن الزواج للأولياء لا النساء⁴ كما قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁵.

ووجه الاستدلال في هذه الآية هو نهي الأولياء عن منع النساء من نكاح من يخترن من الأزواج، فالخطاب بالنهي عن العضل موجه للأولياء، و لو كان أمر تزويج المرأة عائدا إليها لما كان في نهي الأولياء عن العضل فائدة⁶.

¹ أحمد اباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، ص44.

² سورة النور: 32.

³ سورة البقرة: 221.

⁴ انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 62/32، المحلي ابن حزم 54/9 مقتبس عن كتاب عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية، دراسات مقارنة، ص 157.

⁵ سورة البقرة: 232.

⁶ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 138.

- أما أدلتهم من السنة ما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: { أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَّا وَلِيَّ لَهُ }¹.
- وقوله ﷺ: { لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ، ولا تزوجُ المرأةُ نفسها، فإنَّ الزانيةُ هي التي تزوجُ نفسها }².

وهذه الأحاديث هي دليل على بطلان النكاح الذي لا ولي فيه و يستفاد منها أيضا أن ولاية إبرام عقد الزواج قد حصره الشرع في الأولياء دون النساء³

أما من المعقول فقد منعت المرأة من مباشرة عقد الزواج لأنه لا يؤمن من انخداعها أو وقوعها منها على وجه المفسدة، لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة، التي قد تغطي عليها جهة المصلحة⁴

- الاتجاه الثاني:

لم يجعل أصحاب هذا الاتجاه من الولي شرطا لصحة الزواج وهذا لصحته بعبارة المرأة البالغة العاقلة، فقد أجاز هذا الاتجاه للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها، وهذا ما قال به الإمام أبو حنيفة حيث أجاز للمرأة أن تعقد زواجها وتباشره بنفسها و وجه الجواز عنده، أن المرأة تصرفت من خالص حقها و هي من أهلها لكونها عاقلة مميزة و لهذا كان لها التصرف في المال واختيار الأزواج⁵

و قد استدلت الحنفية بأدلة من القرآن و السنة:

¹ رواه البخاري و مسلم عن الزهري، عن عروة عن عائشة رضي الله عنها.

² حديث رواه ابن ماجه و أخرجه الدار القطني.

³ مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري، والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بدون استثناء، ط2، 1977، ص 258.

⁴ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق.

⁵ محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، 2008، ص85.

- فمن القرآن قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ...﴾¹.

ففي هاته الآية يوجه الله تعالى خطابه مباشرة إلى النساء و ليس إلى الرجال إذ هن المعنيات أساسا بإبرام عقد الزواج².

- أما من السنة فتوجد الكثير من الأحاديث الصحيحة في وجوب استئذان البكر مع مراعاة ما يغلب عليها من حياء، فلم تنص على ضرورة تصريحها بذلك و طلب ذلك بالسنة للثيب أي التي سبق لها الزواج و منها الحديث الذي رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، الْبِكْرُ يُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا}³. وهذا الحديث يوضح أن للمرأة الحق في تزويج نفسها كما أن كونها بالغة عاقلة، يجعل لها الولاية على نفسها بالتصرف بالمال⁴، واستئذان البكر في هذا الحديث الشريف هو في نظر الأحناف من باب الاستحباب فقط⁵.

أما دليلهم من المعقول فهو أن تزوج المرأة الحرة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقها وهي من أهليه ولم تلحق الضرر بغيرها، في تصرفها بنفسها كما يصح تصرفها في مالها لأنها بلغت عن عقل وحرية⁶.

¹ سورة البقرة: 232.

² محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، كتاب الأول عقد الزواج و آثاره، ط 2، ص 302.

³ أخرجه الترميذي، كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في استأمان البكر الثيب، حديث 1108، ص 262

⁴ عبد الله عبد المنعم العسيلي، ص 161.

⁵ محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص 302.

⁶ ناصر احمد إبراهيم النشوى، موف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة

الإسكندرية، ص 387

و في ظل هذا الاختلاف الفقهي حول مسألة مباشرة المرأة لعقد زواجها سوف نتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعد التعديل من مسألة الولي و مدى تقييده لحريتها وحقها في الزواج.

2- دور الولي في قانون الأسرة الجزائري:

أ- موقف قانون الأسرة رقم 11/84 من الولاية في الزواج:

لقد نصت المادة 09 من قانون الأسرة 11/84 على: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين و صداق."

كما نصت المادة 11 على: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها أو احد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

من خلال قراءة المادتين نجد أن المشرع الجزائري اخذ بالرأي الذي اعتبر أن الولي شرط لصحة عقد الزواج، لا يصح إلا بتوافره سواء أكانت المرأة بكر أم ثيبا صغيرة أو كبيرة، وسائر رأي الجمهور في مسألة وجود الولي في عقد الزواج، و جعل من الولي ركنا في العقد في ظل هذا القانون إلى جانب الرضا و الصداق و الشهود.

كما اخذ برأي الحنفية في إلغاء ولاية الإجماع و هذا من خلال المادتين 12 و 13.

المادة 12 التي نصت على انه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذ رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة المادة 09 من ذات القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذ كان في المنع مصلحة للبنت".

أما المادة 13 فنصت على انه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز أن يزوجه بدون موافقتها".

ففي هاتين المادتين عبر المشرع صراحة عن اتجاهه في منع ولاية الإجماع في الزواج و بهذا فإن المشرع الجزائري في ظل قانون رقم 11/84، أخذ برأي كل من الجمهور والحنفية في مسألة الولاية فباعتبار الولي ركن في عقد الزواج، يكون موافقا لرأي المالكية، الذي لا يجيز للمرأة تزويج نفسها

من غير ولي، كما سائر المشرع رأي الحنفية في منع إجبار البكر البالغة على الزواج و بهذا فقد عبر المشرع صراحة عن اتجاهه، في منع ولاية الإيجار في الزواج في المادة 13 على اعتبار رفعه لسن زواج المرأة إلى 18 سنة، فلم يرى مبرر بعد ترشيدها لإبقاء الولاية عليها جبرا، ذلك لما أصبح لديها من الخبرات و التفكير الناضج ما يؤهلها على اتخاذ القرار الملائم لمصلحتها وهو أمر منطقي و يتماشى مع قول الفقه¹.

حيث يقول ابن القيم الجوزية رحمه الله تحجر البكر البالغ على النكاح ولا تتزوج إلا برضاها².

وبهذا جعل المشرع الولاية اختيارية تعتمد على موافقة المرأة غير أن الولي هو من يمثلها ويعبر عن إرادتها وشروطها في مجلس العقد، في حدود مهمته فلا يمنعها إذا رغبت فيه ولا يجبرها إذا أعرضت عنه³.

بهذا و من خلال المواد السالفة الذكر حاول المشرع التوفيق في القانون 11/84 بين رضا المرأة في الزواج و موافقة وليها باعتباره أدرى بشؤونها و يعمل على الحفاظ على مصلحتها⁴، إلا انه ورغم ذلك فقد تعرض قانون الأسرة 11/84 طيلة العشرين سنة من تطبيقه إلى انتقادات حادة وكانت مسألة الولي موضوع جدال ونقاش ومحل انتقاد مما دفع المشرع إلى إعادة النظر في هذا القانون و تعديله.

ب- موقف قانون الأسرة 02/05 بعد التعديل:

لقد وجهت انتقادات حادة لقانون الأسرة الجزائري 11/84 وهذا لعدم مسابته للتطور الذي عرفه المجتمع الجزائري، من الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وعدم انسجامه مع

¹ محمد محدة، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط 2، دار الشهاب الجزائر، 2000، ص 192.

² ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1992، ص 2.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 124.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126.

الاتفاقيات الدولية، الهادفة إلى تطوير حقوق الإنسان و ترقية المرأة و حمايتها و من بين المسائل التي كانت محل انتقاد، والتي أثارَت نقاشا و جدالا حادا طيلة العشرين سنة من تطبيق قانون الأسرة 11/84، مسألة الوالي الذي اعتبره هذا القانون ركنا في عقد الزواج فبخصوص هذه المسألة هناك اتجاهين متنافرين، اتجاه يدعو إلى إلغاء الولاية الكلية، فأصحاب هذا الرأي يرون أن الولاية على المرأة تعتبر إنقاصا من أهليتها و انتهاكا لكرامتها فبالنسبة إليهم لا يعقل أن تكون المرأة قاضية، ويعتبر بحكم القانون ولي لمن لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة 11/84، بينما تحتاج هي من اجل زواجها وليا و هذا ما لا يتقبله العقل أو المنطق، و يعتبر مساسا لمبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليها في الدستور و في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة، و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة.

أما المتمسكين بالشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة فيرون بالإبقاء على الوالي كركن في عقد الزواج، لأن إسقاطه يتنافى مع الشرع ويتعارض مع طبيعة المجتمع الجزائري وقيمه و تقاليد، أما بالنسبة للمدافعين على مبدأ المساواة بين الجنسين كذريعة لإلغاء الولاية في عقد الزواج، فهو فعلا مبدأ دستوري و لكن ليس على إطلاقه بل هو مقيد بالمادة الثانية من الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة.

وعليه، حاول المشرع إيجاد حلا وسطا بين هذين التيارين المتنافرين من خلال تعديل المادة 11 بموجب الأمر 02/05 التي أعطت للمرأة الحق في أن تعقد زواجها، ولم تلغى الوالي وجعلت الولاية حقا للمرأة يجوز لها تفويضه واختيار من تشاء من الناس، حيث نصت هذه المادة على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون".

فالمشرع خرج عن جميع المذاهب حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره المرأة حتى وإن كان من غير الأقارب وهو ما أكدته (أو) التي تفيد في اللغة التخيير.

إن فوائده وجود الولي في عقد الزواج تنتفي مع هذا التوسع الغير مبرر في الأولياء و تجعل من الاشتراط أمرا شكليا فقط.

وهنا لم يرتب المشرع بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه المرأة الراشدة دون وليها، و هذا يستنتج من روح المادة 33 فقرة الأولى، المعدلة في القانون 02/05 التي ترتب بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا أو غاب شرطان اثنان فقط¹.

وفي هذه الحالة كان الأجدد بالمشرع الجزائري حسم الأمر على غرار ما فعله المشرع المغربي في مدونة الأسرة، حيث حول الولاية في الزواج من شرط إلى حق للمرأة حيث نصت المادة 24 من مدونة الأسرة على: "الولاية حق للمرأة تمارسها الراشدة حسب اختيارها ومصحتها".

ويستفاد من هذه المادة أن المشرع المغربي قد تخلى نهائيا عن رأي الجمهور بما في ذلك رأي المالكية فيما يخص الولاية، واعتمد جزئيا رأي الأحناف الذي لا يفرض الولاية على المرأة الراشدة، و هذا ما أكدته المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت على: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو احد أقاربها".

فجعلت هذه المادة الولاية حقا للمرأة لها أن تستعمله أو أن لا تستعمله حسب ما تراه وإذا قررت المرأة المغربية، أن يكون لها ولي أثناء إبرام عقد زواجها فلها أن تختار بين الأب أو احد أقاربها².

وكذلك ما ذهب إليه المشرع التونسي حيث كان صريحا منذ البداية وقد حسم الأمر ووضع حدا لكل اجتهاد فقهي يشكك في صلاحية المرأة في إبرام عقد الزواج بمفردها وبدون مشاركة وليها الشرعي، وهذا طبقا للفصل الثالث من المجلة التونسية للأحوال الشخصية:

¹ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، بعض حقوق المرأة المستحدثة بموجب الأمر 02/05، ص 59.

² محمد كشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ص 307 و 308.

"لا يعقد الزواج إلا برضا الزوجين و يشترط لصحة الزواج إسهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة"¹.

إذا اعتبر المشرع وجود الولي في عقد الزواج أمرا شكليا و جعله في نفس المرتبة مع الشاهد الذي يحتاج إليه في توثيق العقد فقط، كما أن المشرع لم يرتب بطلان العقد في حالة تخلف الولي بل رتب الفسخ قبل الدخول والتثبيت بعد الدخول، في حين رتب البطلان في حالة تخلف ركن الرضا، و هذا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة المعدلة و هنا لا معنى لفسخ عقد بسبب غياب الولي الذي لا يجبر على الزواج و لا يمنع منه، فالولي هو من يقوم مقام المتولي عليه على نفسه وعلى ماله، فالمشرع أعطاه نوع من الاعتبار قبل الدخول إذا رتب عليه الفسخ و لكنه تراجع عن ذلك بقبول تثبيته بعد الدخول².

بناءً على كل ما سبق ذكره يمكن القول أن المشرع في قانون الأسرة المعدل لم يعطي الولي سلطة إجبار المرأة على الزواج، و لا سلطة منعها أو الاعتراض على زواجها كما لم يمنحه حق التعبير عن إرادته سواء الموافقة أو رفض الزواج بل جعل وجوده رمزيا.

يبدو من خلال هذا الوجود الرمزي للولي في قانون الأسرة المعدل كأنه تحضير الرأي العام لتعديلات مقبلة لقانون الأسرة، قد تلغي الولي نهائيا في عقد الزواج فهناك ما يبرر موقف المشرع الجزائري في هذا التعديل، منح المشرع الجزائري المرأة الحرية في اختيار من يتولى أمر زواجها حيث أثبتت الممارسة في ظل قانون 11/84 تعسف الأولياء و رفض حضورهم عند إبرام عقد زواج بناتهم، بسبب الخلافات السابقة بين الأولياء (الطلاق) مما كان يصعب من وضعية المرأة عند

¹ أعمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، جدلية التقليد و التجديد في القانون التونسي و المقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.

² أوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة، إشكالية أركان و شرط عد الزواج، مجلة منح حقوق الطفل، جامعة وهران، ع2، 2011، ص 81.

إبرامها للعقد¹، كما أن خروج المرأة للتعليم ثم للعمل واحتلالها مناصب حساسة و أعلى مناصب المسؤولية في شتى القطاعات أسقط مبرر وجود الولي المتمثل في حياء المرأة و قلة خبرتها بالرجال، فهذا لا يمكن تصوره في العصر الحالي مع التطورات التي عرفتتها المرأة، كما أن الكثير من الآباء في وقتنا الحالي لا يكثرثون لمصالح بناتهم و لا يهتمهم سوى المصلحة المادية، وقد لا يحسنون التزويج بالنظر إلى جهلهم و انخراطهم أو فسوقهم فهنا الولي يكون مضرا بمصلحة المرأة.

من هنا يمكننا القول أن تغير موقع الولي ودوره في تعديل قانون الأسرة كان يهدف إلى تحقيق حرية المرأة في اختيار الشريك على غرار حريتها في إبرام أي تصرف قانوني آخر.

ثانيا: زواج المسلمة بغير المسلم:

تعتبر مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، من المسائل التي تعرضت لانتقادات كثيرة من طرف مختلف التقارير الدولية التي تعدها اللجان المختلفة المعنية بحقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق المرأة بصفة خاصة.

فقد نصت المادة 30 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في فقرتها الخامسة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وهذا حتى ولو كان صحيحا في نظر القانون الأجنبي في حالة ما إذا أبرم خارج الجزائر، فيعتبر باطلا طبقا للقانون الجزائري.

فهذه المادة انتقدت من جهتين: فمن جهة تعتبر هذه المادة، مساسا بحق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل، فهي تعتبر تقييدا لحريتها في اختيار الزوج و من جهة أخرى تمس بمبدأ المساواة بين الجنسين، لأن هذا المنع يمس المرأة فقط، أما الرجل فهو غير معني بهذا المنع، فالقانون يسمح بزواج الرجل المسلم، بامرأة من ديانة سماوية أخرى.

وستعرض لمناقشة هذه المادة من خلال استعراض الحكمة من منع زواج المسلمة بغير المسلم.

¹ بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري و المقارن، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، ع 2، 2011، ص 55.

أ- الحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم:

لقد أجمع الفقهاء، على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ... ﴾¹، فيرى الفقه أن زواج المسلمة بغير المسلم، يجعلها في مرتبة أدنى من الكافر لأن القوامة تكون دائما للرجل مما يجعل المرأة والأبناء، يخضعون لرحمة الزوج، الذي يكون له عليهم تأثير قوي يؤدي إلى إبعادهم عن دينهم الإسلام² وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾³.

ب- الحكمة من جواز زواج المسلم، بغير المسلمة الكتابية وتحريم زواج المرأة المسلمة بغير المسلم:

يتساءل الكثير عن القصد من إباحية الكتابية، أي غير المسلمة للزواج بالرجل المسلم، وعدم جواز ذلك بالنسبة للمرأة المسلمة أي تحريم زواجه مع غير المسلم.

إن سبب إباحية زواج المسلم بغير المسلمة و تحريم زواج المسلمة بغير المسلم تتمثل فيما يلي:

- اختلاف الإيمان لدى كل من الاثنين، عنه في الآخر وهذا لتمييز المسلم، عن غير المسلم، بالوازع الديني وإيمانه بالكتب السماوية وبالأنبياء جميعا. وعلى هذا فلا يجوز للمسلم أن يسب التوراة والإنجيل ككتابين، مترلين من عند الله و إن فعل ذلك، كفر وكان عليه أن يجدد إسلامه وإلا كان مرتدا، تطبق عليه أحكام المرتد و منها طلاق زوجته و عدم حلها له بعد ذلك، بينما لا وزن عند الكتابي للإسلام ونبيه، لأنه لا يؤمن بالقرآن كتابا منزلا من عند الله سبحانه وتعالى ولا محمد عليه وسلم نبيا ورسولا، فهو لا يتخرج من سب الإسلام، أو سب محمد صلی الله عليه وسلم، فيؤدي المرأة في شعورها وعقيدتها فلا تستقيم العشرة بينهما وربما دفعتها الرغبة، في إرضاء زوجها إلى ترك دينها وإتباع دين زوجها.

¹ سورة المتحنة: 10.

² محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية-عين السبع - الدار البيضاء، ط3، سنة 2008، ص 162.

³ سورة النساء: 141.

- حفظ العقيدة و الحقوق: إن الرجل في الإسلام هو رب البيت، و القوام على المرأة، و صاحب السلطة والولاية عليها، والإسلام قد ضمن للزوجة الكتابية في ظل، الزوج المسلم، حرية عقيدتها و حقوقها و حرمتها، لكن اليهودية والنصرانية بعد تحريفهما، لم تضمن للزوجة المخالفة في الدين أي حرية أو حق. فإذا كان للزوج دين يخالف دين زوجته، خيف عليها أن تخضع لسلطانها و تألف دينه و يضيع إيمانها، والإسلام هنا يحافظ على المرأة المسلمة.
- إن إيمان المسلم الشامل بالكتب والمرسلين، سوف يولد في نفسه التقدير والاحترام لأهل الكتاب وهذا ما يدفع المسلم إلى معاملة زوجته الكتابية، معاملة كريمة نابعة من تعاليم الدين الحنيف، أما الكتابي فإنه لا يعترف بالإسلام وينكر القرآن و رسول الإسلام وبالتالي سوف لن يحترم دين المرأة المسلمة و شعائر دينها الحنيف¹.
- إذا تزوجت المسلمة بغير المسلم، فيكون لذلك خطر على عقيدة الأولاد و تضيع حقوقهم وأخلاقهم في ظل هذا الزواج، ليتضح مما سبق، أن منع زواج المسلمة بغير المسلم، هو ليس من باب التمييز العنصري، ولكن من باب التمييز الإيماني الديني و لا شك أن الإسلام يميز بين الناس، على أساس معتقداتهم، فالرابطة الإيمانية، مقدمة على الرابطة الإنسانية و تلك قضية محسومة في القرآن الكريم، قال سبحانه و تعالى: ﴿أَمْ نَجْعَلُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَالْمُفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ أَمْ نَجْعَلُ الْمُتَّقِينَ كَالْفُجَّارِ﴾²، و التنازل عنها يعني القضاء على الدين نفسه وجعله ملحقاً من ملاحق الحياة، لا صيغة الله للحياة، وهذا ما آلت إليه النصرانية بعد تحريفها، وهذا ما تريده المنظمات الدولية وتقارير اللجان الدولية، أن تفرضه، من خلال المساس بقوانين الأسرة في الدول الإسلامية.

¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية-، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، ص 94.

² سورة ص: 28.

إذن فالإسلام كان متفقا مع مبدأ التسامح الديني، لما أجاز زواج المسلم بالكتابية الغير مسلمة، وكان موقفه في منع زواج المسلمة بغير المسلم، ولو كان كتابيا متفقا مع واقعته وحرصه، على استقرار كيان الأسرة.

ثالثا- تعدد الزوجات:

لقد انتقدت تقارير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المتضمنة ردود هذه اللجنة على التقارير الأربع المقدمة من الجزائر وكذا تقارير لجنة القضاء على العنف ضد المرأة. قانون الأسرة الجزائري ومن بين النقاط السوداء في هذا القانون من منظور الاتفاقيات الدولية نظام تعدد الزوجات فهذا النظام اعتبرته الكثير من الجمعيات النسوية والحقوقيين نظام بدائي متخلف يتميز بالشهوانية، كما أنه إهدار لكرامة المرأة و اعتداء صارخ على مبدأ المساواة بين الجنسين باعتباره يعطي حق التعدد للرجل و يمنعه على المرأة، و هو لا يتناسب مع ما وصلت إليه المرأة في العصر الحديث من تطور على جميع المستويات و لمناقشة هذه الانتقادات يجب التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من التعدد و لئى مدى سماحه أو تقييده لمسألة تعدد الزوجات وقبل ذلك يجب التعرض لموقف الشريعة الإسلامية من التعدد على اعتبار أن مواد قانون الأسرة جلها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

أ- تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية:

إن تعدد الزوجات هو أن يكون في عصمة الرجل أو تحت عهده أكثر من امرأة، ممن تحل له شرعا، شريطة أن لا يزيد على أربع في الآن ذاته¹ ونجد نظام تعدد الزوجات سنده في القرآن والسنة، فمن القرآن الكريم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ

¹ عبد الله المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 96.

ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا¹، فالتعدد لم يأتي به الإسلام بل وجدته قائما في الجزيرة العربية ولدى أقواما أخرى، فكان الرجال يتزوجون بعدد من النساء دون حصر، فجاء الإسلام و حدده بأربع زوجات ووضع له شرطا جوهريا و أساسيا و هو العدل بين الزوجات وهذا ما جاءت به الآية المذكورة أعلاه أما من السنة ما رواه عبد الله ابن عمر أن ابن سلمة الثقفي أسلم و له عشرة نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعا منهم.² ووجه الاستدلال أن الحديث يدل على أن جمع ما فوق الأربع-بقاء- حرام، فلا مصاغ للزوج من خامسة إن كان ثمة زوجات أربع في عصمة الزوج، فالإسلام نص على الحد من كثرة عدد الزوجات، و في المقابل لم يرد أمر لمن تزوج واحدة بأن يتزوج أخرى، وذلك لأن تعدد الزوجات ليس مقرا لذاته، و إنما يكون تزوج الرجل مرة أخرى لأسباب ومصالح عامة³ فالحديث المذكور أعلاه يزيد الآية السابقة الذكر وضوحا فيما يخص العدد المسموح به من الزوجات.

كما أجمع الفقهاء كقاعدة عامة على أن التعدد وفقا لما جاء في كتاب الله محدود في أربعة نسوة وهو عدد لا يمكن مطلقا للفرد المسلم أن يتجاوزه بأي حال من الأحوال و أن التعدد إن حصل مشروط بالعدل في الأمور الظاهرة و عدم الميل كلية في المحبة القلبية.

واختلف الفقهاء حول ما إذا كان التعدد قاعدة مباحة للكافة أم مجرد استثناء فذهب فريق إلى القول بإباحة التعدد ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضيه و اشترطوا فقط العدل فيما أوجه الشرع، مع القدرة على الإنفاق عليهن و على أولادهن جميعا.

أما الفريق الثاني فيذهب إلى جواز التعدد مع تقييده بضرورة تقتضيه بالإضافة إلى شرط العدل والقدرة على الإنفاق وهذا ما طالب به الشيخ محمد عبده (1849-1905)، حيث طالب

¹ سورة النساء: 03.

² أخرجه الترميذي و اللفظ له، من الترميذي، كتاب النكاح عن رسول الله عليه وسلم رقم الحديث 1128.

³ أنظر، د.علي جمعة محمد، المرأة في الحضارة الإسلامية بين نصوص الشرع وتراث الفقه و الواقع المعيش، دار السلام القاهرة،

ط1، 2006، ص 51.

بتقييد تعدد الزوجات تقييدا يقرب من المنع، منطلقا في ذلك من مبادئ الإسلام نفسه، وعنده أن أضرار التعدد في زمانه تفوق الفوائد التي كانت في صدر الإسلام، كصلة النسب وتقوية العصبية.¹

بناء على ما سبق ذكره فإن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، دون أن تجعل ذلك أمرا واجبا، ولم تجعله مستحبا وإنما ربطته بشرط الضرورة، كما أن حكمه ليس التحريم أو الكراهية بمعنى، لا يثاب على فعله و لا يذم على تركه، مع أن الزواج الأمثل هو الزواج المفرد، لذلك لم يترك التعدد للممارسة العشوائية، حيث وجدت القيود الشرعية الثلاثة و هي:

- حصر العدد بأربع زوجات.
- العدل بين الزوجات.
- القدرة على الإنفاق و الاستمرار فيه خلال الحياة الزوجية.²

ب- موقف قانون الأسرة 02/05 من تعدد الزوجات:

- لقد نصت المادة 08 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 على أنه:
- يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.
 - يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج منها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
 - يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي، و قدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

¹ غسان عشا، الزواج و الطلاق و تع. الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية و تبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الشافعي، ط1، 2014، ص 94.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، ج.7، ط.1، 1984.

من خلال استقراء هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري، قام بتقييد تعدد الزوجات والتضييق منه، عن طريق فرض شروط يجب توفرها، حتى يمنح الترخيص بالزواج من طرف المحكمة، وهذا ما جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي لتعديلات قانون الأسرة، الذي عرض على مجلس الحكومة، ثم في عرض الأسباب المرفق بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء، أن هذه المادة تضع شروطا جديدة، للتضييق من مجال اللجوء إلى تعدد الزوجات، وتقيده بعدة شروط، تتعلق بوجود ظروف تبرره و توفر نية العدل، إذ يجب على الزوج:

- إخبار الزوجة و المرأة التي يرغب في الزواج معها، أن تقدم، طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، الذي يرخص بالزواج بعد التأكد من موافقة الزوجة الأولى، والمرأة التي يرغب في الزواج معها، و التأكد من قدرة الزوج على توفر العدل و الشروط الضرورية، للحياة الزوجية.

- و في حالة التدليس يحق لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.
- و إذا لم يستصدر الزوج من القاضي، ترخيصا بالزواج، يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول.

فموقف المشرع الجزائري من مسألة تعدد الزوجات، جاء مطابقا لتشريعات الدول الإسلامية الأكثر تطورا مثل (أندونيسيا، ماليزيا، إيران، العراق، سوريا، والمغرب) حيث سمحت هذه الدول بتعدد الزوجات، كاستثناء وقيده بشروط، وربطت قيامه أو جوازه، على ضرورة صدور رخصة مسبقة من المحكمة، والتشريع الجزائري في ظل قانون 11/84 كان يكتفي بالشروط العامة في الفقه الإسلامي ولكن بعد التعديل الجديد لعام 2005 أضاف على ذلك شرطا أساسيا يتمثل في ضرورة استصدار رخصة مسبقة من القاضي رئيس محكمة مقر بيت الزوجية، كما أدرج

جزاء يطبق على مخالفة الزوج لضرورة استصدار رخصة من القاضي، يتمثل في فسخ الزواج الجديد قبل الدخول.¹

من خلال ما سبق ذكره، فإن حق الزواج بالنسبة للجنسين، من الحقوق الطبيعية وهي، حقوق الإنسان التي نصت عليها جميع المواثيق الدولية ابتداء من الإعلان العالمي، لحقوق الإنسان، مروراً بالعهد الدولي لسنة 1966 وصولاً إلى الاتفاقية الشاملة والجامعة، لكل حقوق المرأة وهي اتفاقية، مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

فكل هذه الاتفاقيات نصت على حق المرأة، في زواجها برضاها الحر و الكامل، أي الرضا الخالي، من أي إكراه أو عيب من عيوب الإرادة، و كاملاً أي، غير مقيد.

أما قانون الأسرة الجزائري، باعتبار، أغلب مواد مستمدة من الشريعة الإسلامية، أكد بدوره على عنصر الرضا في الزواج، و هذا من خلال تكرار مصطلح الرضائية، في العديد من المواد، في تعديل قانون الأسرة، بموجب الأمر 06/05 المؤرخ في 2005/02/27، إلا أنه أحاطه بضوابط شرعية، متمثلة في اشتراط الولي، و هنا حاول المشرع ملائمة قدر الإمكان، قانون الأسرة فيما يخص هذه المسألة، مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، حيث استغنى عن الراجح من أقوال الفقهاء، أي رأي الجمهور الذي يرى في وجود الولي شرط صحة في عقد الزواج، و أخذ برأي الحنفية، الذي يقول بحق المرأة في عقد زواجها بدون ولي، إلا أن الاتفاقيات الدولية رأت في ذلك قيوداً على حق المرأة في الزواج برضاها الحر.

كما أن التقارير الدولية المختلفة كلها انتقدت، قانون الأسرة الجزائري، على منعه زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، الذي نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة، فزواج المسلمة بغير المسلم، محرم بإجماع الفقهاء على عكس الولي، الذي يعتبر مسألة خلافية في الشريعة الإسلامية.

¹ بومدين محمد، سلطة القاضي في منح رخصة تع. الزوجات (دراسة مقارنة) بين التشريعات الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه و القانون، ديسمبر 2013، الع. 14، المغرب.

من هنا نلاحظ أن قانون الأسرة، أعطى الحق للمرأة في الزواج، برضاها الحر و الكامل، في إطار ضوابط نصت عليها الشريعة الإسلامية، في حين أن الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها، اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، فمقاربة حقوق المرأة بالنسبة لهذه الاتفاقيات هي الحرية المطلقة، والمساواة بمفهوم التماثل ما بين المرأة والرجل، فالحقوق التي تضمنها هذه المواثيق، هي غربية المنشأ والمصدر، وهي متأثرة بمبدأ سلطان الإرادة، الذي هو نتاج الفلسفة الفردية، التي ظهرت في القرن الثامن عشر، مع تنامي الحرية في المجتمع، فحقوق الإنسان التي تضمنتها هذه المواثيق، تبلورت في العالم الغربي، الذي هو مزيج لثقافات تختلف عن الثقافات الإسلامية، و منها الثقافة الجزائرية، وأولى هذه الخلافات، تظهر في المسائل ذات الصلة بالدين الإسلامي، إذ لم يعد للدين في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الداخلي، و في القانون الدولي، ولهذا نجد مثلا أن اختلاف الدين بين الزوجين، لم يكن بممانع من موانع الزواج في الدول الغربية على خلاف الدول الإسلامية، ففي الدول الإسلامية، لا زال الدين الإسلامي، يحتل مكانة كبيرة في مسائل الأحوال الشخصية، لاسيما في مسائل الزواج وبالتالي فهو يصطدم، مع قانون الأسرة فيما يخص، رضا المرأة بالزواج وهذا ما يفسر تمسك الجزائر، بتحفظها على المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

إذا كان الرضا هو حجر الزاوية في عقد الزواج، أكدت عليه الاتفاقيات الدولية وكرسه المشرع الجزائري في قانون الأسرة فإن هذا الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا صدر عن ذي أهلية بالغ لسن الرشد.

المطلب الثاني:

حماية حقوق المرأة من خلال تحديد سن الزواج.

إن موضوع تحديد سن زواج المرأة يعتبر من المواضيع التي حظيت باهتمام الفقهاء والمفكرين قديما وحديثا وهذا بسبب انتشار ظاهرة زواج الفتيات في سن مبكرة في الكثير من المجتمعات، ومن بينها المجتمع الإسلامي مع ما يترتب عن هذا الزواج من آثار سلبية على الصحة الجسدية والنفسية والعقلية للمرأة، ففي هذه المجتمعات تلعب القيم الدينية والاجتماعية دورا هاما في دفع الأسرة على تزويج بناتها في سن مبكرة دون الاكتراث بشروط النضج البيولوجي، زيادة على أن التركيز على قيم الشرف المتعلقة بسلوك الفتاة تجعل الزواج من وجهة نظر الأسرة والمجتمع بمثابة حصانة لها وضمان لمستقبلها.

إن انتشار هذه الظاهرة وآثارها السلبية دفع المجتمع الدولي إلى معالجتها من خلال سن قواعد قانونية تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة بصفة خاصة.

وفي هذا السياق حاول قانون الأسرة الجزائري تحديد سن الزواج حتى يكون منسجما مع مقتضيات هذه الاتفاقيات الدولية وغير متصادم مع أحكام الشريعة الإسلامية التي عاجلت بدورها مسألة تحديد سن الزواج ومن هنا سنتناول موقف الشريعة الإسلامية، وما تضمنته الاتفاقيات الدولية في موضوع تحديد سن الزواج للمرأة مع انتهاء إلى بيان موقف قانون الأسرة الجزائري وذلك بالتطرق إلى، معايير تحديد سن الزواج في الاتفاقيات الدولية (فرع 1)، تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية (فرع 2)، تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري (فرع 3).

الفرع الأول:

تحديد سن زواج المرأة في الاتفاقيات الدولية.

أمام انتشار ظاهرة تزويج الأطفال والزواج القسري للأطفال في العالم، تفتن المجتمع الدولي إلى ضرورة مكافحة هذه الظاهرة من خلال سن قواعد قانونية دولية للقضاء على هذه الظاهرة التي تمس بشكل كبير الفتيات الصغيرات. فأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1962 الاتفاقية الخاصة بالرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج وهذا بموجب قرار الجمعية العامة رقم 1763 والتي نصّت في المادة 1/1-2 في فقرتها على أنه: "لا يعقد الزواج قانونيا إلا برضا الطرفين الحر والتام" كما تنص المادة الثانية من هذه الاتفاقية على أن "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتحديد الحد الأدنى لسن الزواج ولا يجوز قانونا لمن لم يبلغ هذا السن ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السن، لأسباب جدية وتحقيقا لمصلحة طالبي الزواج".

وفي توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1965 نصت على أن تقوم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج، كما نص إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة وضمن مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في الفقرة الثالثة من المادة السادسة على منع زواج الصغار وخطبة الصغيرات غير بالغات، وطالب الدول أن تحدد حدا أدنى لسن الزواج وأن تجعل تسجيل عقود الزواج في السجلات الرسمية إجباريا.

توجت هذه الجهود الدولية التي تدعو إلى تحديد سن الزواج ومحاربة تزويج الصغار بالاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة CEDAW لسنة 1979، والتي تنص في مادته 02/16 على منع ترتيب أي أثر قانوني على خطبة الطفل أو زواجه وشددت على اتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لحد سن أدنى وتسجيل الزواج في سجل رسمي، وجعلت منه أمرا إلزاميا.

كما نصت اتفاقية حقوق الطفل¹ في الفقرة 02 من المادة 24 على أنه ينبغي على الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الطفل والتمثلة في حماية الأطفال من مخاطر تشويه الأعضاء التناسلية للإناث وزواج الأطفال والاتجار بهم لأغراض الجنس.

ومن بين الاتفاقيات التي تحظر زواج الأطفال هناك الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل لعام 1990 الذي يقر أن الأطفال دون سن الثامنة عشر يحتاجون إلى رعاية خاصة وحماية قانونية وتدخل ضمن هذه الحماية القانونية ضرورة اتخاذ تدابير وسن تشريعات تمنع بموجبها الدول الأطراف تزويج الأطفال وخطوبة الفتيات.

وفي إطار الجهود الدولية لمنع زواج الأطفال نجد برنامج العمل لعام 1994 الخاص بالمؤتمر الدولي للسكان والتنمية التابع للأمم المتحدة يطالب بدوره الدول بالقضاء على زواج الأطفال ناهيك عن اتفاقية مناهضة التعذيب والتي اعتبرت الزواج في سن مبكر شكلا من أشكال التعذيب. في هذا السياق توجد العديد من تقارير اللجان الخاصة بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات التي تضمنت توصيات بضرورة القضاء على ظاهرة تزويج الأطفال والفتيات، ومن بينها اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ولجنة مناهضة التعذيب والتي رأت بأن تزويج الأطفال هو ممارسة مباشرة تؤدي إلى إلحاق الضرر البدني والعقلي والجنسي بالطفل²، كما أوضحت المقررة الخاصة لمسألة بيع الأطفال لأغراض الاستغلال الجنسي والبغاء والمواد الإباحية، أنه بإمكان اعتبار تزويج الأطفال بمثابة بيع لهم لغرض الاستغلال الجنسي³.

¹ - أبرمت في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 02/09/1990 وصادقت عليها الجزائر في 19/12/1992، ج.ر، الرسمية رقم 91 المؤرخة في 23/12/1992.

² - انظر على سبيل المثال، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الجبل الأسود: (CEDAW/C/MNE/CO/1) وموريتانيا (CRC/C/MRT/CO/2) وتوغو (CRC/C/TGO/CO/3-4) وزامبيا (CEDAW/C/ZMB/CO/5-6) والملاحظات الختامية للجنة مناهضة التعذيب بشأن بلغاريا (CAT/C/BGR/CO/4-5)

³ - تقرير المقررة الخاصة المعنية بمسألة بيع الأطفال و استغلالهم في البغاء و المواد الإباحية (A/66/228) ص.8.

وفي عام 2012 أصدرت لجنة حقوق الطفل واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة مع المثلة الخاصة للأمين العام والمعنية بالعنف ضد المرأة في القانون والممارسة بياناً مشتركاً يدعو الدول إلى رفع سن الزواج إلى 18 سنة للفتى أو الفتاة على حد سواء دون استثناء، مع توضيح أنه لا يمكن تبرير ممارسة تزويج الأطفال بأي أسباب تقليدية أو دينية أو اقتصادية.

كما أوضحت اللجنة الخاصة لحقوق الإنسان بأنه ينبغي تحديد سن الزواج في سن كافية لتمكين كل من الزوجين من الإعراب بحرية عن موافقته الشخصية الكاملة وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون¹.

وأوضحت أنه ينبغي على الدول ضمان تقييد الحد الأدنى لسن الزواج بالمعايير الدولية، واعتماد التدابير الفعالة لمنع تزويج الفتيات في سن مبكرة.

يبدو أن هناك اعترافاً واسع النطاق بأن تزويج الأطفال والزواج المبكر والزواج القسري شكل من أشكال التمييز القائم على نوع الجنس الذي يؤثر بشكل كبير في النساء والفتيات، وإذا كانت الاتفاقيات الدولية تحث على منع الزواج المبكر بصفة عامة و زواج القاصرات بصفة خاصة، فما هي وجهة نظر الشريعة الإسلامية في زواج الصغيرات على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية؟

الفرع الثاني:

تحديد سن زواج المرأة في الشريعة الإسلامية

لقد عنى الإسلام بالزواج بعناية بالغة من لحظة التفكير فيه حتى إقامته و فسخه، ومن بين الأمور التي اهتم بها الإسلام في عقد الزواج، مسألة أهلية الزوجين لإبرام عقد الزواج رغم الإجماع على أنه لا بد من وجود أهلية الأداء من المتعاقدين، وموضوع تحديد سن أدنى للزواج هو مسألة

¹ - التعليق العام رقم 19 (1990) للجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن حماية الأسرة، و الحق في الزواج، و المساواة بين الزوجين، الفقرة 4، و انظر أيضاً التعليق العام رقم 28 (2000) بشأن المساواة في الحقوق بين الرجال و النساء، الفقرة 23.

خلافية بين الفقهاء القدامى و المعاصرين على حد سواء و يمكن تصنيف آراء الفقهاء فيها إلى اتجاهين :

- اتجاه يقول بإباحة زواج الصغيرات: استدل أصحاب هذا الاتجاه إلى العديد من الأدلة في القرآن والسنة أهمها قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ...﴾¹، والتي استنبط الحنفية والشافعية أنها تفيد مشروعية تزويج غير البالغ لأن التي لم تحض وهي الصغيرة التي لم تبلغ بعد، أو التي بلغت ولكنها لم تحض بسبب المرض ويستدلون أيضا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت تسع سنين².

- اتجاه يذهب إلى منع زواج الصغيرات: يذهب أصحابه إلى أن الزواج في الإسلام هو عقد بين رجل وامرأة من مقاصده إنشاء أسرة مرتبطة بحياة مشتركة أساسها المودة والرحمة و صغر السن يتنافى و مقاصد الزواج وهذا ما جعل بعض الفقهاء، مثل ابن تيمية وعثمان الثوري و أبو بكر الأصبم يذهبون إلى القول أنه لا يجوز زواج الصغيرة³ واستندا في ذلك إلى الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾⁴ و وجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة أن الله تعالى علق الأمر بدفع الأموال إلى اليتامى على بلوغهم النكاح بالرشد، و هناك من استدل بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: { يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج } والباءة هنا هي القدرة البدنية والقدرة المادية.

¹ - سورة الطلاق: 4.

² - المغراوي محمد عبد الرحمن الفقي، تحديد السن في الزواج (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2011، ص42.

³ - جابر عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ص 68

⁴ - سورة النساء: 06.

أما المعقول هو أن الزواج للمعاشرة وللسكن والتناسل وصغر السن يتنافى مع ذلك، فالصغيرة لا تستطيع القيام بحقوق الزوج كاملة، وردا على الذين استدلوا بزواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة وهي صغيرة على أنه من السنة فهنا يقول أصحاب هذا الاتجاه بأن زواج النبي صلى الله عليه وسلم من عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة من خصوصياته وأنه من العرف الذي كان سائدا عند العرب في ذلك العهد والذي يتغير بتغير الزمان، كما يعتبرون أن الرضا من شروط الزواج وهذا الشرط غير متوفر في الفتاة القاصر لأنها غير راشدة.

كما أن الشريعة الإسلامية تبيح لولي الأمر بتقييد المباح إن وجدت مصلحة تدعو لهذا التقييد، وبهذا تكون مسألة تحديد سن الزواج إجراء تنظيمي جائز للمحافظة على سلامة الفرد والمجتمع¹.

وخلاصة القول في هذا، أنه إذا كانت بساطة الحياة في المجتمعات الإسلامية قد شجعت على انتشار زواج القاصرات، فإن التطور الذي عرفه المجتمع المعاصر بتعقيده ومشاكلة وضعف الوازع الديني فيه، جعل زواج الصغيرات، يفقد مبرراته مما يوجب على الدول الإسلامية منع زواج الصغيرة وضرورة سن تشريعات لتحديد سن الزواج بالنسبة للجنسين.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة حيث وحد سن الزواج وجعله 19 سنة كاملة وهي سن الرشد بالنسبة للرجل والمرأة.

الفرع الثالث:

تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

لقد حدد قانون الأسرة الصادر سنة 1984 سن الزواج ب 18 سنة بالنسبة للفتاة و21 سنة بالنسبة للفتى، ليتم لاحقا بتحديد سن الزواج ب 19 سنة بالنسبة للفتى والفتاة على حد سواء. بموجب نص المادة السابعة من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 "تكتمل أهلية الرجل والمرأة

¹ - محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، ط، 04، شركة الشهاب 1990، ص 131.

في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات.

وهذا التعديل هو إيجابي بالنسبة للمرأة نظرا للاعتراف لها بحقها على أموالها ونفسها، من خلال رفع أهلية الزواج إلى سن الرشد القانونية، وهذا على خلاف القانون 11/84 الذي أقر التصرف في النفس للقاصر دون التصرف في المال، مع أن المحافظة على النفس يعد مقصدا ضروريا يقدّم على المال¹، ونسجل هنا أنه توجد عدة مبررات دفعت المشرع الجزائري إلى مراجعة الحد الأدنى لسن الزواج في تعديل 02/05.

أولاً: مبررات مراجعة الحد الأدنى لسن الزواج في قانون الأسرة المعدل:

- تحقيقا للمساواة بين المرأة والرجل وتنفيذا للالتزامات الدولية للجزائر: وفقا لعرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي للتعديل الذي عرض على مجلس الحكومة قبل عرضه على مجلس الوزراء، ورد في عرض الأسباب أن هذا التعديل الذي يتضمن مراجعة تحديد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة هو من باب المساواة بينهما، مع إعطاء صلاحية للقاضي للترخيص قبل ذلك لضرورة أو مصلحة²، وبهذا فإن تحديد سن الزواج ب 19 سنة يعتبر من مظاهر المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة، مع إمكانية تخفيض هذا السن بترخيص قضائي، وبهذا فالمساواة محققة في المبدأ والاستثناء وهذا يعتبر تنفيذا لمبدأ المساواة كمبدأ دستوري والتزام دولي نصت عليها اتفاقيات حقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة، كما يأتي تنفيذا لاتفاقية حقوق الطفل التي تعتبر الشخص أقل من 18 سنة طفلا يجب أن يحظى بحماية خاصة تراعى فيها مصلحته، كما أن التعديل الذي جاء في المادة السابعة من الأمر رقم

¹ - منادي مليكة بريك، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، ص 267.

² - عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص 68.

02/05 هو من بين مطالب الجمعيات النسوية والكثير من الحقوقيين الذين كانوا يطالبون بتعديل قانون الأسرة 11/84 تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة .

- إن عقد الزواج له أهمية عظمى في حياة الفرد والمجتمع، كما له أهمية في تكوين الأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، واستقرار المجتمع هو استقرار الأسرة، وعلى اعتبار أن للمرأة مركزاً أساسياً داخل الأسرة، يتطلب زواجها أن تكون في سن يمكنها من تحمل أعباء الزواج، خاصة في العصر الحديث مع تطور الحياة الزوجية التي تتطلب استعداداً كبيراً لأجل القيام بها، كما تتطلب خبرة لمعالجة المسائل التي تثيرها الحياة الزوجية.

- من المبررات التي دفعت المشرع الجزائري كذلك إلى مراجعة تحديد سن الزواج بالنسبة للفتاة، ما ينتج عن هذا الزواج من أضرار صحية، فزواج القاصرات ينتج عنه الكثير من المشاكل الصحية التي تؤدي إلى الإضرار بصحة الفتاة القاصرة نتيجة للحمل المبكر، هذا زيادة على أن الزواج المبكر يقابله في غالب الأحيان طلاق مبكر وبالتالي الفشل في تحقيق أهم مقصد في عقد الزواج ألا وهو تكوين أسرة ناجحة أساسها المودة والرحمة.

- اهتمام الفتاة بالدراسة والتحصيل العلمي والسعي وراء الشهادة، خاصة أنه في ظل التعليم الحديث لا يمكن للفرد سواء كان فتى أو فتاة إتمام دراسته بجميع أطوارها قبل إتمام عشرون سنة من عمره.

- كذلك من أهم الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى تحديد أهلية الزواج هو عدم اتفاق الفقه الإسلامي على سن واحدة يجب التقيد بها، والمعروف أن قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وفي التعديل الجديد أبقى المشرع على الشريعة الإسلامية كمصدر أول لأحكام قانون الأسرة، ولكنه أخذ بما يعرف بالتلفيق الحسن الذي يعني الأخذ من جميع المذاهب بما يناسب المجتمع ومراعيًا للالتزامات الدولية للجزائر.

ثانيا: الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن:

اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة، وقد حدد المشرع الجزائري سن الزواج في المادة السابعة من الأمر 02/05 تسعة عشرة 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة معا، وبالتالي لا يجوز لأحدهما أن يعقد زواجه دون بلوغ هذه السن، حتى ولو كان بالغاً بلوغاً جنسياً¹.

إلا أن المشرع أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الترخيص والإذن بالزواج لمن استدعت الضرورة والمصلحة لزواجه وهذا ما نصت عليه المادة 2/7 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05 "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

والحكمة من ذلك هو الحيلولة دون اللجوء إلى إبرام العقود العرفية التي لا تخضع لإجراءات رسمية²، كما أن الاستثناء الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة جاء مراعى العادات السائدة في بعض المناطق³ وخوفا مما يترتب من آثار خطيرة على تأخير الزواج، ولكن هذا الترخيص لا يكون إلا بعد مراعاة جملة من الضوابط أو الشروط القانونية.

أ- شروط الترخيص:

تتمثل شروط الترخيص للقاصر بالزواج فيما يلي:

- **تقديم طلب مكتوب من الوالي:** يتضمن عرضا وافيا لأسباب الترشيح، مع تبيان الضرورة التي اقتضتها، مرفوقا بالشهادة الطبية تثبت السلامة العقلية و القدرة البدنية والصحية، وإدراج صورة

¹ - جيلالي تشوار، "سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الع. 04 سنة 1999 ص، 75.

² - تشوار جيلالي، "حماية الطفل عبر الإذن بالزواج" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، جزء 41، رقم 01، سنة 2000، ص 21

³ - عبد العزيز سعد قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص 99.

شمسية للقاصر كما يشترط ضرورة حضوره شخصيا رفقة وليه، ليتسنى للقاضي التحقق من القاصر ذاته¹.

- موافقة الوالي: إن الوالي هو الذي يتولى زواج القاصر، من خلال الإيجاب و القبول، الذي صدر عن هذا الأخير، نظرا لعدم إمكانية إنتاج هذا التعبير لأثره، فيعبر الوالي نيابة عنه، بنقل هذه الموافقة إلى مجلس العقد، دون أن يجبر القاصر أو يزوجه دون موافقته.

وهنا يثور التساؤل في حالة رفض الوالي، و كان هناك تعارض بين مصالح القاصر ومصالح الوالي ففي هذه الحالة، يرفع النزاع إلى القضاء، ويتم تقييم أسباب الرفض فإن كان الدافع الحفاظ على مصالح القاصر، أيده القاضي ورفض طلب الإعفاء من شرط السن وإن كان الهدف الحفاظ على مصالح الوالي، رفع القاضي هذا الرفض بوصفه وليا غير مباشر على القاصر²، والقاضي ليس ملزما بتسيب رفض الإعفاء، والقرار الذي يتخذه لا يقبل أي شكل من وجوه الطعن أو المراجعة³.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المادة 13 من قانون الأسرة نصت على أنه لا يجوز للوالي أن يجبر البنت القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، بل لا بد من مشاركتها في اختيار الزوج، والمشرع منح للقاضي سلطة رفض طلب الإعفاء لحماية القاصرة في حالة وجود مصلحة ومنفعة مادية يستفيد منها أهل الفتاة القاصرة، و تجدر الإشارة إلى أن الكثير انتقد المادة السابعة لما فيها من بعض الغموض خاصة في عدم تحديد القاضي المختص. بمنح الإذن بالرغم من أن هذه المادة تعترف للقاضي بمنح الإذن لكن دون تحديد صراحة القاضي المختص. بمنح الترخيص، هل تعود لقاضي شؤون الأسرة أم إلى رئيس المحكمة؟

¹ - بداوي علي. عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع، مجلة العلوم القانونية الع. 02 ص163.

² - منادي مليكة بريك، المرجع السابق، ص 281.

³ - سلامي دليلا، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، صفحة.

إن الواقع العملي يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالأوامر الولائية، وهنا كان الأجدر إسناد هذه المهمة إلى قاضي شؤون الأسرة وهذا نظرا لاحتكاكه اليومي بقضايا الزواج والطلاق¹، بل ولا يتم هذا الترخيص إلا بعد إجراء خبرة طبية تثبت قدرة المؤذون له على تحمل الأعباء النفسية للزواج.

- عدم تحديد السن الأدنى الذي يمكن أن يؤذن به للزواج، فالمشروع بموجب المادة 2/7 من الأمر 02/05 أعطى للقاضي سلطة تقديرية مطلقة بشأن الترخيص بالزواج دون السن المحددة في قانون الأسرة، وهذا يعتبر من الثغرات الموجودة في قانون الأسرة، حيث قد يؤدي خاصة بالنسبة للفتاة القاصرة إلى الزواج في سن مبكرة جدا مع ما يترتب عن هذا الزواج من أضرار جسمية و نفسية، ولهذا على المشروع أن يستدرك هذا الأمر و يضع حد أدنى لسن الزواج.

فقد تحدث تجاوزات تتمثل في عدم احترام شرط السن القانونية للزواج وهنا يثور التساؤل عن التدابير و الإجراءات التي نص عليها المشروع الجزائري؟

ثالثا: جزاء مخالفة سن الزواج:

لم ينص المشروع الجزائري صراحة ولا ضمينا عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، و ذلك على عكس قانون 63/22 الصادر في 29 جوان 1963 الذي حدد سن الزواج بـ 18 سنة للذكر و 16 سنة للإنتى. حيث خصّصت المادة الأولى من هذا القانون "ليس للرجل قبل بلوغه 18 سنة كاملة أن يعقد زواجه، و مع ذلك لرئيس المحكمة أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة إذن الإعفاء من شرط السن"

كما نصت المادة 2 من نفس القانون "يعاقب كل من ضابط الحالة المدنية والقاضي (المأذون) والزوجان وممثلوهما القانونيون، ومن أسهم معهم، الذين لم يراعوا السن، بالحبس من 15 يوما إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من أربعمئة إلى ألف فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين"

¹ - سلامي دليلة المرجع السابق صفحة بدون ترقيم.

أما المادة 3 فتتص: "يعطل كل زواج لم يحصل فيه دخول، تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى و يجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب".

في حين أن المادة 4 من نفس القانون تنص: "مع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقدرة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين:

أولاً: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية.

ثانياً: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت.

أما بالنسبة للتعديل الصادر بموجب الأمر 02/05 فإن المشرع لم ينص على جزاء مخالفة شرط السن وكان المادة السابعة أفرغت من محتواها، وهنا يثور التساؤل عن جدوى هذا التحديد إذا خالفه الأشخاص دونما جزاء يطبق على مخالفتي هذه المادة، خاصة وأنه بإمكانها إبرام الزواج قبل ذلك ثم تسجيله طبقاً للمادة 22 من قانون الأسرة. وبالتالي فقد تضمنت المادة السابعة من قانون الأسرة المعدل نهياً بدون جزاء وعليه فإن انعدام الجزاء يفتح الباب واسعاً لانتشار الزواج العرفي وهذا ما يؤدي إلى انتشار زواج القاصرات بصفة خاصة، فعدم النص على الجزاء مخالفة لشرط السن الذي حددته المادة السابعة و عدم وجود نصوص ردعية لمنع الزواج العرفي، تفتح المجال واسعاً لانتشار ظاهرة زواج القاصرات.

من خلال ما سبق يمكننا القول أن الاتفاقيات الدولية شجبت و منعت زواج الفتيات في سن مبكرة، بل اعتبرته من ضروب المعاملة السيئة للأطفال وحثت الدول على وضع تشريعات وتدابير للقضاء على ظاهرة زواج الأطفال.

كما أن زواج الصغيرة في الشريعة الإسلامية هو مسألة خلافية بين المذاهب الفقهية، فمن المعروف أن الشريعة الإسلامية لا تحدد سناً معينة للزواج، سواء للفتاة أو للشباب بل ترك ذلك

للعرف الاجتماعي حسب ظروف كل مجتمع، وتجدر الإشارة إلى أن الزواج المبكر ليس واجبا كما يصوره البعض.

أما فيما يخص قانون الأسرة فنجد أنه منسجما مع ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية، فقد جعل المشرع الجزائري سن 19 سنة لأهلية الزواج تماشيا مع هذه الاتفاقيات، كما خفض هذا السن استثناء، مراعاة للمصلحة والضرورة وجعله وفقا لضوابط وشروط، وهذا حماية للطفولة بصفة عامة و الفتاة القاصرة بصفة خاصة، إلا أن ما يعاب على قانون الأسرة فيما يخص حماية الفتاة من الزواج المبكر هو في عدم النص على جزاء مخالفة السن القانونية للزواج و عدم تحديده للحد الأدنى لسن الزواج التي يجب أن يتقيد بها القاضي أثناء منحة الترخيص بالزواج، بالإضافة إلى عدم منع الزواج العرفي الذي يبقى ثغرة في قانون الأسرة، من شأنها فتح المجال لزوج الفتاة في سن مبكرة. و بمجرد توف الرضا والأهلية بين طرفي عقد الزواج يمكنهما إبداء و تدوين الشروط التي يرينها مناسبة، و هذا ما نصّ عليه قانون الأسرة بمنحه الحق للمرأة في الاشتراط خاصة اشتراط عدم التعدد و شرط العمل.

المطلب الثالث:

فتح باب الاشتراط في عقد الزواج كآلية لصالح المرأة.

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة، من الأمور الجائزة، باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، ولهذا قد يشترط أحد الزوجين بعض الشروط عند إبرام عقد الزواج ليحقق لنفسه مصلحة خاصة، خوفا من أن يجرمه الطرف الثاني من هذه الميزة أو المصلحة الزائدة، و في هذا السياق تناول المشرع الجزائري مسألة الشروط المقترنة بالعقد أو التي يتضمنها العقد في باب عقد الزواج و إثباته في المادة 19 المعدلة بموجب الأمر 02/05 حيث نصت على "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وقبل مناقشة هذه المادة، و مدى حمايتها لحقوق المرأة أثناء إبرام عقد الزواج يجب أن تكون هذه المناقشة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم تقييم موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الاشتراط في الشريعة الإسلامية:

تقوم العلاقة الزوجية في الإسلام على أساس الود و المحبة، و التراحم و هذا ما بينه الله في قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾¹ إلا أنه قد يشترط أحد الزوجين، شروطا عند العقد ليحقق لنفسه مصلحة خاصة، خوفا من أن الطرف الثاني قد يجرمه من هذه الميزة، أو المصلحة إذا لم يشترطها.

والاشتراط أو الشرط في الزواج، هي الالتزامات الناشئة لأحد الزوجين باتفاقها زيادة على الآثار التي يرتبها العقد، و تعد من مقتضاه لحكم الشرع، أو تحديدا لهذه الآثار²، غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، فالإرادة في العقود بصفة عامة، و من بينها، عقد الزواج ليست مطلقة الحرية في اشتراط ما تريد، لأن العقود في الشريعة الإسلامية، لا تقوم على الإرادة وحدها، فالإرادة نفسها مقيدة بالشرع تحليلا و تحريما، و مقيدة بنوع العقد والشروط التي من ضمنه وطبيعته.³

ولقد يبيح الاشتراط في عقد الزواج، وثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

¹ سورة الروم: 21.

² محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، قسم الزواج ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 94.

³ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن للأحوال الشخصية، إصدار ثاني، دار النشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008، ط 1، ص 131.

فمن القرآن الكريم قوله عز وجل: ﴿... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾¹، فالزوج إذا تعهد الالتزام بشرط لزوجته، فعليه الوفاء به ما دامت فيه مصلحة مشروعة للزوجة، ولا تمس حقوق غيرها.

أما من السنة النبوية الشريفة قول رسول الله ﷺ: {أحق الشروط أن توفوا به، بما استحلتتم به الفروج}²، فأحق الشروط بالوفاء، شروط النكاح، إلا أنه رغم ثبوت إباحته في القرآن و السنة، فقد اختلف الفقهاء في حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج، و انقسمت آراءهم ما بين مضيق وموسع، وما بين ذلك.

فالشافعية والمالكية والحنفية يضيقون من الشروط ومنهم من يجيز الاشتراط وهم الحنابلة، وسيتم التعرض لهذه الآراء، بشيء من التفصيل:

أ- الشروط عند الشافعية: قسم الشافعية الشروط إلى ثلاثة أقسام:

- 1- شروط توافق مقتضى عقد النكاح: كأن تشترط المرأة الإنفاق عليها أو معاملتها بالمعروف أو غير ذلك من مقتضيات النكاح.
 - 2- شرط يخالف مقتضى عقد النكاح و لا تخل بمقصوده الأصلي و هو الوطاء، كشرط ألا يتزوج عليها أو لا نفقة لها، أو أن لا يخرجها من بلدها أو بيتها.
 - 3- شروط تخالف مقتضى العقد، و تخل بمقصود عقد النكاح الأصلي كأن تشترط المرأة أن لا يطأها وأن يطلقها ولو بعد الوطاء، أو أن لا يطأها إلا مرة واحدة في السنة، أو ليلاً أو نهاراً.
- وحكم هذه الشروط أن النوع الأول، و هو الذي يوافق مقتضى العقد، الجواز لأن هذا الشرط تحصيل حاصل، لأن مثل هذه الأمور، مطلوبة دون اشتراط، بمجرد عقد الزواج، فالزوج ملزم بما حتى و لو لم تشترط الزوجة ذلك، و صح العقد و المهر.

¹ سورة الإسراء: 34.

² أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب: الشرط في المهر عند عقد النكاح، 970/2 رقم الحديث 2572.

- أما حكم النوع الثاني وهو الذي خالف مقتضى العقد، دون الإخلال بمقصوده، فإن النكاح صحيحاً، و الشرط باطل، و فسد المهر لأن الشرط إن كان لها، فلم ترضى بالمسمى وحده، وكذلك إن كان الشرط للزوج فلم يرضى بالمسمى من المهر، إلا سلامة ما شرط، وليس له عند بطلان الشرط إلا الرجوع إلى مهر المثل، أي أن الزوجة ما رضيت بالمهر لولا الشرط، فلما بطل الشرط صار لا بد من الرجوع إلى مهر المثل، وكذلك الزوج لم يرضى بما سمي من المهر، لو لا وجود شروطه فلما انتفى الشرط فلا بد من العودة لمهر المثل.

- أما حكم النوع الثالث وهو الذي خالف مقتضى العقد وأحلّ بمقصوده، فهو بطلان النكاح والشرط معاً، وكذلك حكم العقد. أما لو اشترط ألا يتوارثان، أو أن النفقة على غير الزوج، ففي مثل هذه الشروط قولان عند الشافعية، أحدهما: أن الشرط يبطل و العقد صحيح و الثاني، أن العقد يبطل.

والمأمل في رأي الشافعية، أن الشروط المباحة عندهم هي ما كانت من طبيعة عقد الزواج ومقتضياته، وهذه لا تحتاج إلى اشتراط.

ب- الشروط عند المالكية: قسم المالكية الشروط إلى ثلاثة أقسام:

1- شروط جائزة: و هي الشروط الذي يقتضيها العقد، حتى لو لم تذكر كشروط، كان لا بد من القيام بها، كحسن العشرة، و النفقة و المبيت و غير ذلك مما هو من مقتضيات النكاح.

2- شروط مكروهة: و هي تكون مما لا يقتضيه العقد و لا ينافيه، كأن لا يتزوج عليها، ألا يخرجها من بلدها أو بيتها، فمثل هذه الشروط لا يفسخ الزواج بها لا قبل الدخول ولا بعده، ولا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب الوفاء بها، وهذه الشروط مكروهة، لما فيها من الحجر على الزوج و الحد من تصرفه بحقه.

3- شروط منافية لمقتضى عقد الزواج و هي قسمان:

- شروط يفسخ النكاح بها قبل الدخول وجوباً، وثبت النكاح ولا يفسخ إذا حصل الدخول، مثل أن تشترط المرأة أن لا يأتيها الرجل إلا ليلاً أو نهاراً أو يشترط عليها أن لا يقسم لها في

المبيت بينها وبين زوجاته الأخريات، أو أن لا ترثه ولا يرثها، أو أن نفقتها عليها أو على أبنائها، أو أن لها نفقة معينة كل شهر، أو اشترطت أن أمرها يكون بيدها، أو أن، أو ما إلى ذلك من الشروط، فإن العقد يلغى ويفسخ قبل الدخول، فإذا حصل الدخول لزم العقد والشروط وللمرأة مهر المثل في هذه الحالة.

- شروط يفسخ بسببها العقد قبل الدخول وبعده: كأن يشترط الأجل في النكاح، سواء أعين الأجل أم لم يعين، وكذلك نكاح الشغار، والملاحظ هنا أن رأي المالكية لا يختلف عن رأي الشافعية.

ج- الشروط عند الحنفية: قسّم الحنفية الشروط إلى قسمين:

1- شروط صحيحة: وهي ما كانت من مقتضيات، أو ورد الشرع بجوازها، وهذه الشروط هي ما كانت من طبيعة عقد الزواج، فلو لم تشترط لكان العقد بطبيعته ملزماً للزوج بالقيام بها، كالنفقة وحسن العشرة والمبيت وسواها.

2- الشروط الفاسدة: والفاسد والباطل في شروط الزواج واحد عند الحنفية وهذه الشروط، هي التي يقتضيها العقد، ولم يرد نص بجوازها ولا تلاءم عقد الزواج، غير أنها تتضمن مصلحة لأحد العاقدين، وهذه الشروط لا تفسد عقد الزواج أو تبطله، وإنما يكون العقد صحيحاً، ويلغى الشرط الفاسد، ولا يجب الوفاء به، ويمكن تقسيم الشروط الفاسدة، التي لا يقتضيها العقد، من حيث الوفاء بها إلى قسمين:

- قسم لا يجوز الوفاء به: وهي الشروط التي تخالف مقتضى العقد، وتخل بنظام الزواج ومقصوده، كاشتراط أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج، ألا ترثه أو أن لا ينفق عليها أو أن لا يدفع لها مهراً، أو أن تخرج متى تشاء أو تعاشر من تريد، فمثل هذه الشروط لا يجوز الوفاء بها.

- شروط لا يجوز الوفاء بها ولا يلزم، كأن تشترط المرأة عند زواجها أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها أخرى، أو أن يطلق زوجته الأولى، فهذه الشروط و أمثالها يجوز له الوفاء

بها، فإن لم يوفى بها فلا يفسخ الزواج، وإنما في هذه الحالة مهر المثل، لا المهر المسمى في العقد، لأن المرأة لم ترضى بالمهر المسمى لو لا أن المنفعة موجودة في شرطها كانت تدخل في حسابها، فلما انتفى الشرط بعدم الوفاء، لزم الرجوع إلى مهر المثل، وكذلك فإن اشتراط الخيار للزوجين أو أحدهما، لا يبطل العقد، فالعقد صحيح و الخيار باطل، أما اشتراط المرأة أن يكون لها الحق في تطليق نفسها متى شاءت، فهو أيضا ينطبق عليه وصف الشروط الفاسدة، غير أن الحنفية أجازوا هذا الشرط، وقالوا: لها أن تطلق نفسها متى شاءت، إذا اشترطت ذلك وعللوا ذلك: بأن هذا ليس شرطا، وإنما هو تفويض بحق، فالطلاق حق يملكه الرجل بعد العقد، فله أن يتنازل عن حقه، و يفوض فيه الزوجة لإيقاعه متى شاءت، فهو تعجيل في التفويض ليس إلا، ومن هنا يجوز للزوج أن يعطيها هذا الحق.¹

د- الشروط عند الحنبلية: لقد قسم الحنابلة الشروط إلى قسمين:

1. الشروط الباطلة: وذلك بأن تقيّد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي كاشتراط عدم المهر، أو شرط ينافي مقاصده الشرعية، كاشتراط عدم الاستمتاع الزوجي، أو بأن يلتزم بما هو محظور شرعا، كاشتراط المرأة أن تسافر وحدها، وهذه الشروط لا يجوز الوفاء بها.
2. الشروط الصحيحة الملزمة للزوج: وهي التي تكون فيها مصلحة مشروعة للزوجة بحيث لا تمس حقوق غيرها، و لا تقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كأن لا ينقلها من بلدها، وهنا يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط، وإلا أجبره القضاء على ذلك.
3. الشروط الصحيحة الغير ملزمة للزوج: وهي التي تكون فيها مصلحة للزوجة، ولكنها تقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كاشتراطها ألا يوظف، أو شرط ما يمس حقوق غيره.

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 133-134.

4. كاشتراطها أن يطلق زوجته الأخرى، فالشرط في هاتين الحالتين صحيح، و لكن لا يلزم الزوج الوفاء به و لا يجبر على ذلك قضاء¹.

نستخلص مما سبق ذكره من آراء المذاهب الفقهية الأربعة، و أدلتهم في جواز الاشتراط في عقود الزواج، نجد أن المذهب الحنبلي فيما يخص الشروط في عقد النكاح هو أعدل المذاهب، و أقربها إلى قواعد الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:

موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج.

لقد نص المشرع الجزائري على الاشتراط في عقد الزواج، في المادة 19 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، والتي ورد فيها ما يلي:

" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة ليست وليدة تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، بل إن وجودها مرتبط بصدور قانون الأسرة لأول مرة سنة 1984، إلا أن المشرع أضاف لها عبارة (أو في عقد لاحق)، و الهدف من هذا التعديل تمكين الزوجين من حل المشاكل التي يتوقع أن تطرأ بعد الزواج، و حماية المرأة هنا يبدو جليا، حيث أعطى المشرع مثالين عن الشروط الصحيحة التي يمكن للزوجة أن تشترطها و هي عدم التعدد واشتراط العمل.

¹ القواعد النورانية الفقهية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق: محمد حامد الفقي، 1399هـ، دار المعرفة، بيروت، ص 200 - 210 .

كما قضى المشرع الجزائري ببطان كل الشروط التي تتنافى ومقتضيات عقد الزواج، وذلك بموجب المادة 32 المعدلة بدورها، بموجب القانون السالف الذكر التي تنص على ما يلي:

" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد".

ونص كذلك في المادة 35 من قانون الأسرة على أنه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا".

ومن خلال ما سبق ذكره من مواد يمكن استخلاص النتائج التالية:

تبني المشرع الجزائري بموجب المادة 19 من قانون الأسرة المعدل الرأي القائل بحرية الاشتراط عموما، ما لم تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون و مقتضيات عقد الزواج.

وهنا يبدو جليا تأثير المشرع الجزائري برأي الحنابلة في مسألة حرية الاشتراط، فقد أعطى المشرع لكل من الزوجين حرية الاشتراط بشكل مطلق ما لم تتعارض تلك الشروط مع أحكام قانون الأسرة أو مقتضيات عقد الزواج كاشتراط مثلا عدم الصداق.

أعطى المشرع إمكانية الاشتراط للزوجين، من خلال عقد الزواج نفسه، الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق، و في ذلك تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين، والالتزام بتنفيذ هذه الشروط ليس عسيرا، باعتبار أن وضعها إما يكون أثناء عقد الزواج، وبحضور الشاهدين الذين يتطلبهما هذا العقد حسب المادة المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، و إما بعقد رسمي لاحق.¹

إن حق الاشتراط ليس مقصورا على أحد طرفي العلاقة الزوجية، بل هو حق يتمتع به كل من الزوج و الزوجة على حد سواء، في إطار مبدأ المساواة بين الزوجين.

¹ رباحي أحمد، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر من مجر القانون الخاص الأساسي جامعة تلمسان، 2010، ع. 07، ص 34.

مما سبق ذكره فإن المادة 19 من ق. أ المعدل، تضمنت بصورة واضحة حماية لحقوق المرأة، وتأثرت بشكل ضمني باهتمامات الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقيات القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة، وهذا من خلال ذكره شرطي عدم التعدد و عمل المرأة، فشرط عدم التعدد الذي نصت عليه المادة 19، جاء في إطار التدابير التي وضعها المشرع، للتضييق من إمكانية التعدد، خاصة بعد الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة فيما يخص مسألة التعدد التي ترى فيها الاتفاقيات الدولية، قيوداً على حرية المرأة في الزواج وإهانة لكرامتها.

أما شرط عمل المرأة فهو تجسيدا لحق العمل، المنصوص عليه في الدستور الجزائري بالنسبة للجنسين، كما أكدت مختلف الاتفاقيات الدولية، على حق المرأة في العمل، حيث نصت المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1948 على أن " لجميع الأفراد دون أي تمييز الحق في أجر متساوي عن العمل المتساوي، كما أكد العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، حيث نصت المادة 6 على، حق كل فرد في العمل وألزمت هذه المادة الدول باتخاذ الإجراءات اللازمة والمناسبة لتأمين هذا الحق، والمعروف أن الفرد في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يشمل المرأة إلى جانب الرجل.

أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، فقد تناولت هذا الحق من خلال المادة 11 التي تنص على أنه: " يجب على الدول الأطراف في الاتفاقية اتخاذ كل التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة، في مجال العمل، لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل و المرأة نفس الحقوق ولا سيما ما يلي:

أ- الحق في العمل، بوصفه حقاً ثابتاً لكل البشر.

ب- الحق في التمتع بنفس فرص العمل.....

ج - الحق في حرية اختيار المهنة و نوع العمل...

إذن حق المرأة في الاشتراط المنصوص عليه في المادة 19، يمكنها من حماية حقوقها بشكل إرادي، و إعطاء المشرع لشرط عدم التعدد و شرط عدم العمل كمثال للشروط الصحيحة، تعتبر من التدابير التي اتخذها المشرع من أجل تكييف قانون الأسرة مع الالتزامات الدولية للجزائر فيما يخص حماية المرأة.

وبعد تراضي واتفاق المرأة والرجل على الزواج وفقا للشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة، يوثق هذا الزواج في سجل رسمي و هذا التسجيل فيه حماية للمرأة.

المطلب الرابع:

حماية حقوق المرأة من خلال تسجيل عقود الزواج.

نظرا للأهمية الكبرى التي يحضى بها عقد الزواج و آثاره على المرأة، أكدت الاتفاقيات الدولية على ضرورة توثيقه كحماية للمرأة (الفرع الأول)، كما نصّ المشرع الجزائري على ضرورة تسجيله في وثيقة رسمية، ولأنّ عقد الزواج قد لا يسجل لسبب ما، فإنّ المشرع بين كيفية إثباته أمام القضاء في غياب ذلك التسجيل (فرع ثاني) .

الفرع الأول:

تسجيل عقود الزواج في الاتفاقيات الدولية.

لقد اشترطت اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج و تسجيل عقود الزواج، التي أبرمت 1962 ودخلت حيز النفاذ في 1964 على الدول الأطراف ضرورة تسجيل عقود الزواج، وهذا بنصها في المادة 3 من الاتفاقية على " تقوم السلطة المختصة بتسجيل جميع عقود الزواج، في سجل رسمي مناسب".

وهذا ما أكدته توصية الرضا بالزواج و الحد الأدنى لسن الزواج، و تسجيل عقود الزواج الصادرة بتاريخ 01 نوفمبر 1965 والتي دعت فيها الجمعية العامة للأمم المتحدة، إلى ضرورة تعزيز كيان الأسرة، باعتبارها الوحدة الأساسية، في كل مجتمع، كما أكدت في هذه التوصية بحق

البالغين من الذكور و الإناث بالزواج و تكوين أسرة، و أوصت على أن تقوم السلطة المختصة بتسجيل جميع عقود الزواج في سجل رسمي مناسب، أما الإعلان القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1967، فقد نص في الفقرة الثالثة من المادة السادسة منه على إلزام الدول باتخاذ التدابير الفعالة، بما فيها التدابير التشريعية لتحديد سن الزواج وتسجيل العقود في سجلات رسمية وإجبارية، كما أكدت اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 (CEDAW) الفقرة 2 من المادة السادسة عشر، التي ألزمت الدول الأطراف في الاتفاقية على ضرورة اتخاذ جميع الإجراءات، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج، و لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا وفي هذا السياق و على ضوء المادة 2/16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21، في دورتها الثالثة عشر لسنة 1994، أن الدول الأطراف يجب أن تفرض تسجيل عقود الزواج، سواء أبرمت على شكل مدني أو وفقا للعرف أو الدين¹، وفي توصية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المؤرخة في 30 أكتوبر 2013، حول الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج و العلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية، أكدت أن تسجيل الزواج يحمي حقوق الزوجين فيما يتعلق بالملكات لدى انقضاء الزواج بالوفاة أو الطلاق وعليه تلزم اتفاقية- سيداو- الدول الأطراف بوضع نظام لتسجيل الزواج وإعمال هذا النظام إعمالا تاما، إلا أن كثيرا من الدول الأطراف إما لا تشترط قوانينها تسجيل الزواج أو لا يطبق هذا الشرط إن وجد، و ينبغي في هذه الحالات عدم معاقبة الأفراد الذين يتخلفون، ولا سيما في الحالات التي يكون فيها التسجيل أمرا صعبا لقلّة الوعي و غياب البنية الأساسية.

وينبغي للدول الأطراف أن تجعل تسجيل الزواج فرضا قانونيا وأن تضطلع بأنشطة فعّالة من أجل تحقيق هذا الهدف، و يجب أن تكفل التنفيذ عن طريق التعريف بمتطلبات التسجيل وأن توفر البنية الأساسية التي تجعل التسجيل متاحا لجميع الأشخاص ضمن ولايتها الإقليمية، و ينبغي للدول

¹ Office of the High commissioner for human right and others , p 349.

الأطراف أن تتيح إمكانية إثبات الزواج بوسائل غير التسجيل حيثما كانت الظروف تبرّر ذلك، ويجب على الدولة أن تحمي حقوق النساء في إطار هذه الزيجات بصرف النظر عن وضع الزيجة من حيث التسجيل¹.

بناءً على ما سبق ذكره من نصوص الاتفاقيات الدولية، نستخلص أنها جاءت للتأكيد على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل، وحققها في تكوين أسرة دون قيد أو شرط، وهذا بتعبير المرأة و الرجل على قدم المساواة عن إرادتهما الشخصية عن الزواج، وتأمين العلاقة اللازمة وهذا بحضور السلطة المختصة، وحضور الشهود، كما أكدت على ضرورة تسجيل عقد الزواج سواء كان مدنياً أو دينياً في سجل رسمي خاص، حيث أن تسجيل الزواج في المجتمعات المعاصرة أصبح ضرورة لحماية الأسرة بشكل عام و حماية المرأة والطفل بشكل خاص، فذهبت الدول الإسلامية في هذا الاتجاه، إذ رغم أن الإسلام يشترط ضرورة توافر الرضا والولي والصدّق والشهود لانعقاده، دون النص صراحة، على ضرورة كتابة عقد الزواج، إلا أن القوانين الوضعية في الدول الإسلامية نصت على ضرورة تسجيل عقود الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع، قد ذهب قانون الأسرة الجزائري في هذا الاتجاه، ونص على إلزامية تسجيل عقود الزواج، وهذا رغم عدم مصادقة الجزائر على اتفاقية الرضا بالزواج، وتحفظها على المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

الفرع الثاني:

تسجيل عقد الزواج في القانون الجزائري قبل صدور قانون الأسرة.

إن عقد الزواج، هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية بصفة صحيحة، ويعتبر عقد الزواج هو النسخة المنقولة أو المستخرجة من وثيقة عقد الزواج الرسمي، المسجلة في

¹ أنظر التوصية العامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج و العلاقات الأسرية و على فسخ الزواج و إنهاء العلاقات الأسرية) بتاريخ 30 أكتوبر 2013 .

سجلات الحالة المدنية بشكل قانوني¹، وعليه قام المشرع الجزائري منذ الاستقلال بالتشجيع، على تسجيل عقود الزواج من أجل القضاء على ظاهرة الزواج العرفي و ما يترتب عليه من آثار وخيمة لا سيما على الزوجة والأبناء، هذه الظاهرة التي ورثتها الجزائر عن المرحلة الاستعمارية، حيث كان أفراد الشعب يعزفون عن الزواج المدني، ويفضلون الزواج، طبقاً للأعراف الجزائرية، رغم سعي الإدارة الاستعمارية من القضاء على هذه الظاهرة، حيث حاولت الإدارة الاستعمارية، تنظيم الحالة المدنية للجزائريين ابتداء من 1882، وهو تاريخ صدور أول قانون للحالة المدنية في الجزائر، ورغم نص هذا القانون كغيره من القوانين اللاحقة، على عقوبة جزائية ضد مخالفة أحكامه الخاصة، بضرورة التصريح بالزواج للسلطات الإدارية و العسكرية المختصة. بمجرد إبرام العقد، لم تتمكن الإدارة الفرنسية من التحكم الكلي في الحالة المدنية للجزائريين، طيلة الفترة الاستعمارية².

رغم صدور نصوص أخرى أهمها قانون 777/57 الصادر بتاريخ 11 جويلية 1957 والمتعلق بإثبات الزواج المبرم في الجزائر، وفق قواعد الشريعة الإسلامية حيث ألزم هذا القانون المواطنين المسلمين، بإبرام عقود زواجهم أمام القاضي وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية أو العرف القبائلي، وألزم القاضي بإخبار ضابط الحالة المدنية بهذا الزواج، ويتم تسليمه نسخة من عقد الزواج، وهذا طبقاً للمادة 02 من هذا القانون، والجدير بالذكر هو أن هذا القانون لم يحدد كيفية وشكلية عقد الزواج، بل اكتفى بإلزام المواطنين الجزائريين بالتقرب إلى القاضي لإبرام عقود زواجهم، ومن هنا فللقاضي أن يجرر عقد الزواج بالطريقة التي يراها موافقة لقواعد الشريعة الإسلامية، وإذا لم يتم عقد الزواج أمام القاضي، فإنه يجب تسجيله خلال 5 أيام من تاريخ الزفاف، وإلا تعرض الزوج و ولي الزوجة إلى عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 09 من نفس القانون، و المتراوحة بين الغرامة والحبس لمدة 06 أشهر، ثم جاء المشرع الفرنسي بالأمر رقم 59/274 الصادر بتاريخ 04

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 35.

² أ.مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية- مجلة الدراسات القانونية - مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي ع. 01 ديسمبر 2004 ص 21.

فيفري 1959، و الخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون لأحوال الشخصية المحلية وذلك في عمالة الجزائر والواحات والساورة، وألزم هذا الأمر تحرير عقد الزواج أمام القاضي، أو ضابط الحالة المدنية، ولا يمكن إقامة الحفل دون الحصول على شهادة الزواج أو دفتر عائلي، وأجبرت المادة الثانية منه، المسلمين الجزائريين بإبرام عقد زواجهم أمام القاضي الشرعي أو أمام ضابط الحالة المدنية، وإلا كانت هذه العقود باطلة، ولا يحتج بها إلا بين عصبة المسلمين فقط، فيما يخص شؤونهم الخاصة¹، وجاء بعده المرسوم رقم 59/1082 الصادر بـ 17/09/1959، الخاص باللائحة التنفيذية المتعلقة، بالأمر رقم 59/274 الصادر في 04 فيفري سنة 1959، والمتضمن تنظيم عقود الزواج المبرمة في عمالات الجزائر والواحات والساورة، لمعرفة أشخاص مقيمين محليا في تلك الأماكن.

إلا أنّ هذه التدابير التشريعية، التي بادرت بها الإدارة الاستعمارية في هذه الفترة المترامنة مع حرب التحرير، التي حاول الاستعمار من خلالها استقطاب الشعب الجزائري، لم تحترم من قبل نسبة كبيرة من المواطنين الجزائريين، والدليل على ذلك كثرة الزواج غير المسجل في هذه الفترة، حيث ورثت الدولة الجزائرية الحديثة الاستقلال، نسبة كبيرة من الزيجات العرفية، الغير مسجلة و بعد الاستقلال حاول المشرع الجزائري تسوية عقود الزواج العرفي، حيث صدر القانون 63/224 المؤرخ في 29/06/1963 الخاص بتحديد الحد الأدنى للزواج و الذي نص في مادته الخامسة على أنه: "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب على الأزواج، من آثار ما لم يقدم وثيقة عقد الزواج، مسجلة في الحالة المدنية، ويجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون، خلال مهلة مدتها ثلاثة سنوات".

وقد ألزم المشرع، المواطنين الجزائريين على السعي لتسجيل عقود الزواج التي لم تسجل خلال الفترة الاستعمارية، و قد حدد أقصى مدة لتسجيلها بثلاث سنوات، إلا أنه ورغم هذه المدة

¹ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الدار العمومية للطباعة و النشر و التوزيع، ط 2، 1995، ص 152.

الكافية التي منحها المشرع من أجل تسوية عقود الزواج و تسجيلها، لم تلقى صدى واسع، وبقي الكثير يرمون عقود زواجهم بالفاتحة و بشكل عرفي.

وهذا ما أدى بالمشرع إلى إصدار الأمر رقم 72/69 الصادر بتاريخ 16/09/1996 الذي ينص في المادة الأولى منه " أن كل عقود الزواج التي جرت وفقا للتشريعة الإسلامية، قبل نشر الأمر الحالي والتي لم تحرر، أو تسجل في سجل الحالة المدنية، يمكن تسجيلها في سجل الحالة المدنية بمجرد الاستظهار بحكم".

ثم جاء قانون الحالة المدنية الصادر بتاريخ 19/02/1970. بموجب الأمر رقم 70/20 الذي نص في المادة 71 على أنه: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي، الذي يقع في نطاق دائرته..." ثم جاء الأمر المؤرخ في 22/09/1971 والمتعلق بإثبات، كل زواج لم يكن موضوع عقد محدد أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، حيث نص في مادته الأولى على أنه "إن كل قران انعقد قبل صدور هذا الأمر، وتنج عنه أولاد، ولم يكن موضوعا لأي إجراء و لا لأي عقد محرر، أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية".

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن المشرع لم يحدد أجلا معيناً، للتصريح بالزواج أمام الجهة المختصة، كما أنه لم يفرض أية عقوبة على عدم التصريح.

إن كل هذه القوانين، ورغم كثرتها لم تحل مشاكل العقود العرفية، التي ظلت موجودة إلى يومنا هذا، وذلك إما بسبب قصور أحكام بعض هذه القوانين من جهة، أو عدم انسجامها من جهة أخرى، مع الواقع الاجتماعي الجزائري.¹

¹ أ.مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص22.

الفرع الثالث:

تسجيل عقود الزواج في قانون الأسرة.

لقد صدرت قوانين مختلفة منذ الاستقلال، نصت على ضرورة تقييد عقود الزواج وإثباتها، وشجعت هذه القوانين، على تسجيل عقود الزواج، وذلك بتبسيط الإجراءات، وإعطاء مدة كافية للقيام بعملية التسجيل، إلى أن صدر أول قانون للأسرة في الجزائر بعد أكثر من 20 سنة من الاستقلال بموجب القانون 11/84 الصادر في 09 جوان 1984، والذي عدل بعد 20 سنة من تطبيقه، بموجب الأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27، حيث نص في مادته الثامنة عشرة على أنه "يتم عقد الزواج، أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة، ما ورد في المادتين 09/09 و09 مكرر من هذا القانون".

وبهذا اعتبر قانون الأسرة الجزائري، عقد الزواج هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية، بصفة صريحة، وعقد الزواج هو النسخة المنقولة، أو المستخرجة من وثيقة عقد الزواج الرسمي، المسجلة في سجلات الحالة المدنية، بشكل قانوني، فالمادة 18 من قانون الأسرة، جعلت إبرام الزواج أمام الموثق، أو أمام ضابط الحالة المدنية، من تمام عقد الزواج، هذا يكون باتخاذ الزواج الشكل الرسمي، المقرر قانونا، أي بتوثيقه و تسجيله في سجلات الحالة المدنية.¹

وأكدت هذه المادة على، أن إبرام عقد الزواج بشكل رسمي، لا يكون إلا أمام جهتان رسميتان، هما الموثق إضافة إلى الموظف المؤهل، هو ضابط الحالة المدنية، طبقا لنص المادة 03 من الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 و المتضمن، قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه: "يكلف ضابط الحالة المدنية، بتحرير عقود الزواج"، كما نصت المادة 71 من نفس القانون على أنه: "يختص بتحرير عقد الزواج، ضابط الحالة المدنية أو القاضي (أي الموثق)، الذي يقع في دائرة اختصاصه، موطن أو محل إقامة طالبي الزواج".

¹ أ. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد.

وعليه، إن تحرير عقد الزواج من طرف شخص من غير الموثق، أو ضابط الحالة المدنية، المؤهلين لإبرام عقد الزواج، يعتبر تحريراً غير قانوني، ولا يحتج بهذا العقد أمام الجهات الإدارية والقضائية.

أما بالنسبة لعقود الزواج المبرمة في الخارج، فمهمة تحريره، أسندت إلى الأعوان الدبلوماسيون والقنصليون، وهذا طبقاً للمواد 76-96-97-103 من قانون الحالة المدنية، وهذا ما أشارت إليه المادة 21 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية، في إجراءات تسجيل عقد الزواج"، و يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أثناء تحريره لوثيقة عقد الزواج، أن يبين بأن الزواج تم وفقاً للأركان والشروط المنصوص عليها، في المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة، وكذلك على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكيد من تقديم الوثائق المطلوبة، ومراقبة صحة أو عدم صحة الشروط القانونية، كما يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، احترام إجراءات تسجيل عقود الزواج، وإلا تعرض لعقوبات منصوص عليها في قانون الحالة المدنية.

إلا أن كل هذه النصوص والتدابير الخاصة بتسجيل، عقود الزواج، تبقى مبتورة إن لم نقل دون جدوى في ظل إبقاء قانون الأسرة على الزواج بالفاحة أو الزواج العرفي، و المادة 22 الخاصة بتثبيت عقد الزواج الذي لم يبرم بشكل رسمي.

و بمجرد توثيق هذا الزواج وتسجيله تقوم الرابطة الزوجية التي تترتب عنها حقوقاً والتزامات لكلا الزوجين.

المبحث الثاني

حماية الحقوق الغير مالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية

تقوم الرابطة الزوجية بمجرد إبرام عقد الزواج، ويترتب عن هذا العقد نتائج قانونية، والمتمثلة في حقوق معنوية غير مالية وأخرى مادية، سيتم التطرق في هذا المبحث إلى الحقوق الغير مالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، على ضوء ما جاء في الاتفاقيات الدولية التي تناولت حقوق المرأة في العلاقة الزوجية، و ذلك بالتطرق إلى حقوق الزوجة كطرف في العلاقة الزوجية (مطلب أول)، وحقها في تنظيم شؤون الأسرة، و رعاية الأطفال، (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

المساواة في الحقوق و الالتزامات بين الزوجين.

إن القانون الدولي لحقوق الإنسان قد اهتم بالمساواة بين الجنسين، في الحق في الزواج وأثناء قيام الرابطة الزوجية وفي فك الرابطة الزوجية، وهذا ما نصت عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في مادته 16 الفقرة 1 و التي تنص على أن: " الرجل و المرأة متساويان في الحقوق لدى التزوج و خلال قيام الزواج و لدى انحلاله"، كما نصت المادة 23 الفقرة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966 على أن: " تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج و خلال قيام الزواج و لدى انحلاله"، و من خلال هذين النصين نستنتج أن المواثيق الدولية تعطي للمرأة نفس الحقوق الزوجية الممنوحة للرجل و يتحمل هو أيضا نفس المسؤوليات التي تتحملها المرأة، و من هنا فإن لا فرق بين الرجل و المرأة من حيث الحقوق والمسؤوليات.

وفي هذا السياق تناولت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، حقوق المرأة ومسؤولياتها أثناء الزواج، بما تشمله من حقوق غير مالية مترتبة على عقد

الزواج، ضمن الإطار العام لأحكامها كافة و هو منع و مكافحة التمييز ضد المرأة، ومساواتها مع الرجل في الحقوق و المسؤوليات، حيث نصت في المادة 1/16 على أن: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة :

"ح - نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج.

هـ - نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية و بشعور من المسؤولية عدد أطفالها، و الفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة، لتمكينها من ممارسة هذه الحرية".

كما نصت في المادة رقم 1/12 على: " أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية، من أجل أن تضمن لها على أساس تساوي الرجل والمرأة الحصول على خدمات الرعاية الصحية بما في ذلك، الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة".

وللتأكيد على أهمية بعض الأمور غير المالية، أفردت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة التمييز لها نصوص خاصة بالرغم من أن المادة السالف ذكرها شملها، فنصت في المادة 6 على أنه "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريع لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة و استغلالها في البغاء" كما نصت المادة 15 في فقرتها الرابعة من هذه الاتفاقية على أنه " تمنح الدول الأطراف الرجل و المرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالقانون المتصل بحركة الأشخاص، وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم". ومن هنا يتضح، أن الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قد حدّدت حقوق الزوجة الغير مالية في أثناء الزواج، بالمبدأ العام الذي استندت إليه في تحديد حقوقها ومسؤولياتها، في كافة المجالات التي عالجتها الاتفاقية المذكورة، و هو عدم التمييز ضد المرأة مع تسويتها بالرجل في الحقوق والمسؤوليات، وإلى جانب هذا التحديد ذكرت ثلاثة

حقوق غير مالية للمرأة، هي حقها في تنظيم الإنجاب، و حقها في عدم الإضرار بها عن طريق الاتجار بها و استغلالها في البغاء، و حقها في الشغل، و حريتها في اختيار مسكنها و محل إقامتها.

وبناءً على ما تقدم، سنحاول توضيح مضمون ما جاءت به الاتفاقيات خاصة اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فيما يخص آثار الزواج الغير مالية على المرأة، (فرع 1) ثم سيتم على ضوء ما جاء في هذه الاتفاقية، معالجة موقف قانون الأسرة لمسألة المساواة بين الزوجين في الحقوق و الالتزامات (فرع 2).

الفرع الأول:

المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

لقد تناولت هذه الاتفاقية، مسألة الحقوق الزوجية للمرأة، من خلال مساواتها المطلقة مع الرجل، في جوانب متعددة ومن بينها المساواة في الحقوق والالتزامات الزوجية، و حمايتها من العنف الزوجي.

أولاً: المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق الزوجية:

لقد حددت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، حقوق الزوجة و مسؤولياتها في الأمور الغير مالية المترتبة على عقد الزواج، أثناء سريانه. بمبدأ عدم التمييز ضد المرأة و مساواتها مع الرجل، وبناءً على هذا، منعت هذه الاتفاقية كل إجراء أو معاملة تنطوي على تفرقة أو استبعاد أو تقييد في الأمور غير المالية المقررة أثناء قيام الرابطة الزوجية بالنسبة للمرأة، على أساس أنوثتها و كونها امرأة، إذا كان هذا التمييز يهدف إلى عرقلة أو رفض الاعتراف للمرأة بالحقوق على أساس تساويها مع الرجل، و بهذا فإذا كان هذا الإجراء، أو هذه المعاملة التي تتخذها الدول الأطراف في الاتفاقية لا ينطوي على تفرقة أو استبعاد أو تقييد في الأمور غير المالية المترتبة على عقد الزواج أثناء قيامه - بالنسبة للمرأة والرجل - أو كان يتضمن تفرقة أو استبعاد أو تقييد في تلك الأمور ولكن بالنسبة للرجل، فإن الاتفاقية الدولية للقضاء على

كافة أشكال التمييز ضد المرأة لا تمنعه، لأن الاتفاقية لا تمنع التمييز بين المرأة و الرجل على إطلاقه في الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية بصفة عامة، بل تحظر التمييز ضد المرأة وحدها وهذا ما أكدته المادة 1/4 من الاتفاقية، حيث نصت على أن " لا يعد اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل و المرأة تمييزاً، كما تحدده هذه الاتفاقية وهو ما يسمح للدول بأن تتخذ تدابير خاصة لتحقيق مساواة حقيقية بين الرجل و المرأة في المجتمع، في الأمور التي لم تتحقق فيها المساواة، فهذه التدابير تعتبر ضرورية من أجل تحقيق هدف هذه الاتفاقية، وهو المساواة بين الرجل و المرأة و القضاء على كافة أشكال التمييز بينهما، فإذا كانت التشريعات المعمول بها في إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية، توجب على الزوج معايشة زوجته بالمعروف و لم تلزم الزوجة الواجب نفسه، فعدم التماثل بينهما في الحقوق و المسؤوليات في هذا الشأن قائم ولكن الإجراء المتخذ بالنص على حق الزوجة في المعايشة بالمعروف و إلزام الزوج بالمسؤولية عن ذلك لا يعد إجراء تمييزياً وفقاً للاتفاقية، لأنه ليس تمييزاً ضد المرأة، بل هو تمييزاً إيجابياً لصالح المرأة¹.

يتضح لنا من هنا أن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، تمنح للمرأة نفس الحقوق و المسؤوليات المقررة للرجل في الأمور غير المالية أثناء الزواج.

بناء على ما تقدم فإن إقرار أي دولة طرف اتفاقية (سيداو) حقوقاً غير مالية للزوجة، أثناء قيام الرابطة الزوجية و إلقاء مسؤولية تلك الحقوق على الزوج - كإلزام الزوج معايشة زوجته بالمعروف - لا يعد إجراء تمييزياً من النوع الذي تحظره هذه الاتفاقية في مادتها الأولى.

- إن المساواة في الحقوق و المسؤوليات في الأمور غير المالية المتعلقة بالزواج، تقتضي التماثل و التطابق في الحقوق و المسؤوليات في هذه الأمور، و يتعارض مع هذا التماثل، إقرار حق لأحد الزوجين في أحد الأمور غير المالية أثناء الزواج و إلقاء المسؤولية عنه على الطرف الآخر حتى

¹ جابر عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 326.

ولو كان ذلك لإجراء توازن في الحقوق والمسؤوليات، في أمر من الأمور غير المالية لأن ذلك هو مقتضى المساواة بمعنى التماثل و التطابق الذي تهدف إليه اتفاقية (سيداو).

على ضوء ما تقدم لاحظت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21، في الدورة الثالثة عشر لسنة 1992 المتعلقة بالمساواة في الزواج و العلاقات الأسرية، حول المادة 21/16 أن القوانين التي تمنح مركز رئيس الأسرة للزوج، تخالف أحكام المادة 21/16 من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة و تضيق حقوق النساء في المساواة في المركز و المسؤولية حيث جاء في التوصية (تبين دراسة تقارير الدول الأطراف أن كثيرا من البلدان تنص في نظمها القانونية على حقوق ومسؤوليات الزوجين اعتمادا على تطبيق مبادئ القانون العام، أو القانون الديني أو العرفي، بدلا من التقييد بالمبادئ الواردة في الاتفاقية وهذه التفاوتات والممارسات المتعلقة بالزواج، عواقب واسعة المدى على المرأة، وتقييد دائما حقوقها في تساوي المركز و المسؤولية داخل الزواج، و هذه القيود كثيرا ما تؤدي إلى إعطاء الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرارات، و بالتالي تخالف أحكام الاتفاقية.

ثانيا: حماية المرأة من العنف.

رغم أن الاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لم تنص صراحة على مسألة العنف الأسري، إلا أنها تكفل حق الزوجة في عدم الإضرار بها، بمعناه العام الذي يشمل صور الضرر كافة من خلال المبدأ الذي استندت إليه في إقرار حقوق المرأة و هو عدم التمييز ضدها و مساواتها بالرجل، لأنه مما لا جدال فيه أن التساوي في الحقوق و المسؤوليات في كافة النواحي السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و غيرها في المجتمع، حصن منيع يحول دون الإضرار بالمرأة سواء كانت زوجة أم غير ذلك.

في هذا الإطار جاء في التوصية العامة رقم 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الحادية عشر سنة 1992 في الفقرة السادسة على أن العنف ضد المرأة، (... يتضمن الأفعال

التي تسبب آلاماً أو عذاباً ذات طابع جسدي أو عقلي أو جنسي أو التهديد. يمثل هذه الأفعال، الإكراه والأشكال الأخرى الحرمان من الحرية...).

إن العنف القائم على الجنس يعد نوعاً خاصاً من التمييز الذي يمثل، أساساً بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، و لهذا توالت جهود الأمم المتحدة و بعض المنظمات الغير حكومية وحددت المقصود بالعنف ضد المرأة الذي أشارت إليه اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها المشار إليها بصورة تامة، وفي هذا الشأن أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 104/48 في ديسمبر 1993 والذي تضمن، إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة والذي عرفت فيه العنف ضد المرأة على أنه فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس، ويترتب عليه أذى ومعانات 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 أحدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة.

وأشارت فيه أن العنف ضد المرأة يشمل - على سبيل المثال - ما يلي: العنف البدني والجنسي والنفسي، الذي يحدث في إطار الأسرة، بما في ذلك الضرب والتعدي الجنسي على أطفال الأسرة من الإناث والعنف المتصل بالقهر واغتصاب الزوجة و غيره من الممارسات المؤذية للمرأة.

وقد أكدت المادة الرابعة من الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة على إلزام الدول على إدانة العنف ضد المرأة، و ألا تتذرع بأي عرف أو تقليد أو اعتبارات دينية وتتنصل من التزامها بالقضاء عليه، و أن تتبع - بكل الوسائل الممكنة ودون أي تأخير -، سياسة تستهدف القضاء على العنف ضد المرأة.

والملاحظ أن العنف الأسري الذي تكون الزوجة ضحيته الأولى هو أهم أشكال العنف المنتشرة ضد المرأة، ففي إطار العلاقات الأسرية تتعرض النساء لكافة صور العنف بما في ذلك

الضرب والاعتصاب، بالإضافة إلى العنف النفسي والاعتداء الجنسي، التي ترسخها المواقف التقليدية.

وفي هذا الصدد اعتبر إعلان القضاء على العنف ضد المرأة، أن تقاعس الدول بخصوص منع جرائم العنف المتزلي والمعاقبة عليها، يعتبر انتهاكا لحقوق الإنسان وخرقا لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

وفي هذا الشأن و من أجل متابعة مدى احترام تطبيق هذا الإعلان تقرر في سنة 1994 تعيين مقررة خاصة للنظر في الانتهاكات التي تطال حقوق الإنسان للمرأة و لمواجهة أفعال العنف القائمة على أساس النوع الاجتماعي، و لها صلاحيات عديدة منها، الإبلاغ و رفع التقارير إلى لجنة حقوق الإنسان و تقصي الحقائق استنادا إلى تلقي إدعاءات بانتهاكات لحقوق الإنسان المتصلة بالعنف ضد المرأة.¹

ونستخلص مما سبق أن المرأة داخل الأسرة ينبغي أن تعامل معاملة حسنة و أن كل معاملة سيئة، تعتبر عنفا و تمييزا يمارس ضدها ينبغي وضع حد له.

الفرع الثاني:

المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في قانون الأسرة.

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 على التقسيم الثلاثي لحقوق وواجبات الزوجين، حيث نص في المادة 36 على الحقوق المشتركة للزوجين، أما المادة 37 و 38 فقد نصت على حقوق الزوجة على زوجها، في حين نصت المادة 39 على حقوق الزوج اتجاه زوجته.

إن هذا التقسيم أثار انتقادات واسعة لقانون الأسرة 11/84 حيث أن هناك من اعتبر أن هذه الحقوق والواجبات ليست بالمتكافئة، إذ أوجبت ستة التزامات مرتبطة بواجبات المرأة مقابل خمسة حقوق لها، تقع على كاهل الرجل بما فيها، التزام العدل في حالة التعدد و واجب النفقة وهما

¹ أنظر قرار لجنة حقوق الإنسان رقم 45 بتاريخ 19/03/04.

الواجبان الموجودان ضمن نصوص قرآنية، فباستثناء هذين الواجبين تبقى ثلاثة حقوق فقط أقرها القانون كحقوق للمرأة، وهذه الطريقة في توزيع الحقوق والواجبات تظهر عدم التساوي بين المرأة والرجل.¹ كما أن هذا القانون ومن خلال المادة 39 القاضية بواجب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيسا للأسرة، يجعل من الرجل السلطة الأعلى في الأسرة وما المرأة إلا تابعة وذلك استنادا إلى مبدأ القوامة، ولقد أثار هذا المبدأ نقاشات حادة خاصة فيما يتعلق بالتناقض بين مفهومه الشرعي الحقيقي، والمدلول الاجتماعي، حيث أن هذا المبدأ في معناه الاجتماعي يهدم مبدأ المساواة في أساسه ويبرز أفضلية الرجل مقابل دونية المرأة، حيث أن للزوج السيادة والرئاسة و على المرأة الخضوع والانقياد والطاعة، وهناك من اعتبر أن المشرع من خلال نص المادة 39 قد كرس تسليط الرجل على المرأة وهذا يتناقض مع هدف إنشاء العلاقة الزوجية المبنية على الاحترام المتبادل والتعاون من أجل بناء الأسرة.²

كما أن النص على واجب الطاعة بدون تحديد مفهوم للطاعة، و حدوده في قانون الأسرة قد يتولد عن هذا عدة تجاوزات من قبل الرجال، بحجة عدم طاعة نساءهم لهم فيمارسون العنف ضدهن.³

في هذا السياق أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تعليقاتها الختامية حول التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، عن قلقها إزاء استمرار ممارسات التمييز وقوة المواقف المقولبة بشأن الأدوار ومسؤولية المرأة والرجل في الأسرة والمجتمع، مما يؤثر سلبا على تمتع المرأة بحقوقها و يعيق التطبيق الكامل للاتفاقية.⁴

¹ لوعيل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 186.

² NADIA AIT ZAI, op.cit.

³ طالي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية، مقارنة مع اتفاقية حقوق المرأة، ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية ص 69، السنة الجامعية 2000/1999.

⁴ اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32 من 10 إلى 28 جانفي 2005، الجلسة رقم 667-668، التقرير الدولي الثاني للجزائر ص 6.

انطلاقاً مما تقدم، تمت الدعوة إلى البحث عن توازن جديد في العلاقات الزوجية فيما يخص الحقوق والواجبات، وهذا بهدف تطوير المركز القانوني للمرأة، كإعتراف لها بسلطات خاصة تستوجب موافقة الزوجين في كل القرارات الهامة المتعلقة بمستقبل الأسرة.¹

من هنا استجاب المشرع الجزائري إلى المطالب الداعية إلى إعادة النظر في توزيع الحقوق والواجبات بين المرأة والرجل داخل الأسرة، وملاءمتها مع الاتفاقية الدولية الداعية إلى تطبيق مبدأ المساواة في العلاقة الزوجية، حيث تجاوز المشرع في تعديل المادة 36 من قانون 02/05 التقسيم الثلاثي للحقوق والواجبات المنصوص عليها في قانون الأسرة 11/84، وجميع الحقوق والواجبات المتبادلة في المادة 36 المعدلة، التي نصت على المسؤولية المشتركة للزوجين في المحافظة على روابط الأسرة، و المسؤولية المشتركة على تسيير شؤون الأسرة، و التسوية بين الزوجين في معاملة كل منهما لأبوي الزوج و أقاربه.

كما أن أهم تطور عرفه قانون الأسرة و هو إلغاء و حذف المشرع للمادة 39 من القانون القديم التي كانت تنص على اعتبار الطاعة حق للزوج على زوجته، و واجبها مراعاته باعتباره رئيساً للأسرة.

أولاً: حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف

تنص المادة الثالثة من قانون الأسرة 02/05 على: "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة، و حسن الخلق و نبذ الآفات الاجتماعية".
كما تنص المادة 4 ق.أ على: "الزواج عقد رضائي، يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

أما المادة 36 فقد نصت في فقرتها الأولى و الثانية على:

¹ Hadjira DENOUNI, op. cit, p 51 .

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة.
2- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة.

لقد أكد المشرع من خلال هذه المواد على الحقوق المتبادلة بين الزوجين في علاقتهما أثناء قيام الرابطة الزوجية، والمتمثلة أساسا في المعاشرة بالمعروف والاحترام المتبادل، والمحافظة على الروابط المشتركة وإحصان الزوجين، وأن هذه الحقوق هي حقوق للزوجة و الزوج على السواء وعلى اعتبار أن البحث يتعلق بحماية حقوق المرأة، فسيتم التطرق إلى هذه الحقوق من جانب المرأة فقط والمتمثلة في حق المرأة في المعاشرة بالمعروف، وحقها في الجماع أو الاستمتاع وكذلك حقها في عدم الإضرار بها.

إن حسن المعاشرة بالمعروف هو قرينة الزواج الناجح الذي يكون له تأثير إيجابي على الزوجين والأبناء وصحتهم النفسية¹ وهذا بإبعاد كل ما ينفر أحدهما من الآخر، ومن حسن العشرة، حصول التعاون بين الزوجين، فلا يحمل الزوج زوجته مالا تطيق، و لا يطلب منها ما ليس باستطاعتها، فمن فعل ذلك لم يكن يعاشرها بالمعروف² وهذا الحق نصت عليه الشريعة الإسلامية و يجد مصدره في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...﴾³ وكذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿...هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٍ لَهُنَّ...﴾⁴ وقوله عز وجل: ﴿...وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁵ فهذه الآيات تعني أن كل ما يحق للزوج طلبه من زوجته من أمور مشروعة كالعفة والإخلاص وحسن المعاشرة ورعاية مصلحة الأسرة وعدم الأذى ... الخ. . يحق للزوجة طلبه وانتظاره من زوجها.

¹ محمد الأزهر شرح مدونة الأسر، ص 188.

² محمد سمارة، المرجع السابق، ص 260.

³ سورة الروم: 21.

⁴ سورة البقرة: 187.

⁵ سورة البقرة: 228.

فهذا ما يتفق والتلقين الإلهي الذي جعل من الرجل والمرأة شرطين لذات واحدة: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا...﴾¹.

أما السنة النبوية الشريفة فقد حثت الرجال على أن يستوصوا بالنساء خيراً³ بدعوتهما إلى الرفق بالنساء واحتمالهم.

وقالت السيدة عائشة رضي الله عنها: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { إن من أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً وألطفهم بأهلهم }"⁴، وقوله عليه الصلاة والسلام: { فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله }"⁵.

فالزوج ينبغي له أن يعامل زوجته بالحسنى وأن يقوم بما يجب عليه وبما يضمن لها حفظ كرامتها وصيانتها وأن يتقي الله فيها وألا يعرضها للإهانة أو الضرب المبرح فهذا ليس من أخلاق أهل الإسلام التي حث عليها النبي صلى الله عليه وسلم⁶ فمن أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وفقاً للمادة 4 ق.أ. ومن ثمة لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر بين الزوجين كما هو منصوص عليه شرعاً وقانوناً إذا كان الزوج يتعسف في استعمال القوامة ودون قيد ويتخذها أداة للسلط والقهر كاستعمال العنف والضرب والطرده من مسكن الزوجية وعدم توفير السكن المنفرد والمستقل عن الأهل وغيرها من المنغصات التي يجب الكف عنها لنشر المودة والمحبة الصادقة في البيت الزوجي⁷، وحق المعاشرة بالمعروف يتضمن أموراً كثيرة بخلاف المعاني التي سبق ذكرها وهي

¹ سورة الأعراف: 189.

² جابر عوض عبد الحميد، د. الجندي، المرجع السابق، ص 190.

³ رواه البخاري و مسلم.

⁴ رواه الترمذي و الحاكم.

⁵ أخرجه برقم 18 12 باب حجة النبي (ص)، صحيح مسلم ج 10 دار طبه المملكة العربية السعودية 2006، ص 558.

⁶ يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية، ط1 المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر

2013، ص 219.

⁷ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقاً لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا

ج1، دار الثقافة و للنشر و التوزيع، عمان الأردن، ط1/331، 2012، ص 441.

ما نصت عليه ضمنا الفقرتين 1 و2 من المادة 36 ق.أ. والمتمثلة في الحق في الجماع أو الاستمتاع أو حق المرأة في عدم الإضرار بما باستعمال العنف الجسدي أو اللفظي أو المعنوي ضدها.

ثانيا: حق الزوجة في الجماع أو الاستمتاع:

إن الاستمتاع من المعاشرة بالمعروف، فالمعاشرة لها وجه مادي و آخر معنوي، وهذا أمر تدعو إليه الفطرة و لا تمنع أحدهما عن الآخر إلا لعذر شرعي، و المعاشرة بالمعروف من شأنها أن تديم المحبة و المودة بين الزوجين، و هما أمران تتطلبهما الحياة المستقرة الهادئة، وهو ما يؤكد بأن الاستمتاع بين الزوجين أمر مطلوب من الشارع، يثاب على فعله و يعاقب على تركه دون مبرر شرعي، كما أن التقصير و عدم الاهتمام من هذا الطرف أو ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الانزلاق في هذا الشأن.¹ فالزواج شرع لمصلحة الزوجين و دفع الضرر عنهما -أي ضرر الشهوة- والوطأ أو الجماع يفضي إلى ذلك، فتجب على الزوج أن يدفع عن نفسه و عن زوجته ضرر الشهوة.

ويعدّ حق الاستمتاع أو الجماع حقا مشتركا بين الزوجين لإحصان كل منهما الآخر بتمكينه ما تقتضيه الفطرة الإنسانية في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (7) ².

وحق الاستمتاع فيه إعفاف لكلا الزوجين و صون لهما من الوقوع في الحرام، وهو ليس من نصيب الزوج وحده بل هو من حقوق الزوجة أيضا على زوجها، والدليل على ذلك أنه يحق لها طلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، دون عذر شرعي تهربا من الاستمتاع بزوجه وهذا اعتداء على حقها في الاستمتاع، المادة 3/53 من قانون الأسرة المعدلة، و لها كذلك حق

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص165.

² سورة المؤمنون: 5، 6، 7.

التطبيق للعب الجنسي الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، طبقا للمادة 2/53 من قانون الأسرة المعدلة.¹

وهنا أخذ المشرع برأي المالكية، حيث أنه إذا ترك الزوج وطأ زوجته، وتضررت بهذا الترك جاز لها طلب التفريق عن زوجها- ويجب القاضي طلبها-، فتعمد الزوج ترك وطأ زوجته دون عذر مشروع يدل على قصده الإضرار بها والإضرار لا يجوز² شرعا ويمكن أن يكون سببا للفرقة بين الزوجين إذا طلبتها الزوجة من القاضي و هذا ما نصت عليه المادة 10/53 من قانون الأسرة، حيث اعتبرت أن كل ضرر معتبر شرعا يكون سببا من أسباب التطلاق.

ثالثا: إلغاء واجب الطاعة:

لم ينص قانون الأسرة صراحة على عدم الإضرار بالزوجة أو على استعمال العنف ضدها، ولكن يستشف هذا الحق ضمنا من المادة 36 على الواجبات والحقوق المتبادلة بين الزوجين وعلى رأسها المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، وهذا يقتضي أن تكون العلاقة الزوجية خالية من مظاهر العنف البدني واللفظي وفي هذا الصدد ألغى المشرع الجزائري المادة 39 من القانون القديم 11/84 والتي كانت تنص في فقرتها الأولى على واجب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيسا للأسرة و من مقتضيات هذه الطاعة، يوجد ما يعرف بحق الزوج في تأديب زوجته الناشز، و رغم الإلغاء الصريح لهذه المادة إلا أن هناك من اعتبر عدم النص على واجب الطاعة في تعديل 02/05 فراغا قانونيا يستدعي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وتبريرهم في ذلك أن قانون الأسرة نص على حق الزوجة في النفقة بموجب المادة 74 ق.أسرة وبالتالي فهذا الحق يقابله واجب طاعة الزوجة لزوجها، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.³

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 398.

² جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 194.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 408.

وتبرير حق التأديب بالنسبة لهؤلاء أن القرآن أعطى الزوج الحق في تأديب زوجته إذا رفضت طاعته: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا...﴾¹ وفسرت هذه الآية على أن المقصود بالضرب في الإسلام ليس الضرب الشديد وإنما الضرب القليل البعيد عن الإيذاء البدني لأن القصد من الإيذاء المعنوي أقوى من القصد إلى الإيذاء البدني وهو الوسيلة لعلاج الشرسات اللاتي تمادين في النشوز والغطسة.²

أمام هذا الجدل بادر المشرع الجزائري في إطار حماية حقوق المرأة بسن قانون لمكافحة العنف ضد المرأة بجميع أشكاله و هذا بموجب القانون رقم 19/15 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق ل 30 ديسمبر 2015 المعدل للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات حيث تنص المادة 266 مكرر على: "عقوبات على كل من يحدث ضربا أو جرحا بزوجه" كما نصت المادة 266 مكرر³ على عقوبة تتراوح بين سنة واحدة إلى ثلاث سنوات لكل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها وتؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية وتشدد هذه العقوبات في حالة ما إذا كانت الزوجة حاملا أو معاقة، أو إذا ارتكبت الجريمة في حضور الأبناء القصر.

كما نصت المادة 330 مكرر بعقوبة الحبس من 6 أشهر إلى سنتين لكل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف، لتتصرف في ممتلكاتها أو موارد المالية.

تدخل المشرع من خلال هذه النصوص لتجريم كل أشكال العنف ضد المرأة في العلاقة الزوجية ولم يترك أي ذريعة لتبرير استعمال العنف، سواء كان بدنيا أو معنويا ضد الزوجة، وبالتالي قطع الطريق أمام الداعين لتفعيل المادة 222 ق.أ من أجل الاستفادة من حق تأديب

¹ سورة النساء: 34.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 405.

³ كما تعاقب المادة 3/330 الزوج الذي يتخلى عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته و ذلك لغير سبب جدي.

الزوجة باستعمال الضرب، و في هذا الشأن لم يخالف المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية بإصداره لقانون يمنع استعمال العنف الجسدي واللفظي ضد الزوجة.

يتضح هذا جليا من خلال تأكيد القرآن الكريم و هذا بتكراره للأمر بالمعروف في العلاقات الأسرية 22 مرة منها 16 خاصة بالمرأة/ الزوجة ومنها: ﴿... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾¹، ﴿... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..﴾²، ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْأَجِلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...﴾³، ﴿... وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ...﴾⁴.

كما نصت السنة النبوية الشريفة عن الإضرار بالزوجة، بالنهي عن استعمال العنف البدني واللفظي والمعنوي ضدها، فجاء في الحديث النبوي الشريف عن معاوية القشيري رضي الله عنه: {قال قلت: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا استكست، ولا تضرب الوجه ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت}.

و وجه الاستدلال أن الحديث صرح بالنهي عن الضرب وهو نوع من الضرر المادي، كما نهي عن القول القبيح للزوجة وهو نوع من الضرر المعنوي والعنف اللفظي لما فيه من أذى للنفس فدل على أن الضرر المنهي عنه يشمل المادي والمعنوي.⁵

¹ سورة البقرة: 228.

² سورة النساء: 19.

³ سورة الطلاق: 02.

⁴ سورة الطلاق: 6.

⁵ جابر عوض عبد الحميد الجندى، المرجع السابق، ص 202.

ولهذا فإن الأمر بالضرب أو إباحته كان قبل نزول مبدأ المماثلة في الحقوق والواجبات، فيعتبر هذا ناسخاً له، وعليه فإن تطبيق المعروف المأمور به أكثر من 20 مرة في العلاقات الزوجية والأسرية، يؤدي حتماً إلى انتهاء إباحة الضرب.¹

إن الكتاب المعاصرين يبحثون عن تبريرات للتأكيد على ضرورة عقوبة الضرب وفقاً لهم، وكان الأجدد بهم حل مشكلة، ضرب الزوجات بوضع هذه الرخصة في إطارها التاريخي والاجتماعي والثقافي، كما حدث فيما يتعلق بنظام الرق والتسري بالإيماء المرخص لهما في القرآن.

لا يزال هؤلاء الكتاب يوظفون جهودهم الفكرية في البحث عن قابلية النساء لتلقي الضرب² فالضرب كان موجوداً في المجتمع الذي نزل فيه القرآن، ولا يمكن تصوره في المجتمعات المعاصرة، وعلاج نشوز الزوجة أو الزوج في الشريعة الإسلامية يكون عن طريق القضاء والصلح لما جاء في الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾³.

كما أن الإسلام حين وضع نظاماً للنشوز فقد سبقه بأنظمة كثيرة لعدم حصول النشوز ومنها دعمه لحسن الخلق والمعاشرة بالمعروف والرفق في التعامل مع الزوجة، وخير الناس من كان خيراً لزوجته، ورغم إجازة الضرب إلا أنه لم يرد عن كبار الصحابة ولا تابعيهم وإنما ورد عن الجهّال من العامة من كل زمان ومكان.⁴

¹ أحمد الخليلشي، من مدونة الأحوال إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط المغرب 2012، ص 309.

² غسان عشان المرجع السابق ص 67.

³ سورة النساء: 35.

⁴ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 243.

مما سبق يمكن أن نستخلص أن قانون الأسرة المعدل كفل حقوقاً للمرأة في علاقاتها الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية والمتمثلة في حقها في المعاشرة بالمعروف وعدم الإضرار بما ماديا ومعنويا وتدعم هذا المنع بمواد قانونية صريحة في تعديل قانون العقوبات بالإضافة إلى منحها حق طلب التطبيق للضرر أو الشقاق المستمر، كما ألغى المادة 39 من قانون الأسرة 11/84 و هذا تجسيدا لمبدأ المساواة الذي نصت عليه المنظومة الحقوقية الدولية الخاصة بحماية حقوق المرأة.

المطلب الثاني:

حق المرأة في تنظيم النسل و رعاية الأطفال في قانون الأسرة على ضوء اتفاقية

مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

يعتبر إنجاب الأطفال، من أهم آثار الزواج، مما استدعى الاهتمام به من طرف الكثير من الاتفاقيات الدولية، لا سيما اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و هذا من خلال نصّها في بنود خاصة على حقّ المرأة في الإنجاب و تنظيم النسل كما أفرد المشرّع الجزائري، نصوصا لحماية هذا الحق (فرع أول)، كما أنّ رعاية الأطفال هو حق لكل من الرجل و المرأة، وهذا ما هو منصوص عليه في كل من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و قانون الأسرة الجزائري (فرع ثاني).

الفرع الأول:

حق المرأة في الإنجاب و تنظيم النسل:

أولاً: حق المرأة في الإنجاب و تنظيم النسل في اتفاقية سيداو:

لقد نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على حق المرأة في أن تقر بحرية و بشعور من المسؤولية، على أساس تساويها مع الرجل، عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، فهي تقر للرجل والمرأة بالحق في إنجاب الولد، وتوجب في الوقت ذاته على الدول الأطراف

أن تعترف للمرأة الحق في تحديد عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل وآخر، وبتخاذ الوسائل التي تراها كفيلة بالمباعدة بين فترات الحمل أو إيقافه لمدة معينة، بهدف تنظيم النسل.

ويعتبر تنظيم النسل أحد الإجراءات الرئيسية في مجال حماية صحة المرأة، لأن الإنجاب في فترات متقاربة يؤثر على صحتها الجسدية و النفسية.

وفي هذا السياق نصت الاتفاقية المذكورة في مادتها الثانية عشرة على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها على أساس التساوي الرجل و المرأة الحصول على خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة.

وهذا ما جاء في تعليق لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول المادة 1/16 ه¹ أن لعدد الأطفال و الفترة بين إنجاب طفل وآخر لهما أثر مباشر على حياة المرأة، ويؤثران أيضا على صحتها البدنية و العقلية فلهذه الأسباب يحق للمرأة أن تقرر بحرية عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل وآخر.

ولا يجب تقييد حق المرأة في الإنجاب أو عدمه سواء من الزوج أو قوانين الدولة الطرف في الاتفاقية، كما جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، في دورتها الحادية عشر لسنة 1992 أنه ينبغي للدول الأطراف أن تكفل اتخاذ تدابير لمنع الإكراه فيما يتعلق بالخصوبة و الإنجاب.

وجاء في المادة 10/ح من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة "على الدول الأطراف أن تكفل على أساس المساواة بين الرجل و المرأة، إمكانية الحصول على معلومات تربية محددة، تساعد على كفالة صحة الأسرة و رفايتها، بما في ذلك المعلومات و الإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة"، و هذا ما أكدت عليه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة 21،

1 تنص المادة 1/16 ه "نفس الحقوق في أن تقرر و بشعور من المسؤولية ع. أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل وآخر وفي الحصول على المعلومات و التثقيف و الوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

حيث ذكرت أنه يجب أن تتوفر للمرأة معلومات عن وسائل منع الحمل و عن استخدامها و أن يكفل لها الحصول على الثقافة الجنسية و خدمات تنظيم الأسرة.

وبناءً على ما تقدم نستخلص بأنه: لتمكين المرأة من حقها في تنظيم الإنجاب يجب القيام بما يلي: على الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة تسهيل الحصول على المعلومات والتثقيف وتوفير الوسائل الكفيلة للتمكين من تنظيم الإنجاب، كما تمتنع عن اتخاذ تدابير و تشريعات تمنع تنظيم الإنجاب.

لا يجوز للدول الأطراف في الاتفاقية المذكورة سلفا تقييد الزوجة في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل وآخر ولا أن يحول بينها وبين المعلومات و التثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق طالما لم تفعل مثل ذلك بالنسبة للزوج، ولكن يجوز لتلك الدول أن تقيّد حق الزوج والزوجة في تنظيم الإنجاب برضا الطرف الآخر.

ثانيا: حق المرأة في الإنجاب وتنظيم النسل في قانون الأسرة الجزائري.

لقد نصت المادة 36 ق.أ في فقرتها الرابعة على أنه يجب على الزوجين التشاور في شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

أراد المشرع من خلال هذه الفقرة تحديد التشاور بين الزوجين في حدود تسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل، وهذا ترجمة لاتجاه المشرع لتكريس مبدأ المساواة، و عليه جعل التشاور من الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما حتى يعملوا معا على تنظيم الأسرة، فتسيير شؤون الأسرة ورعاية الأطفال لم يعد شأنًا خاص بالزوج وحده يمارسه كما يشاء، و إنما هي مسألة تهم الزوجين معا، وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 36 ق.أ بنصها على أنه يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد و حسن تربيتهم.

ومن بين المسائل المهمة في شؤون الأسرة هي مسألة الإنجاب وتنظيم النسل والحق في الحمل وتباعد الولادات، هو حق من حقوق المرأة وبالتالي لم يعد للرجل وحده الحق في أن يقرر الإنجاب وتنظيمه بل أصبح حقا مشتركا بينهما:

1- حق المرأة في الإنجاب:

لقد أشار المشرع إلى الحق في الإنجاب في المادة 04 ق.أ التي تنص على أن: "الزواج عقد رضائي من أهدافه المحافظة على الأنساب"، و أكد على هذا الحق عندما أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية والطبية الحديثة، من أجل الحمل والإنجاب و وضع لها ضوابط و شروط محددة في المادة 45 ق.أ المعدل وما يؤكد حق المرأة في الإنجاب ما نصت عليه المادة 53 ق.أ التي ذكرت العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كسبب من الأسباب التي يمكن على أساسها أن تطلب المرأة الطلاق، ومن هذه العيوب، عقم الزوج الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج المنصوص عليها في المادة 4 ق.أ وهو حفظ الأنساب.

2- حق المرأة في تنظيم النسل:

تنظيم النسل وتباعد الولادات اقتضته حماية صحة المرأة الجسدية و النفسية، كما اقتضته سياسة الدولة الاجتماعية و الاقتصادية التي ترى أن قلة عدد الأطفال في الأسرة وتوفرها على جميع الإمكانيات لن تحتاج إليها أحسن من كثرة أفرادها وتخبطها في الفقر والجهل ومن ثمة انتشار الإجرام و الآفات الاجتماعية.

وعليه نص قانون الأسرة على الواجب المشترك لكل من المرأة والرجل على التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات، فهذه المادة تدعو كل من الرجل والمرأة على قدم المساواة إلى التشاور في مسألة تباعد الولادات أي تنظيم النسل وليس تحديده وهذا حماية للأسرة ومن أجل المحافظة على صحة المرأة.

وفي هذا السياق جاء في تقرير الجزائر المقدم أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2005 أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة في معدل العمر المتوقع للمرأة، و مكنت من تقليص وفيات الرضع والنوفاًس وخفض معدل خصوبة الزواج¹.

إذن، يبدو واضحاً أن مسألة تباعد الولادات و تنظيم النسل رغم أنها من الحقوق المشتركة للزوجين إلا أنه يعتبر حماية لصحة المرأة، باعتبار أن كثرة و تقارب الولادات يؤثر على صحتها الجسدية والنفسية.

ولم يخالف ق.أ في مسألة تنظيم النسل أحكام الشريعة الإسلامية حيث أجاز ذلك مجمع الفقه الإسلامي حيث نص في هذا الشأن: "يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباحة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمن إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وألا يكون فيها عدوان على حمل قائم².

وحول هذا الموضوع يرى الإمام محمود شلتوت أن: "تحديد النسل بمعنى تنظيمه بالنسبة للسيدات اللاتي يسرع إليهن الحمل، وبالنسبة لذوي الأمراض المتنقلة، وبالنسبة للأفراد القلائل الذين تضعف أعصابهم عن مواجهة المسؤوليات الكثيرة، و لا يجدون من حكوماتهم أو الموسرين من أمتهم ما يقويهم على احتمال هذه المسؤوليات فإن تنظيم النسل بشيء من هذا- وهو تنظيم فردي لا يتعدى مجاله- شأن علاجي تدفع به أضرار محققة ويكون به النسل السوي الصالح، والتنظيم بهذا المعنى لا يجافي الطبيعة، و لا ياباه الوعي القومي، ولا تمنعه الشريعة إن لم تكن تطلبه

¹ انظر عرض ممثل الجزائر أمام لجنة سيداو في الملاحظات الختامية للجنة، عن التقرير الدوري الثاني للجزائر جلسة رقم 667 و رقم 668 بتاريخ 2005/01/11 وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/c/sr667-668. و تجدر الإشارة أن التقرير المذكور قدم إلى لجنة سيداو قبل صدور قانون الأسرة 02/05، وما جاء في التقرير ترجمه المشرع في المادة 4/36 التي لم تكن موجودة في القانون القديم 11/84.

² مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المؤتمر الخامس بالكويت من 15/10 ديسمبر 1988م، قرار 39، بشأن تنظيم النسل،

وتحث عليه، فقد حدد القرآن مدة الرضاع، بحولين كاملين، وحذر الرسول صلوات الله عليه أن يرضع الطفل من لبن الحامل، وهذا يقتضي إباحة العمل على وقف الحمل مدة الرضاع، وإذا كانت الشريعة تطلب كثرة قوية لا هزيلة، فهي تعمل على صيانة النسل من الضعف والهزال، وتعمل على دفع الضرر الذي يلحق الإنسان في حياته، ومن قواعدها "الضرر مدفوع بقدر الإمكان".¹

بناءً على ما سبق ذكره يمكن القول أن الفقرة الرابعة من المادة 36 ق.أسرة لا تتعارض مع المادة 16/هـ فقرة هـ، التي تضمن على أساس تساوي المرأة و الرجل نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفاله و الفترة بين إنجاب طفل وآخر و في الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة لتمكينها من ممارسة هذه الحقوق وهذه الفقرة لا تخالف الشريعة الإسلامية باعتبار أن الإسلام كفل للزوجة الحق في تنظيم الإنجاب وما يقتضيه من الحاجة إلى المعلومات والوسائل على أساس تساويها مع الرجل، ومن هنا فإن تحفظ الجزائر على المادة 16/ف1/هـ ليس في موضعه لعدم تعارضه مع قانون الأسرة و أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:

المساواة بين المرأة والرجل في تربية ورعاية الأطفال.

أولاً: حق الزوجة في رعاية الأطفال في اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة:

إن الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، باعتبارها أرقى ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال حماية حقوق المرأة وضمان مساواتها مع الرجل عاجلت كل المسائل المتعلقة بحقوق المرأة و من بين هذه الحقوق، حقها في رعاية الأطفال و تنشئتهم حيث تناولت الاتفاقية، حق المرأة في الولاية و الوصاية و النسب في إطار المبدأ العام الذي يميز كافة أحكامها وهو عدم

¹ الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم في حياته اليومية العامة للإمام الشيخ محمود شلتوت ج1، ص 299/294 ح1، دار الشروق 35، 1402هـ/1982م: القرآن و المرأة ص 89/74.

التمييز ضد المرأة ومساواتها مع الرجل، فنصت في المادة 2/4 على أنه: "لا يعد اتخاذ الدول الأطراف، تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة بما في ذلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية إجراء تمييزاً".

ونصت المادة رقم 5/ب على أن: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، لتحقيق ما يلي:

– كفالة أن تتضمن التربية، الأسرية تفهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية، والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم و تطورهم، على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات".

كما نصت المادة 1/16 على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وأن تضمن بوجه خاص على تساوي الرجل والمرأة".

د/ نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها، و في جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

و/ نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

بناءً على ما سبق ذكره، نستخلص أن الاتفاقية تعالج ما تفرضه غالبية المجتمعات من أوضاع وأنشطة مختلفة للرجال والنساء في مجالات الولاية على النفس للأطفال، المتمثلة في الرضاعة والحضانة والتربية وكذا الأولوية على مال الصغير، والوصاية والقوامة عليه فأوجبت على الدول الأطراف اتخاذ التدابير المناسبة، للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات المذكورة، بقصد كفالة نفس الحقوق والمسؤوليات للمرأة والرجل، وفي سبيل الوصول لتلك الغاية، أوجبت على الدول الأطراف في الاتفاقية أن تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة في نفس الحقوق والمسؤوليات في

كافة المجالات السالف ذكرها، فالاتفاقية تعتبر المساواة غاية ووسيلة في آن واحد ويسوى بموجبها بين الأفراد في المعاملة في ظل القانون، وتساوي الفرص، بما يتيح لهم التمتع بحقوقهم، وتنمية مواهبهم ومهاراتهم المحتملة.¹ فقد يتم التمييز ضد النساء في مجالات الولاية والوصاية والقوامة والتبني لا لشيء سوى لأنهن لسن رجالا ولأنهن من الفئات المهمشة في المجتمع، وقد يجري استبعادهن على أساس العرف.

وعلى ضوء ما تقدم، جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم 21 لسنة 1992 "أن كثيرا من الدول الأطراف تنص على حقوق ومسؤوليات الزوجين اعتمادا على تطبيق مبادئ القانون العام أو القانون الديني أو العرفي بدلا من التقيد بالمبادئ الواردة في الاتفاقية، وهذه التفاوتات عواقب تقييد حقوق المرأة في تساوي المركز والمسؤولية داخل الزواج، فينبغي للدولة إنفاذ الحقوق والمسؤوليات المشتركة المنصوص عليها في الاتفاقية من خلال المفاهيم القانونية المتصلة بالولاية والقوامة والتبني، وينبغي للدول أن تكفل المساواة بين الوالدين في الحقوق والمسؤوليات تجاه أطفالهما.

ثانيا: حق المرأة في تربية ورعاية الأبناء في قانون الأسرة:

1- حق المرأة في رعاية أطفالها:

تنص المادة 3/36 ق. الأسرة المعدل على واجب الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، إن هذه الفقرة تخاطب كل من الزوج والزوجة على قدم المساواة وتضع على عاتقهم مسؤولية تربية الأبناء ويتضمن في قانون الأسرة مواد أخرى تحمل الزوجين مسؤولية شؤون البيت والأطفال، والتي نصت عليها المواد (04، 36، 61، 72، 76، 87)²

¹ جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2005، ص329.

² بلحاج العربي، المرجع السابق ص 524.

والمسؤولية المنصوص عليها في المواد هي مسؤولية تضامنية، بحيث متى غاب أحد الزوجين أو منعه طارئ ما كالمريض مثلا، من القيام بما مارسها الطرف الآخر بكيفية شاملة، إذن تقع مسؤولية رعاية الأبناء على عاتق كل من الزوج والزوجة على قدم المساواة إلا في حالات ضيقة جدا، كما هو الحال بالنسبة للنفقة والسكن التي تضعها النصوص الشرعية والتشريعية على كاهل الزوج وحده، رغم أن الواقع المعيش يثبت أن الزوجة كثيرا ما تساهم بنصيب وافر في ذلك بل وفي بعض الأحيان بأكثر مما ساهم به الزوج.¹

والملاحظ أنه رغم أن الزوجان يتساويان في مسألة تربية أولادهم إلا أن دور الزوجة يبقى مرجحا لأن نمو الطفل في الوسط العائلي في جو من السعادة والحب والتفاهم تؤثر عليه الأم بالدرجة الأولى باعتبار هذه الفضائل من سعادة وحب وتفاهم تنبع حصيصا من الأم.

إن الرعاية المنصوص عليها في ق.أ الجزائر لم يوضحها المشرع توضيحا مفصلا كما فعله المشرع المغربي في المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية² حيث يبين حقوق الأولاد بالتفصيل، كما جاءت في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

وبهذا يمكن فهم رعاية الأبناء، المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري على أنها القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه منذ ولادته إلى غاية انتهاء سن الطفولة المحددة بسن 18 سنة وهذا طبقا لاتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والرعاية هنا تتمثل خاصة في الرضاعة، التغذية، العلاج

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 427.

² "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

1- حماية حياتهم و صحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد.

2- العمل على تثبيت هويتهم و الحفاظ عليها، خاصة بالنسبة للاسم و الجنسية و التسجيل في الحالة المدنية.

3- النسب و الحضانة و النفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.

4- إرضاع الأم لأبنائها عند الاستطاعة.

5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية و النفسية و العناية بصحتهم ووقاية وعلاج.

6- التوصية الديني و التربية على السلوك القويم و بتم النبيل المؤدية إلى الصدق في القول و العمل...

والتعليم والتأديب، وأهم مستلزمات العناية بالأبناء هو إرضاع الأم لأبنائها بعد الولادة، فقيام الأم بالإرضاع هو دور طبيعي تمتاز به المرأة عن الرجل، لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها، ولبنها أفضل غذاء له مما عدها لأنه يلاءم جسمه الذي يتغذى به دما وهو جنين في بطنها، إلا أنه ورغم أهمية الرضاعة الطبيعية (الرضاعة من الثدي) إلا أن المشرع لم ينص عليها صراحة في قانون الأسرة المعدل، على عكس ما كان موجودا في ق. الأسرة 11/84، حيث كانت تنص المادة 39 الملغاة بموجب التعديل، على واجب الزوجة إرضاع الطفل، وربما ترك المشرع ذكر هذا الواجب في التعديل لاعتبار الرضاعة من مستلزمات رعاية الأبناء فلم يرى داعي لتفصيلها، على عكس ما فعله المشرع المغربي في المادة 34 من مدونة الأسرة عندما أدرج الرضاعة كحق للأبناء على أبويهم.

كما أن المشرع هنا حاول مساندة اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بعدم إدراجه الرضاعة في مادة خاصة، كواجب على المرأة دون الرجل رغم أن الرضاعة هو دور طبيعي للمرأة تتميز به عن الرجل، و كان على المشرع مراعاة مصلحة الطفل على اعتبار أن الرضاعة الطبيعية هي غذاء متكامل للطفل من أجل نموه، وهذا ما أكدته المادة 2/24هـ من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي نصت على التوعية بمنافع الرضاعة من الثدي كما أن المشرع بعدم إدراجه لمادة تلزم الأم بالإرضاع عند الاستطاعة أهمل قاعدة قرآنية مهمة وهي الإرضاع لحولين كاملين في قوله عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾¹ فهذه الآية الكريمة تقرر إرضاع المولود، لأن الأم عند الولادة يكثر لبنها مما يحتتم عليها إرضاع الأولاد، نظرا لما في حليب الأم من فوائد، ومن بين مستلزمات الرعاية المادية للأبناء النفقة التي وضعها المشرع على عاتق الأب، وفي حالة عجز الأب أوجب المشرع نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك.

¹ سورة البقرة: 233.

2- حق المرأة في الولاية على أبنائها:

لقد أعطت المادة 39 من قانون الأسرة 11/84 حق رئاسة الأسرة للزوج وترتب عن هذا الحق عدة آثار ومن بينها حق الولاية والوصاية على الأبناء القصر حيث كانت تنص المادة 87 ق.أ 1/84 على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، وفي هذا الإطار جاء التقرير الأولي المقدم من طرف الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تطبيقا للمادة 18 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وأن قانون الأسرة الجزائري يسمح للمرأة من خلال المادة 87 منه للمرأة بالوصاية على أولادها بعد وفاة زوجها، وهذا يمثل في رأي الحكومة الجزائرية، كما جاء في التقرير مكسبا مهما إزاء عقبات اجتماعية وتحفظ يفرضه العرف، يقضي بأن الوصاية حق خالص للذكور.¹

وبهذا فإن المشرع من خلال المادة 87 ق.أ، أعطى حق الولاية على الأبناء القصر للأب وتحل الأم في حالة غيابه أو وفاته ولقد حدد المشرع مفهوم الولاية في المادة 81 ق.أ النيابة القانونية على القصر من الأولاد لما في ذلك التصرف في أموال القاصر طبقا للمادة 88 ق.أ.

وعدلت المادة 87 بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 كما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"

في هذا التعديل أعطى المشرع الحق للمرأة في الولاية على الأبناء في حالة وفاة الأب، كما أعطاهم حق الولاية في حالة غياب الأب أو حصول مانع له في الأمور المستعجلة، كما أعطاهم الحق في حالة إذا ما أسندت لها الحضانة عند الطلاق، وهنا تثار بعض الإشكاليات، فاعتبار أن الأم هي الأولى بالحضانة فمعنى هذا أن الولاية على الأولاد المحضونين ستؤول إلى الأم طوال فترة

¹ النظر في التقارير الدوري للدول الأطراف الثانية فيفري 2003.

الحضانة ولو في حياة أبيهم، والتساؤل المطروح في هذه الحالة، هل للأب الولاية على أولاده المحضون أم لا؟ فإذا كانت الأم تسلبه حق الولاية أي لم يعد وليا، فبأي صفة ألزم الأب النفقة على أبناءه المحضون، هل بصفته مطلقا لأهمهم أو بصفته وليا لهم يتحمل جميع ما يترتب على ولايته لهم؟ وما هي حدود الولاية التي يمنحها القاضي للمرأة الحاضنة على أولادها؟

وهنا كان يجب أن تخضع الولاية في بعض الأمور إلى إذن القاضي وأخذ رأي أب المحضونين وأشادت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بعد رد الجزائر على التوصيتين رقم 25 و26 بالتعديل الذي عرفه قانون الأسرة فيما يخص الولاية والوصاية على الأبناء بأنه سجل تقدم ملحوظ في مجال الوصاية إذ أصبح للأم الآن الحق في أن تنوب الأب في الحالات الطارئة، في القيام بأعمال معينة في الحياة المدنية (الإجراءات الإدارية، تعليم الأطفال) إذا كان الأب غائبا أو عاجزا عن القيام بتلك الأعمال، وبهذا فإن المتأمل في المادة 87 ق.أ المعدلة، يلاحظ أنه أعطى الولاية للأب عند قيام الحياة الزوجية، ثم منحها للأم عند غياب الأب أو حصول مانع له، أو بعد انتهاء الحياة الزوجية، بالوفاة أو الطلاق وهو نوع من التوازن يهدف إلى المساواة بين الرجل والمرأة.¹

إن إسناد قانون الأسرة لحق الولاية على الأبناء للأم جاء متوافقا مع مضمون المادة 16/د 1 هذه الاتفاقية كفلت للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات المقرر للرجل فيما يتعلق بالولاية على الأولاد كأصل عام، وأجازت على سبيل الاستثناء وجود تمييز لصالح المرأة إذا كان يهدف إلى حماية الأمومة، كما أجازت التمايز بين الرجل والمرأة في تلك الحقوق لترجيح مصالح الأطفال، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين راعى مصلحة الأطفال في هذه المسألة، فإعطاء حق الولاية للأم في حالة وفاة الأب أو غيابه هو مراعاة لمصلحة الطفل، كما أن حضانة الطفل ومن ثمة الولاية عليه لا يعطيه القاضي إلا لمصلحة الطفل.

¹ عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية، وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه قانون خاص سنة 2014/2015، جامعة تلمسان، ص96.

3- حق المرأة في الكفالة:

لم تذكر المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حق الكفالة ولكن أشارت إليه ضمنا من خلال عبارة الوصاية على الأطفال وتبنيهم أو ما يشبه ذلك من الأعراف حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وطالما أن الكفالة موجودة في التشريع الوطني الجزائري فهي تعتبر الحقوق التي تكفلها المواثيق الدولية للمرأة على قدم المساواة مع الرجل¹ وذكرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 الكفالة صراحة حيث جاء في المادة 3/20 أنه يمكن أن تشمل الرعاية في جملة من أمور الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، والكفالة هنا هي حق من حقوق الطفل و في نفس الوقت هي حق للكفيل بما في ذلك المرأة.

إن نظام الكفالة مستمد من الشريعة الإسلامية، فالإسلام جرم التبني ولكنه فتح باب المعروف والإحسان والخير، لكفالة ورعاية اليتيم، واللقيط، أو مجهول النسب بشرط أن ينسب ذلك الطفل إلى أبيه الحقيقي، والكافل هو القائم بأمر اليتيم المربي له والمنفق عليه.²

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الكفالة وقننه في قانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 1984/06/11 المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، في الفصل السابع تحت عنوان الكفالة في المواد من 116 إلى 125، وقد عرف المشرع الكفالة في المادة 116 على أنها "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية، ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي".

لقد جعل المشرع الكفالة على وجه التبرع أي بدون مقابل مالي، وهذا يتفق مع ما ذهبت إليه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في المادة 21 فقرة (ر) أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن عملية التبني لا تعود على أولئك

¹ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 97.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 526.

المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع"، وهذا النص يتحدث عن التبني إلا أن الكفالة يلحق به استنادا إلى نص المادة 3/16 من ذات الاتفاقية، وفرض التبوع في حق الكفالة هو من باب تفادي التلاعب بمصير الأطفال في مقابل الحصول على امتيازات مالية.¹ وتتم الكفالة بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن يتم برضا من له أبوان المادة 117 ويشترط أن يكون الولد المكفول معروفاً بالنسب ولا كفيل له، أو مجهول النسب كاللقيط مثلاً، ووافقت الجهة المختصة على ذلك، المادة 119 من قانون الأسرة، وتنص المادة 120 على أنه يحتفظ الصغير المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، فإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية، وتخول الكفالة للكافل حق الولاية على الطفل المكفول وتعطى له جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الطفل الأصلي وذلك بالشروط والأوضاع التي تنص عليها القوانين واللوائح السارية المادة 121 ق.أ، وللکافل إدارة أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث أو الهبة لصالح هذا الصغير المادة 122 ق.أ، ويجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للولد المكفول بماله في حدود الثلث (المادة 123 ق.أ).

إن كل هذه المواد الخاصة بالكفالة تنطبق على الرجل والمرأة على حد سواء، فالكفالة تثبت كحق للمرأة في ق. الأسرة، لأن المشرع استعمل لفظ الكافل مما يدل على أن الكافل اسم يصح على الرجل كما يطلق على المرأة، فمبدئياً أكد المشرع أنه لا يوجد مجال للقول بأن الكفيل يجب أن يكون من أحد الجنسين² وإذا تثبت لها الكفالة فإنها تثبت لها الولاية طبقاً لنص المادة 121 ق.أ.

¹ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 98.

² Malika BELNOUAR, Recueil légale (Kafala) et adoption dans le code de la famille, 2008, p1, Algérie, Les cahier de LADRENE, N°01, Laboratoire de droit de l'enfant, Univ. Oran.

إذن الكفالة هي نظام مستمد من الشريعة، أخذ به المشرع في قانون الأسرة، وجعله حقا بممارسة الرجل والمرأة على قدم المساواة، أما التبني فرغم الاعتراف به من طرف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة والطفل، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ به بل منعه قانونا وشرعا طبقا لنص المادة 46 قانون الأسرة، لقد جاء قانون الأسرة مطابقا للفقرة (و) من المادة 16 التي تعطي نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية والاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني وجميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة، وعلى اعتبار أن الكفالة من حق الرجل والمرأة ولا تمارس إلا بعقد، مراعاة لمصلحة الطفل .

زيادة على الحقوق المعنوية الناتجة عن عقد الزواج فإنه تترتب عليه كذلك حقوقا مالية

لمصالح المرأة.

الفصل الثاني

حماية الحقوق المالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية

إنّ الزواج إذا انعقد صحيحاً وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، يترتب آثاراً مادية لفائدة المرأة تسمى بالحقوق المالية، وهذه الحقوق نوعان الأول يجب مرة واحدة لا أكثر وهو المهر والثاني يستمر باستمرار الزوجية وهو النفقة، وهذه الحقوق سواء المهر أو النفقة هي من الأحكام التي استمدّها المشرع الجزائري من أحكام الشريعة الإسلامية وهي أحكاماً قطعية وثابتة.

إلا أنّ التقارير الدولية سواء الصادرة عن لجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة أو تقرير المقررة الخاصة بالعنف ضدّ المرأة اعتبرت هذه الحقوق مواد تمييزية، ومهينة للمرأة لأنّها تكرّس تبعية المرأة الاقتصادية للزوج، كما اعتبرت أنّ نظام الإرث في قانون الأسرة هو غير عادل لأنّه يعطي المرأة حصّة أقلّ من الرجل، وعليه سيتمّ مناقشة هذه الحقوق في قانون الأسرة على ضوء ما جاء في الاتفاقيات الدولية وذلك من خلال التقسيم التالي:

- المبحث الأول: حماية الحقوق المالية المرتبطة بإبرام عقد الزواج.

- المبحث الثاني: حماية الحقوق المالية المترتبة على عقد الزواج.

المبحث الأول

حماية الحقوق المالية المرتبطة بإبرام عقد الزواج

لكل عقد من العقود آثار مالية تترتب عليه ومن بين هذه العقود، عقد الزواج فممتى انعقد صحيحا تنشأ حقوق و التزامات متبادلة بين طرفي عقد الزواج، ومن الحقوق المالية التي تثبت للمرأة في إنشاء عقد الزواج المهر والصدّاق الذي نظمه قانون الأسرة الجزائري (مطلب أول)، كما نظم المشرّع الأموال التي تثمرها الحياة الزوجية المشتركة وذلك بالنص على حق الزوجين في اختيار النظام المالي الذي يريدانه، وحق اختيار النظام المالي من شأنه حماية حقوق المرأة (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

حق المرأة في الصداق.

لقد اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها رقم 49 لسنة 1994، أن الزواج القائم على أساس دفع المهر إلى الزوجة يصور المرأة على أنها سلعة تباع مما يؤثر على حقها في إنشاء عقد الزواج بحرية كاملة.¹

كما جاء في التوصية العامة الصادرة عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن المادة 16 من اتفاقية سيداو CEDAW (الآثار الاقتصادية المترتبة عن الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنشاء العلاقات الأسرية) حيث تلاحظ اللجنة في الفقرة 16 من التوصية العامة رقم 21 أن بعض الدول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل، وفي ذلك انتهاك لحق المرأة في اختيار زوجها بحرية، وعبارة (الدفع أو التفضيل) تشير إلى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته، للعروس أو أسرتها نقودا أو سلفا أو ماشية أو تدفع العروس أو أسرتها مثل ذلك

¹ تقرير لجنة سيداو الدورة 49 وثيقة الأمم المتحدة DOC A/49/38/1994

للعريس أو أسرته، ولا ينبغي في أي حال من الأحوال أن يكون ذلك شرطا لصحة الزواج، ولا ينبغي للدولة الطرف أن تعترف بمثل هذه الاتفاقات بوصفها قابلة للنفذ.¹

ولمناقشة ما ذهبت إليه لجنة سيداو بشأن انتقادها للصدّاق، يجب تحديد مفهوم الصدّاق وأدلة شرعيته في الإسلام (فرع 1) ثم تنظيم الصدّاق في قانون الأسرة الجزائري (الفرع 2) ثم تكييف الصدّاق بالنسبة لحقوق المرأة (فرع 3)

الفرع الأول:

تحديد مفهوم الصدّاق وأدلة شرعيته في الإسلام.

المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها، والأصل في مشروعيته، الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...﴾² والنحلة هنا الهبة والمهر في معناها لأنه عطية بغير عوض، وليس في مقابل الاستمتاع لأن الاستمتاع أمر مشترك بين الزوجين³ وهذه أمّرت الأزواج بوجود إعطاء الزوجات صدّاقهن عن طيب نفس.

أما من السنة النبوية، فقد ورد أكثر من حديث يدل على مشروعية المهر ومن ذلك: ما رواه سهل ابن سعد- رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل: {تزوج ولو بخاتم من حديد}⁴. وروى أنس بن مالك- رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى عبد الرحمن بن عوف- رضي الله عنه- أثر سفرة، فقال ما هذا، قال: يا رسول الله (إني تزوجت على وزن نواة من ذهب، قال بارك الله لك، أو لم ولو بشاة)، ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم، طلب من الرجل الذي أراد الزواج إصدّاق

¹ توصية عامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإهاء العلاقات الأسرية).

² سورة النساء: 4.

³ سالم ابن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، رسالة دكتوراه، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ط 2 ص 448.

⁴ أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح- باب المهر 1658، رقم الحديث 5150.

زوجته شيئاً من المال ولو كان يسيراً، وكذلك إقرار النبي ﷺ لعبد الرحمن على ما قدمه من مهر ودعائه له بالبركة دليل على مشروعية المهر.¹

وأجمع المسلمون على مشروعية المهر في الزواج وللمهر عدة أسماء وهي الصداق، الصدقة، النحلة والفريضة والأجر والعلائق والعقد ولحباء وود، من هذه التسميات في القرآن الصدقة، والنحلة والفريضة والأجر.

أما من المعقول فإن عدم المهر يؤدي إلى ابتذال المرأة، والحط من قدرها والاستهانة بأمر الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية لأتفه الأسباب، أما المهر فيرفع من مكانة المرأة في نظر الرجل ويحملة على التأني فلا يقدم على فك العلاقة الزوجية إلا عند الضرورة القصوى.²

أولاً: صفة الصداق:

— الصداق مال على ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿... وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾³.

— يغلب في الواقع العملي أن يكون الصداق عبارة عن مبلغ من النقود، ومن الناحية القانونية والشرعية لا مانع يمنع من أن يكون غير ذلك فيصح أن يتمثل في أي مال منقول أو عقار داخل في دائرة التعامل كشقة مثلاً أو سوار من ذهب أو فضة، أو سيارة أو كتب أو تلفاز، أو حق ما يتصل بملكية أدبية أو فنية مثلاً، أو براءة اختراع أو أصل تجاري، أو الانتفاع بشيء معين

¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 111.

² محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة، عمان - الأردن، ط1، 1403 هـ الموافق ل 1983 م، 57/2.

³ سورة النساء: 24.

كسكن بدون أجر لفترة معينة، أو استغلال موارد مالية خاصة، والإبراء من دين أو القيام بعمل ما.¹

وتأسياً على هذا، فإن كل ما لم يكن مقوم بمال في ذاته أو كان مقوماً بمال في حق غير المسلم فإنه لا يصلح أن يكون مهراً، و على ذلك لا يجب أن يكون الصداق مكوناً من الأشياء التي يمنع التعامل بها.

وتأسيساً على ذلك يشترط في الصداق، شروط وهي:

أ- أن يكون ظاهراً بمعنى أن يكون داخلاً في دائرة التعامل الشرعية، غير مدنس بمحرمات وغير نجس كالخمر والخنزير مثلاً.

ب- أن يكون منتفعاً به بمعنى آخر ألا يتعلق الأمر بشرع غير منتفع به، ولا يؤدي أي وظيفة للإنسان المسلم، أن يكون مقدوراً على تسليمه، بمعنى أن يكون الجسم المادي للصداق موجوداً، ويمكن نقله إلى ملكية المرأة، أما إذا لم يكن كذلك فلا يعتبر صداقاً، كالحصان الضال أو الطريدة التي سيتم اصطيادها.

ج- أن يكون معلوماً نفيًا لأية جهالة، كأن يتم الزواج بصداق يتمثل في محصول زراعي بعد نضجه.²

ثانياً: مقدار الصداق:

لقد أجمع العلماء على أنه لا حد لأكثر المهر، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...﴾³.

¹ محمد الكشيبور، المرجع السابق ص 322-323.

² محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة - الزواج - انحلال ميثاق الزوجة كآثار الولادة و نتائجها، المرجع السابق، ص 132.

³ سورة النساء: 20.

وروي أن عمر ابن الخطاب قال: "خرجت، أنا أريد أن أنهى عن كثرة مهور النساء حتى قرأت هذه الآية: ﴿.. وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا..﴾ ولكنهم استحبوا عدم المغالاة في المهور، لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: {من أعظم النساء بركة، أيسرهن صداقاً} وروي عنها أيضاً أنها قالت قال رسول الله ﷺ: {من يمن المرأة أن تيسر خطبتها وأن يتيسر صداقها من تيسر رحمها} ¹.

وقال عمر رضي الله عنه: "إياكم والمغالاة في مهور النساء فإنها لو كانت تقوى عند الله أو مكرمة عند الناس لكان رسول الله ﷺ أولاكم بها"، ما نكح رسول الله ﷺ شيئاً من نساءه ولا أنكح واحدة من بناته بأكثر من اثني عشرة أوقية، وهي أربعة مائة درهم وثمانون درهماً وإن أحدهم ليغالي بمهر امرأته حتى تبقى عداوة في نفسه فيقول لقد كلفت لك علق القربة" ²

الفرع الثاني:

الصداق في قانون الأسرة الجزائري.

لقد ورد تعريف الصداق في المادة 14 ق.أ الجزائر أنه: "الصداق هو ما يدفع لنحلة للزوجة نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملكها تتصرف فيه كما تشاء".

وبهذا يكون المشرع أطلق اسم الصداق على المهر وعرفه بأنه كل ما يدفع للزوجة نحلة أي عطاء، وبين طبيعته حيث لا يقتصر على النقود بل يمكن أن يكون أي شيء مباح شرعاً، ويمكن تقديره بمال، كما بينت أن للزوجة حق الملكية الكاملة على الصداق.

وبهذا وافق قانون الأسرة من خلال هذه المادة، الرأي القائل في الشريعة الإسلامية بأن الصداق هو هدية لازمة فرضها الشرع من غير مقابل شيء. ³

¹ أخرجه البهقي في السنن (235/7).

² أخرجه البهقي في السنن (234/7).

³ انظر محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 342.

ويلاحظ على المادة 14 من قانون الأسرة، أنها تضمنت تعريفا للصدّاق، يركز على القيمة المالية للصدّاق تاركا القيمة المعنوية والرمزية له، وكان من الأجدر تجنب التعريفات باعتبارها من مهام الفقه والقضاء¹، كما أن المشرع أخذ في هذه المادة بالمذهب الحنفي والحنبلي الذي يعتبر الصدّاق ملك خاص للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت.

أما المشرع المغربي فقد ركز على القيمة الرمزية والمعنوية للصدّاق من خلال المادة 26 من مدونة الأسرة، التي نصت على أن الصدّاق هو "ما يقدمه الزوج لزوجته، إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية".

ويعتبر المهر في قانون الأسرة من شروط صحة الزواج، وهذا بناء على ما جاء في المادة 09 مكرر من الأمر 02/05 التي أوجبت على توفر عقد الزواج على الشروط التالية: أهلية الزواج، الصدّاق، الولي، شاهدين، وانعدام الموانع الشرعية.

أما المادة 15 ق.أ المعدلة بالأمر 02/05 فقد نصت على أنه "يحدد الصدّاق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، وهذا معناه أنه لا بد من تسمية صدّاق للزوجة، ولا يجوز إسقاطه باعتباره من شروط انعقاده قانونا وشرعا، إضافة إلى ذلك أوجبت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري إخضاع المهر لشروط الشكلية، وذلك بنصها أنه: "يحدد الصدّاق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا" وذلك ضمنا لحق ملكية الزوجة على المهر، وتفاديا لأي نزاع يحتمل أن يشب بسبب تحديده.

كما أن الصدّاق كأثر من آثار الزواج يتأكد بوفاة الزوج وهذا ما قرره المشرع في المادة 16 ق.أ التي تنص على أنه: "تستحق الزوجة الصدّاق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول" فإذا وقعت الوفاة قبل الدخول فيجب الصدّاق سواء كان مسمى

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 267.

أو صداق المثل فتأخذه من تركة زوجها المتوفى، أما بعد الدخول فتأخذ ما هو من صداقها المؤجل من تركة الزوج لأنه دين ترتب في ذمته، يستوفي من تركته بعد الوفاة.

كما أوجبت المادة 16 ق.أ استحقاق الزوجة نصف الصداق، في حالة الطلاق قبل الدخول وهذا استنادا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ...﴾¹ ويفهم من هذه الآية الكريمة استحباب التنازل عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول، و الدعوة إلى ذلك موجهة إلى طرفي العلاقة الزوجية فكلاهما مطالب بالعفو وذلك يعد من التقوى.

وتفاديا لحدوث أي نزاع محتمل حول تحديد المهر، وبصفة احتياطية، جاءت المادة 17 ق.أ.ج لتقدم حلاً للاحتمال وقوع نزاع بسبب عدم تسجيل المهر في عقد الزواج واختلاف الزوجين حول قيمة المهر المتفق عليها بينهما عند إبرام عقد الزواج، إذ نصت على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

بناءً على ما سبق، فإن قانون الأسرة الجزائري نص على المهر كحق للمرأة وجعله شرطاً في عقد الزواج، طبقاً لنص المادة التاسعة، وبهذا خالف المشرع الجزائري التوصية المذكورة آنفاً والتي توصي الدول بحظر الصداق أو المقابل المالي باعتباره يؤثر على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل، وفي هذا الشأن كان على لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، اعتبار الصداق كحق للمرأة من مظاهر التمييز الإيجابي لصالح المرأة، وهذا نظراً لأهمية المهر كحق من حقوقها.

إن الصداق لم تنص عليه الشريعة الإسلامية فقط، بل إن الصداق في أصله التاريخي يعتبر ثمناً عند الشعوب البدائية، فقد كان الزواج عند قدماء اليونان يتم بشراء المرأة بعدد من الثيران أو

¹ سورة البقرة: 237.

ما يساويهما يسلمها الخاطب لأبيها، وعند قدماء الرومان كان انتقال ملكية المرأة من أبيها إلى زوجها يتم بطريقة البيع بالقبض، وبها يدفع الزوج الثمن ويقبض المرأة كما يقبض أي مبيع¹، كما عرف العرب في الجاهلية نظام المهر حيث كان ثمنا للمرأة يقبضه أبوها أو وليها أو كان الصداق عادة عددا من الإبل، وبظهور الإسلام أكد عليه بوصفه من تقاليد الزواج التي عرفها الإنسان منذ قديم الزمان لكنه جرده من عنصر الثمن²، والإسلام شرع المهر كرمز لاستعداد الرجل للتضحية والتفاني من أجل أسرته، فالزواج مسؤولية كبيرة تقع على عاتق الرجل وتتطلب منه كثيرا من الصبر والتحمل، وقد يقدم عليه من ليس أهلا لتحمل المسؤولية، يريد إشباع غريزته ثم يتخلى عن رعاية أسرته والقيام بمصالحها، لذلك كان المهر إثبات يستدل به على جدية الرجل واستعداده في تحمل المسؤولية.

أما بخصوص ما جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة باعتبارها أن الصداق يعتبر قييدا من القيود الواردة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل، فهو غير صحيح لأن الصداق لا دخل له في رضا المرأة فهو ليس مقرونا بحقها في اختيار زوجها، لأن رضا المرأة بالزواج يعتبر شرطا أساسيا لصحة العقد عليها، بحيث لا يكون لأحد من أبويها أو غيرها أن يجبرها على الزواج بمن لا ترضاه، والصداق في عقد الزواج هو إهداء من الزوج إشعارا بالرغبة الصادقة في عقد الزواج وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين وليس (عوضا) أو (ثمنا) للبضع أو منفعة، كما تجري تسميته بذلك في المراجع الفقهية³.

إن الصداق بالنسبة للمرأة هو ليس فقط رمزا للمحبة والتقدير اللذين يكنهما لها الزوج، بل له أهمية مادية بالنسبة للمرأة فهو يشكل زيادة مادية لملكية المرأة إن لم يكن أول عنصر فيها في كثير من الأحيان قد يمكنها من تكوين رأسمال تستطيع استثماره ليصبح فيما بعد موردا ماليا يغطي

¹ الحسن رحو، النظام القانوني للزواج في التأصيل ط 1، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 2007، ص 214.

² أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الرباط- المغرب 2011، ص 100.

³ أحمد الخليلشي، المرجع السابق، ص 188.

حاجتها المادية¹، كما 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 ويعدّ ضماناً ضد تعسف الزوج في توقيع الطلاق².

بناءً على هذا، نلاحظ قصور في فهم الغرض من الصداق في الإسلام لدى لجنة التمييز ضد المرأة، فالصداق بمفهوم اتفاقية سيداو يعتبر تمييزاً ضد الرجل والاتفاقية لا تحظر هذا التمييز ولا ترى حرجاً في التفرقة بين الرجل والمرأة لصالح المرأة، إذ التمييز الذي حضرته هو التمييز ضد المرأة وليس التمييز بصفة عامة، حيث أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة باستعمال التدابير الإيجابية المؤقتة ولعلّ إيجاد بعض التكاليف المالية على عاتق الزوج لصالح الزوجة مراعاة لاشتغال الزوجة بأمور الحمل والرضاع وأنه ليس لديها عائد مادي يعتبر تمييزاً إيجابياً لصالح المرأة³.

وبهذا فإن نص قانون الأسرة على الصداق واعتباره من شروط الزواج هو حماية لحق المرأة، وتكريماً لها وليس فيه أي قيد على رضاها الحر في الزواج، ومن ثمة لا يمكن الاستجابة لما جاء في توصية لجنة سيداو بخصوص إلغاء شرط الصداق من قوانين الأسرة للدول الأطراف.

المطلب الثاني:

حق المرأة في اختيار النظام المالي في قانون الأسرة الجزائري.

إن تنظيم الأموال أثناء الحياة الزوجية تعتبر من المسائل التي اهتمت بها الاتفاقيات الدولية (فرع أول)، كما أن المشرع الجزائري وضع إطاراً حمائياً لهذه الأموال، فنصّ على نظامين وهما

¹ عز الدين التميمي، حقوق المرأة و مكانتها في الإسلام، مجلة الزهرة، المجلد الثاني، ع.8، يوليو 1995 ص 39 جامعة، عمان- الأردن.

² حسن زقور، شبهات حول الصداق في قانون الأسرة الجزائري وعند الفقهاء، مجلة الحضارة الإسلامية، صادرة عن كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، ع. 10، 2004، ص 56-79.

³ جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 144.

نظام استقلال الذمة المالية المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية (فرع ثاني)، كما منح لطرفي عقد الزواج إمكانية الاشتراك المالي، إما في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق (فرع ثالث)

الفرع الأول:

النظام المالي في الاتفاقيات الدولية.

لقد ألزمت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة، الدول على ضرورة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في العلاقة الزوجية في كل جوانبها ومن بينها المساواة في النظام المالي والعلاقات المالية بين الزوجين، فق ذكرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، أن المادة 4/29 من العهد الدولي تقتضي من الدول الأطراف كفالة نظام زواج ينطوي على المساواة في الحقوق والالتزامات بالنسبة لكلا الزوجين فيما يخص الملكية وإدارة الممتلكات، سواء كانت مشتركة أو ممتلكات ينفرد بها أحد الزوجين.

كما نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 2/15 و3: "...2- تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل وفي نفس فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بوجه خاص حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات المتبعة في المحاكم والهيئات القضائية...3- توافق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي لها أثر قانوني يستهدف تقييد الأهلية القانونية للمرأة باطلة و لاغية."

كما نصت المادة 01/16/ح: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة: (ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيارة الممتلكات، والإشراف عليها وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة".

جاء في تعليق لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم 21 بخصوص هذه الفقرة:
 "أن حق المرأة في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله
 حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي"¹.

في هذا السياق أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على أنه ينبغي على الدول
 الأطراف في الاتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة أن توفر للأفراد المقدمين على الزواج
 معلومات عن النتائج الاقتصادية المترتبة على علاقة الزواج وعلى انقضاء هذه العلاقة بفعل الطلاق
 أو الوفاة وحيثما كانت الدولة الطرف تميز الشراكات المسجلة، ينبغي تزويد الأفراد بالمعلومات
 نفسها.

أوصت اللجنة الدول الأطراف أن تتيح إمكانية إبرام ترتيبات تعاقدية خاصة تتعلق بتوزيع
 ممتلكات الزوجية وغيرها من الممتلكات بعد انقضاء الزواج، كما أكدت اللجنة في توصيتها على
 الدول الأطراف في الاتفاقية أن تتخذ التدابير اللازمة لضمان عدم التمييز واحترام النظام العام ومنع
 استغلال عدم التكافؤ في قوة المساهمة، وأن تحمي كلا من الزوجين من إساءة استعمال السلطة في
 إبرام تلك العقود. ويمكن أن تشمل هذه التدابير الوقائية اشتراط أن تكون تلك الاتفاقات خطية أو
 إخضاعها لأشكال أخرى من الاشتراطات الرسمية، وإجازة إبطالها بأثر رجعي أو فرض الجبر المالي
 أو غير ذلك من ضروب الجبر إذا تبين أن العقد مشوب بالتعسف، وقد لاحظت اللجنة وجود
 نظم تمييزية لإدارة الممتلكات في فترة الزوجية في بعض الدول الأطراف ويحتفظ بعضها بقوانين
 تنص على الرجل هو رب الأسرة ولذا تسند إليه أيضا دور الوكيل الاقتصادي الوحيد وفي
 الأوضاع الذي يكون فيها نظام الملكية المشتركة هو العرف المعمول به، مما يعني اسميا أن للمرأة
 نصف ممتلكات الزوجية، قد لا يتوافر للمرأة مع ذلك الحق في إدارة الممتلكات وفي كثير من النظم
 القانونية، يمكن أن تحتفظ المرأة بالحق في إدارة الممتلكات التي تمتلكها بصفتها الفردية، ويجوز لها أن

¹ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21.

تحصل على ممتلكات مفصلة إضافية وأن تديرها في فترة الزوجية، غير أن الممتلكات التي تحصل عليها المرأة نتيجة لنشاطها الاقتصادي قد تعتبر مملوكة لبيت الزوجية، وقد لا يعترف للمرأة بالحق في إدارة تلك الممتلكات، وربما يكون الحال كذلك حتى بالنسبة للأجور التي تخص المرأة.

بناء على هذه الملاحظات أكدت اللجنة على أنه ينبغي للدول الأطراف أن تتيح لكلا من الزوجين فرصاً متكافئة للاستفادة من ممتلكات الزوجية ومن أهلية إدارتها، كما أوجبت اللجنة على الدول الأطراف أن تكفل مساواة المرأة مع الرجل في حق امتلاك ممتلكات منفصلة أو غير زوجية واقتنائها وإدارتها والتصرف فيها والتمتع بها¹.

الفرع الثاني:

استقلالية الذمة المالية للمرأة في الشريعة الإسلامية.

لقد اختلف فقهاء الإسلام في تحديدهم لمفهوم الذمة المالية فذهب بعضهم إلى أنها صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الإنسان، فذهب آخرون إلى أنها نفس الإنسان ذاتها.² لكن أغلب فقهاء علم الأصول يحددون المعنى الاصطلاحي للذمة بأنها وصف شرعي يصير به الإنسان أصلاً للوجوب له وعليه هذا الوصف يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وهذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة سماها الفقهاء بأهلية الوجوب. لذا فإن الصلة وثيقة ما بين الذمة وأهلية الوجوب،

1 توصية عامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية و على فسخ الزواج و إنهاء العلاقات الأسرية .

CEDAW/C/6C/29Distr:General.30October2013Arabicoriginal:English .

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة.

² محمد الكشور، الحقوق المالية للزوجين، مداخلة في الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد الملك سعدي بطنجة، حول مدونة الأسرة يومي 20 و 21 فبراير 2004.

فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي الصلاحية ذاتها.¹

وقد أعطى الإسلام للمرأة كامل الحرية والأهلية في التصرف فيما لديها من مال خاص بها، فالمرأة في الشريعة الإسلامية تتمتع بذمة مالية مستقلة، ويمكنها استثمار أموالها لحسابها الخاص عن طريق الصناعة والكسب وجميع أنواع المعاملات المشروعة² وأن تبرم ما تشاء من العقود سواء منها ما كان معاوضة كالبيع والشراء أو تبرعا كالهبة والوصية وغيرها، ولا يحق لأحد أن يمنعها من ذلك، أو أن يدعي الحجر عليها طالما لم يظهر منها تبذير لأموالها، فذهب أغلب الفقهاء في الإسلام إلى أن الزوجة حرة في التصرف في مالها دون أن يكون ذلك مقترنا أو مرهونا بموافقة الزوج باستثناء المالكية الذين قيدوا هذا التصرف بإذن الزوج في التبرعات، إذ يرى المالكية أن تبرعات الزوجة إنما تجوز في حدود الثلث من مالها وما زاد على ذلك فلا يصح إلا بإذن الزوج مراعاة لحقه.³

قال ابن رشد: لا يجوز للمرأة ذات الزوج قضاء في أكثر من ثلث مالها بهبة ولا بصدقة دون إذن زوجها في قول مالك وجميع أصحابه، وعلة المالكية في ذلك أن المرأة إذا قصدت الضرر بما فعلت لم يجز ذلك وإن كان أقل من الثلث، وأن الثلث فيما دونه جائز وإن قصدت الضرر، لأن حكم ذات الزوج كحكم المريض سواء، فما كان من معروف كالعقود والهدايا إنما يجوز في حدود

¹ عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان (ط 2010/1)، ص 24.

² عمر بكارين أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتقنين، مجلة كلية الشريعة أكادير، ع. 2، 2003، ص 30

³ أنظر، الإمام الباجي: المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، دار الكتاب العربي بيروت الجزء الثالث ص 253.

الثالث فأقل، وإن جاوزت بطل جميع الفعل وهذه رواية ابن القاسم عن مالك.¹ ودليلهم على ذلك قوله عليه وسلم: { تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك }² ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه إذا كانت الزوجة إنما تنكح لمالها لم يكن لها بعد أن زيد في صداقها من أجله أن تتلف جميعه وحبه غيره.³ وحديث عبد الله بن يحيى الأنصاري عن أبيه عن جده أن جدته أتت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنه لا يجوز للمرأة في مالها أمر إلا بإذن زوجها فهل استأذنت زوجك؟ فقالت: نعم فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إليه وقال: هل أذنت لامرأتك أن تتصدق بجليها هذا؟ فقال: نعم، فقبله منها رسول الله صلى الله عليه وسلم"⁴، قد أجيب عن هذا الحديث بأن هذا محمول على الأدب والاختيار وفي كثير من الآيات ما يدل على نفوذ المرأة وتصرفها في مالها دون إذن زوجها، فيكون معنى الحديث محمولاً على الأدب والاختيار فقط.

واستدل المالكية كذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها)⁵.

ويبدو أن هدف المالكية من هذا التحجير الجزئي على أهلية المرأة، هو حماية الزوجة نفسها من التبرع بمالها بدون حد، حيث إذا فقدت زوجها القائم عليها وجدت في مالها ما يقوم به أودها، ما أن الزوج الذي تجب عليه النفقة يجوز له أن يعترض على زوجته عند محاولتها منعه من

¹ انظر مراجع المالكية: محمد، الحارث الحشني أصول الفتوة في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، 1985 ص427؛ حاشية الإمام الرهوني على شرح الزورقاني لمختصر خليل وبهامشه حاشية المدني علي كنون، دار الفكر، بيروت 1978، ط1، ببلاق مصر الحمية، 5/356؛ أبو الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1-2، 85/1988، 9/209؛ مأخوذ من كتاب نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكليفه الشرعي، الدكتور خليفة الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكليفه الشرعي، دار التفاس للتشر، الأردن، 1430هـ/2010م.

² أخرجه البخاري من حديث أبو هريرة رضي الله عنه في كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، 3/1239 ح رقم 5090.

³ المنتقى شرح موطأ الإمام مالك 3/253.

⁴ رواه ابن ماجه في السنن انظر: الحافظ ابن ماجه القزويني، السنن لابن ماجه و بحاشيته مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه البوصري، دار المعرفة للطباعة، بيروت، ط ثانية 1998 الجزء 3، ص3 رقم 2389، مأخوذ من كتاب نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكليفه الشرعي، الدكتور خليفة علي الكعبي.

⁵ حديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده م 2، ص:207.

الإرث عن طريق تفويت أموالها¹، قياساً على بيع المريض مرض الموت، إلا أن هذا التبرير على الرغم من وجهاته فإنه لا يمكن اعتماده للنيل من أهلية المرأة في التبرع لأن حق الإرث لم يشرع في مقابل النفقة.

وقد خالف الكثير من الفقهاء رأي المالكية في مسألة حرية المرأة في التصرف في أموالها وفي هذا السياق رد الإمام الشافعي على الحديث الذي استدل به المالكية: "لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها" فقال: "قد سمعناه وليس بثابت ليلزمنا أن نقول به والقرآن يدل على خلافه ثم السنة ثم الأثر ثم المعقول"².

كما أوجز الإمام ابن حزم الظاهري في رده على أدلة الإمام مالك وقال: "وهذا تحريف للسنة عن مواضعها وأغلب ما يكون في القياس وأشد بطلاناً وأما الخبر المذكور فلا مدخل فيه شيء من قولهم في إجازة الثلث وإبطال ما زاد... وأما قياسهم المرأة على المريض فهو قياس للباطل على الباطل واحتجاج للخطأ بالخطأ.... وهذا من وجوه:

1- أحدهما أن المرأة صحيحة وإنما احتاطوا بزعمهم على المريض لا على الصحيح.

2- والثاني لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة وبين المريض ولا شبه بينهما أصلاً.³

وفي نفس السياق رد الإمام محمد أبو زهرة على أدلة المالكية في عدم حرية تصرف المرأة في مالها إلا بإذن زوجها بقوله: "وفي الحق أن رأي مالك رضي الله عنه رأي متهافت لا يعتمد على سند قوي من نص ولا مصلحة مرسله ولا استحسان مستقيم ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج"⁴.

¹ محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 251.

² الأم للإمام الشافعي، ج.3، دار المعرفة بيروت، ص 216.

³ علي بن أحمد بن حزم، المحلى شرح المحلى، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي بيروت طبعة أولى، الجزء التاسع، ص113، مأخوذ من كتاب نظام الاشتراك المالي بين الزوجين و تكييفه الشرعي، الدكتور خليفة علي الكعبي.

⁴ الإمام أبو زهرة: الأحوال الشخصية دار الفكر العربي، القاهرة، بدون ط ص 290.

وذهب الجمهور على خلاف ذلك فقالوا بحرية المرأة في التصرف في مالها دون إذن الزوج واستدلوا في ذلك بالقرآن والسنة، أما القرآن فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾¹ وكذلك قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا...﴾²، وقال الله عز وجل أيضا: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾³، وفي هذه الآية أجاز الله سبحانه وتعالى للزوجة عفوها عن مالها بعد طلاق زوجها إياها بدون أن تتلقى أوامر من أحد وهذا دليل على حرية المرأة في التصرف في مالها استنادا إلى القرآن الكريم.

أما دليل الجمهور في حرية تصرف المرأة في مالها في الحديث الذي روته زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قالت: قال رسول الله ﷺ: (تصدقن يا معشر النساء ولو من حليكن) قالت: فرجعت إلى عبد الله، فقلت إنك رجل خفيف ذات اليد، وإن رسول الله ﷺ قد أمرنا بالصدقة، فآته فأسأله فإن كان ذلك يجزى عني، وإلا صرفتها إلى غيركم، قالت: فقال لي عبد الله: بل آتته أنت، قالت: فانطلقت، فإذا امرأة من الأنصار بباب رسول الله ﷺ، حاجتي حاجتها، قالت: وكان رسول الله ﷺ قد ألقيت عليه المهابة، قالت فخرج علينا بلال فقلنا له: آت رسول الله ﷺ فأخبره أن امرأتين بالباب تسألانك أتجزئ الصدقة عنهما على أزواجهما، وعلى أيتام في حجورهن؟ ولا تخبره من نحن، قالت فدخل بلال على رسول الله ﷺ فسأله، فقال له رسول الله ﷺ: (من هما؟) قال: امرأة من الأنصار وزينب، قال ﷺ: أي الزيانب؟ قال: امرأة عبد الله، فقال رسول الله ﷺ: (لهما أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة)⁴ وفي هذا

¹ سورة النساء: 20.

² سورة النساء: 6.

³ سورة النساء: 4.

⁴ رواه البخاري، انظر صحيح البخاري كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج و الأيتام في الحجر، وباب الزكاة على الأقباب، ح رقم: 1462 و 1466.

الحديث دليل على أن هذه المرأة كان لديها مال خاص بها لا علاقة له بمال زوجها، وفيه أن الزوج ليس له حكم في مال زوجته إلا بإذنها، وفيه أن المرأة لها حق التبرع بمالها بغير إذن زوجها، وفيه أن ليس للزوج منعها من الصدقة بمالها.¹

و في الحديث أيضا دليل وجود النظام المالي للزوجين باعتماد استقلال الذمة المالية وأن المرأة المتزوجة لا تلزم بنظام توحيد الذمة المالية ولو كان زوجها فقيرا، ولا تلزم بالنفقة عليه أيضا، بل لا تلزم بالمشاركة في النفقة كما هو الحال في التشريع الغربي.

من خلال ما سبق ذكره فإن الأصل في النظام المالي للزوجين هو استقلالية الذمة المالية لكل منهما ويقتضي نظام استقلالية الذمة المالية للمرأة عن ذمة زوجها فلها حرية التصرف في أموالها دون قيد أو شرط وليس لزوجها أي حق في أموالها كما أنها تتحمل تبعات تصرفاتها في مالها، فتسأل عن الديون التي على عاتقها ويسأل زوجها.

وبهذا فإن الزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت عقارا أو منقولا اكتسب قبل الزواج أو بعده، فعقد الزواج عقد شخصي لا عقد مالي، والمال ليس مقصودا أصلا فيه، فالزواج لا يعطي للرجل أي حق في أن يتدخل في تصرفات زوجته المالية.

الفرع الثالث:

الاتفاق على الأموال المشتركة.

إن فكرة الاشتراك المالي بين الزوجين تجد أصلها في التشريعات الأوروبية، فالمعمول به تشريعيا في أوروبا هو تنظيم العلاقات المالية داخل الأسرة بقواعد قانونية مفصلة تعتمد على مبدأ الاشتراك المالي في صور متعددة ثم تترك الحرية للزوجين في اختيار النظام المناسب.²

¹ يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي و الشريعة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص320.

² عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

فالبالدان الأوروبية تأخذ بنظام اتحاد الذمة المالية بين الزوجين مع إقرار انفصال الذمة المالية في حالات معينة.

- ففي إنجلترا مثلا تسود فكرة أن الزواج هو مشاركة بين الزوجين، وتقتضي منهما أن يدجا أموالهما ولكن هذه المشاركة يجب أن تتقرر بمشارطة زواج وكل زواج يخلوا من هذه المشارطة لا أثر له على الذمة المالية للزوجين¹.

- ولقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أن النظام المالي للزوجين يقوم على أموالهما المشتركة إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما².

- أما في كندا فإنه لا يجوز للمرأة المتزوجة إجراء أي تصرف من التصرفات القانونية إلا بإذن زوجها إذا كانا قد اختارا نظام الاشتراك في الأموال، أما إذا كان النظام المتبع هو نظام الفصل بين الأموال فمن حق الزوجة إدارة أموالها الخاصة³.

- أما في العالم العربي والإسلامي فإن موضوع الاشتراك المالي أو النظام المالي الاتفاقي فهو حديث على اعتبار أن الفقه الإسلامي يأخذ بنظام استقلال الذمة المالية في العلاقات المالية بين الزوجين، لهذا صيغت عدة تعريفات للنظام المالي القائم على الاتفاق بين الزوجين، ويمكن تناول بعض التعريفات للعقد المالي في الفقه القانوني العربي، ومنها (عقد ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات المعيشة الزوجية)⁴.

¹ انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار شتات، مصر، 2010، ص 17

² مادة 1400 من القانون الفرنسي.

³ كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، ط 1 2006.

⁴ سيد عبد الله حسن، المقارنة التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ابن أنس، دار إحياء الكتب العربية - مصر - ط 1984 ص 28.

وعرف كذلك على أنه (مجموعة القواعد القانونية المتفق عليها تنظم الحقوق والواجبات المالية للزوجين)¹.

لقد وضعت هذه التعاريف بعد أن أصبحت العديد، من الدول الإسلامية تنص قوانينها على إمكانية الاتفاق على الأموال المشتركة، وهذا النظام في الدول الإسلامية هو نظام اختياري وليس إلزامي على عكس الدول الأوروبية التي يكون فيها الاختيار فقط بين أي من النظامين يأخذ به الزوجان، المساهمة في المكتسبات أو الاقتصار على المكتسبات أو النظام الشامل، وفي حالة عدم اختيار نظام معين يتدخل القانون بإلزام الزوجين باختيار نظام قانوني وهو الاشتراك المقتصر على المكتسبات².

- مشروعية عقد الاشتراك المالي باعتباره شرطا إراديا لعقد الزواج:

إن الزواج في الإسلام رباط مقدس ونظرا لأهميته فقد تولى الشارع الحكيم تنظيمه في جميع جوانبه التي تستحق الاهتمام والعناية فبين أركانه وشروطه وحدد الحقوق والالتزامات التي تترتب عنه، فجعل عقد الزواج سببا لترتيب الآثار التي تنشأ عنه، وآثار عقد الزواج تعتبر جعلية لا اتفاقية.

العقد المالي يعتبر من المستجدات التي فرضها التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي طال بنية الأسرة، لذلك لم يستدعي اهتمام الفقهاء المسلمين، إلا أنهم اهتموا بالإطار العام الذي يندرج ضمنه هذا العقد الذي هو في شموليته ليس شرطا من الشروط الإرادية الملحقة بعقد الزواج التي قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أصناف:

- ما يقتضيه العقد لا ينافيه.

- ما ينافي العقد.

¹ أمينة خياط، تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين المغرب و مصر، أطروحة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1998.

² حليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 75.

- وما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

هذا الصنف الأخير كان أساس اختلاف المذاهب الفقهية، فذهب جمهور من المالكية والحنفية والشافعية إلى الأصل في الشروط، هو عدم الصحة وعدم الالتزام بها، حتى يقوم دليل من الشرع يثبت الالتزام وحثهم في ذلك قول النبي ﷺ: { كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط }، فهم يقولون بجعلية آثار عقد الزواج صيانة وحفظا له من الاضطراب ومنعا للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم فتخرج من معناها وما يحيطها به الشارع من تقديس¹.

أما الحنابلة فيرون أن الزوجين أحرارا في إبرام ما يشاءون من العقود والشروط، فالأصل هو حرية التعاقد بدلالة الكتاب والسنة² واعتمدوا في هذا على قوله تعالى: ﴿... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾³. وحديث الرسول ﷺ: { إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج }⁴، و { المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا } وأمام التعارض في الآراء فإنه لا يمكن الحسم في صحتها إلا بالرجوع إلى القاعدة الأصولية التي تقول بالقضاء بالخصوص على العموم فيكون بذلك ما استظهر به الجمهور، هو نص عام يتعلق بكافة العقود الصحيحة، في حين أن الحديث الذي احتج به الحنابلة هو نص خاص بعقد الزواج، وبهذا يمكن القول أن كل شرط اتفقي في عقد الزواج يعتبر مشروعاً وملزماً لمن التزم به، ما لم يكن مخالفاً لشرع الله ومقصوده من الزواج، وبالتالي فإن الشرط المتعلق بتنظيم أموال الزوجين يبقى صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية⁵، وبهذا فإن فكرة العقد المالي بين الزوجين تجدد سندها في نظريتي فقه

¹ أحمد الخليلي، الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، ع. 3، 1988، ص 183.

² محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص قانون الأسرة و الطفولة - جامعة سيدي محمد عبد الله فاس، السنة الجامعية 2006/2005، ص 85.

³ سورة الإسراء: 34.

⁴ أخرجه البخاري.

⁵ محمد أقاش، المرجع السابق، ص 86.

الشروط وفقه الصلح اللتان يأخذ بهما الفقه الإسلامي في العلاقة بين الزوجين، والذي بمقتضاها يمنح الحق للمرأة في أن تشتترط لنفسها مما يحفظ حقوقها ويطمئنها على مصيرها ومصير أولادها مستقبلا.

وبناءً على ما تقدم فإنه لا يوجد مانع شرعياً في الاتفاق على الأموال المكتسبة أثناء قيام الرابطة الزوجية.

الفرع الرابع:

النظام المالي في قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: النظام المالي في ظل قانون الأسرة 11/84:

بعد تمييز قانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 11/06/1984 بوجود ترسانة من المواد تكرس السلطة والهيمنة شبه المطلقة للرجل على المرأة، حيث أزم هذا القانون في المادة 39 الزوجة بطاعة الزوج ورعايته باعتباره رئيساً للأسرة، وللزوج حق التأديب في حالة إخلال الزوجة بواجب الطاعة طبقاً لمبدأ القوامة المستمد من الشريعة الإسلامية، و كان ينظر إلى هذه المادة على أنها تصنف المرأة في خانة ناقصي الأهلية، كما أن هذا القانون منح للرجل حق تعدد الزوجات دون موافقة الزوجة الأولى وأعطاه كذلك حق الطلاق بإرادته المنفردة.

في مقابل هذا الوضع الذي يجعل المرأة في تبعية شخصية لزوجها، نص هذا القانون في المادة 38، على استقلالية الذمة المالية للمرأة، وحريتها في التصرف في أموالها¹ فجعل هذا القانون المرأة في وضع متناقض يتميز بالتبعية الشخصية شبه المطلقة واستقلالية تامة في المجال المالي، ولم يتضمن هذا القانون إمكانية الاشتراك المالي بين الزوجين، مما جعل الكثير من النساء في ظل قانون 11/84 تعاني من أزواج يستولون على أموالهن، ثم يرمون بهنّ إلى الشارع، والقضاء يطالبهن بالإثبات وجوباً بالكتابة فإن انعدمت، فبالبينة بمعناها الضيق، بسبب وجود المانع الأدبي الذي هو العلاقة

¹ Hadjira DENOUNI, Les évolutions des rapports entre époux en droit Algérien de la famille.

الزوجية¹، كما أن المرأة بعد الطلاق كانت تخرج من بيت الزوجية خالية الوفاض، لا شيء لها سوى متعتها ونفقتها أثناء العدة.

ثانيا: النظام المالي في الأمر 02/05:

على إثر الوضع الذي كانت تعاني منه الكثير من النساء، جاء الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 بتعديلات جوهرية على قانون الأسرة، قضت بموجبها على التبعية الشخصية للمرأة، حيث تم إلغاء المادة 39 التي كانت تنص على رئاسة الزوج للأسرة وكذا تعديل المادة 36 التي أصبحت تنص على حقوق وواجبات متساوية بين الرجل والمرأة، وبهذا اعترف المشرع في هذا القانون للمرأة بشخصيتها المستقلة عن شخصية الزوج واعتبرها عضو كامل الأهلية داخل الأسرة دون تمييز بينها وبين الرجل في مباشرة حقوقها وتحمل التزاماتها، أما فيما يخص العلاقات المالية فقد أبقى المشرع على استقلالية الذمة المالية مع إمكانية اتفاق الزوجين على الأموال المكتسبة بعد الزواج، حيث نصت المادة 37 من الأمر 02/05 على أنه 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 يكتسبها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وبهذا فإن ما جاءت به المادة 37 ليس فيه مساس باستقلالية الذمة المالية للزوجين، فقد أبقى المشرع على القاعدة الشرعية التي هي استقلالية الذمة المالية للزوجين ونظرا للتطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية والمجتمع عموما، فتح المشرع المجال لتنظيم العلاقات المالية عن طريق اتفاق بينهما في عقد رسمي لاحق لتنظيم ملكية أموالهما وإيراداتهما والانتفاع بها وإدارتها وتحمل الديون الخاصة بها، وعليه يتم التطرق إلى قاعدة استقلال الذمة المالية، ثم التّعريض للاستثناء الذي جاء به الأمر 02/05 والتسيير الإتفاقي للأموال المكتسبة خلال الزواج.

¹ عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص108.

أ- استقلالية الذمة المالية في القانون 02/05:

لقد جاء في عرض الأسباب الذي عرض على مجلس الحكومة بخصوص المادة 37 بأن هذه المادة تؤكد على استقلالية الذمة المالية للزوجين طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتنص على أن للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك ويتم ذلك في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج سواء عند إبرام هذا الأخير أو بعده، ومن ثم جاء في عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي أنه ورد النص على أن للزوجين أن يتفقا على نصيب كل منهما من الأموال المكتسبة معاً بعد الزواج مع التأكيد على استقلالية الذمة المالية لكليهما، وبهذا حسم المشرع الجزائري، في مسألة نوع النظام المالي للزوجين، فأقر صراحة أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة، وكتيجة لهذه القاعدة، فكل ما تشمله الذمة المالية -عناصر ايجابية وسلبية- تبقى في ملكية صاحبها وهو وحده المسؤول عنها، فالصداق مثلاً حسب المادة 14 من قانون الأسرة، هو ملك خالص للمرأة تتصرف فيه كما تشاء، ويمكن تحديد مكونات الذمة المالية للزوجة في:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي بذمتها لفائدة الغير.
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تفويض شخصي.
- الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج.
- ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث، وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى.

أما بالنسبة للزوج فتتكون ذمته المالية من:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها قبل إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة له اتجاه الغير والديون التي في ذمته لفائدة الغير.

- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة، أو الإرث أو الوصية أو ما في حكمها، أو عن طريق تعويض شخصي، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كرس مبدأ استقلالية الذمة المالية للمرأة في نصوص قوانين أخرى، حيث أن القانون المدني الجزائري لا يفرق بين الذكر والأنثى في الأهلية القانونية فقد جاء في المادة 4 منه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد 19 سنة كاملة".

ومن خلال هذه المادة 4 تكتسب المرأة الأهلية القانونية الكاملة ببلوغها 19 سنة كاملة متمتعة بقواها العقلية وغير محجور عليها، باعتبارها شخص طبيعي، ويمكنها تبعاً لذلك القيام بكافة التصرفات لما في ذلك إبرام عقود التصرفات المالية من بيع وشراء وإيجار وغيرها.

كما نصت المادة 08 من القانون التجاري على أنه: "تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية حاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير".

وانطلاقاً من هذه المادة يحق للمرأة ممارسة التجارة، وفتح محل تجاري، أو إقامة شركة تجارية وتحمل المسؤولية كاملة مما تباشره من أعمال تجارية وتأسيساً على ذلك لا يسمح للزوج أن يحتج ضد هذه التصرفات.

كما أن المرأة المتزوجة إذا امتهنت تجارة تتحمل آثار العقود المبرمة لصالح تجارتها، فهي تسأل شخصياً عن الديون المترتبة في ذمتها لصالح الغير، بسبب تجارتها، ولا يسأل زوجها عن ذلك ولأنه لا يسأل فليس له وصاية على تصرفاتها المالية بمناسبة تجارتها¹. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري ساير الكثير من التشريعات فيما يخص استقلالية الذمة المالية، على غرار المشرع المغربي الذي نص في المادة 49 من مدونة الأسرة على: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير

¹ عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 393.

أنه يجوز لها في إطار تدبير الأموال التي تكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها".

وهذا ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث نص على أنه: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها".

كما تنص المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أن: "المرأة الراشدة حرة في التصرف في أموالها ولا يجوز للزوج التصرف في أموالها دون رضاها، فلكل منهما ذمة مالية مستقلة، فإذا شارك أحدهما الآخر في تنمية مال أو بناء مسكن ونحوه كان له الرجوع على الآخر بنصيبه عند الطلاق أو الوفاة"¹.

الملاحظ هنا أن كل من قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية نصا على استقلال الذمة المالية للزوجين (الرجل والمرأة) على خلاف المشرع التونسي والإماراتي اللذان ركزا على استقلال الذمة المالية للمرأة، كأن المسألة تتعلق بالمرأة فقط دون الرجل، وكأن القانون يريد حماية الزوجة من الزوج وسلطته، رغم أن الأصل في وضع قواعد قانونية لتنظيم الأسرة هو حفظ الحقوق سواء للزوج أو الزوجة.

ب- الاتفاق حول الأموال المكتسبة:

استثناء من قاعدة استقلال الذمة المالية، أخذ المشرع الجزائري بقاعدة أخرى اختيارية تخضع لإرادة الزوجين وهذا نتيجة لإدخال مبدأ سلطان الإرادة إلى العلاقات الأسرية التي ظل أمر التقرير في أغلب قواعدها حكرا على المشرع منذ أمد طويل.

وبهذا فتح المشرع مجالا واسعا أمام الزوجين لتوجيه إرادتهما نحو أي أسلوب أو نظام قانوني يعتبر خاتمة لتسوية الوضع المالي المشترك الذي ينشأ بينهما نتيجة المكتسبات المحققة سويا في ظل

¹ قانون اتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية، دولة الإمارات العربية المتحدة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، الع. 124، السنة 32 أكتوبر 2005، ص 28.

الرابطه الزوجية و لم يقيدھا بوقت معين بل، جعل ذلك ساريا متى دعت الحاجة إليه في أي مرحلة من مراحل الحياة الزوجية¹، حيث وضع المشرع صيغتين على الاتفاق المالي بين الزوجين، فإما أن يكون الاتفاق في شكل شروط في عقد الزواج، أما الصيغة الثانية أن يكون الاتفاق في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج.

إن رغبة المشرع في تدعيم تماسك الأسرة، دفعته إلى تجاوز الروابط العاطفية بين الزوجين إلى تنظيم العلاقات المالية بينهما لتقوية الترابط الأسري تاركا لهما حرية اختيار العيش في ظل نظام الفصل في الأملاك أو في ظل نظام موازي يشتركان بموجبه في أملاكهما، وهذا النظام هو اختياري وليس إجباري ولا يمكن بأي حال من الأحوال لهذا النظام أن يمس بقواعد الإرث، كما لا يمكن للمهر أن يدخل في الأملاك المشتركة للزوجين، ويبقى خاصا بالزوجة، طبقا لأحكام المادة 14 من الأمر 02/05، كما لا يمكن الاتفاق على إسقاط النفقة.

إن لجوء المشرع إلى نظام الاشتراك المالي أملتته التطورات التي عرفها المجتمع الجزائري عموما والأسرة خصوصا فقد كانت الأسرة الجزائرية بسيطة في جانبها الاقتصادي، ولهذا لم تطرح إشكالية النظام المالي للزوجين، ولكن بعد خروج المرأة للتعليم ثم العمل والتوظيف، أصبح راتبها الشهري مصدر للمشاكل والتراعات الزوجية التي قد تنتهي بالطلاق في أغلب الحالات، بعد ما تكون قد ساهمت في تنمية أموال الأسرة خلال الفترة الزوجية، وتفاديا لهذه العواقب الوخيمة على المرأة ومن ثمة على الأسرة، نص المشرع الجزائري في المادة 02/37 على مبدأ التعاقد حول تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وهو السبيل الوحيد لإيجاد قانون عادل يحكم حياة الزوجين وينظم علاقتهما المالية ويكون شاهدا على حقوقهما وواجباتهما وقبولهما والالتزام بها، فمحتوى هذه المادة لا يضر حتى وإن رأى البعض أن بعضا من الدول الأوربية تعمل بنفس أحكام هذا

¹ زبيدة أقروفة النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة بجاية، الجزائر 2012، المجلد 05 الع. 01 ص57.

النظام المالي بين الزوجين، فليس في هذا ضرر ما لم يتعارض مع الشرع ولا مع النظام العام¹ ولقد سائر قانون الأسرة الجزائري الكثير من التشريعات العربية التي أخذت بنظام الاتفاق بين الزوجين على غرار مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة 49 فقرة 1 من المدونة على: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه لا يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها".

أما المشرع التونسي فقد سن قانونا خاصا لضبط وتنظيم نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وهو القانون رقم 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 من أجل تحسيس العازمين على الزواج وحتى المتزوجين بأهمية العلاقة المادية والمالية التي تنشأ بينهم، حيث نصت المادة 91 على: "نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، فهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة"، وبهذا جعل المشرع التونسي هذا النظام اختياري وليس إلزاميا، كما أن القانون التونسي على خلاف القانون الجزائري نطاق هذا النظام المالي بمعنى أنه حدد ما يمكن أن يدخل في هذا النطاق فاقصر على العقارات.

وتجدر الإشارة أنه في إطار تجريم كل أشكال العنف ضد المرأة، صدر القانون رقم 19/15 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، حيث عزز هذا القانون استقلالية الذمة المالية للمرأة، وهذا بحمايتها من أي اعتداء حيث نصت المادة 330 مكرر منه على أن: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ستة أشهر إلى سنتين كل من مارس أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

¹ عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 107.

لقد جاءت أحكام هذه المادة لحماية المرأة من الجانب الاقتصادي من خلال تكريس استقلاليتها الاقتصادية وتجرّيم من يحاول حرمانها من مواردها وممتلكاتها المالية والمادية، وهذا بالإكراه أو التخويف والتي يبقى تقديرها للقاضي الجزائري.

تنص هذه المادة على وضع حد للمتابعة الجزائية، في حالة صفح الزوجة وهذا مراعاة للأسس التي يقوم عليها عقد الزواج من مودة ورحمة وتضامن ونفقة وحماية للأسرة من التفكك. أما فيما يخص جزاء مخالفة الاتفاق على الأموال المشتركة فلم تنص المادة 37 ق.أ على جزاء مخالفة بنود الاتفاق حول الاشتراك المالي بين الزوجين، لكن بالرجوع إلى المادة 53 ق.أ والتي تنص على حالات التطلاق ومن بينها حق المرأة في طلب التطلاق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج وقد يكون شرط الاشتراك المالي من ضمن الشروط المسجلة في عقد الزواج.

والقانون لا يعتمد على مبدأ مساءلة الزوج عند عدم الوفاء بالشروط الملحقة بعقد الزواج، بل رتب على ذلك حق المرأة في طلب التطلاق¹، وهذا يشكل إجحافاً في حق المرأة إذ أن التطلاق يؤدي إلى أن تخسر المرأة أسرتها وتفقد زوجها، فضلاً عن خسارة أموالها التي اشتركت بها مع زوجها.²

هنا كان على المشرع أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ والإجبار، أولاً تطبيقاً للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين، ثم يكون الحق في طلب التطلاق في آخر المطاف.³

أما في حالة ما إذا كان الاتفاق على الأموال المشتركة بعد الزواج، فقد اشترط المشرع أن يكون في عقد رسمي، يبرم عند الموثق، يحرر فيه الشروط التي يتقدم بها الزوج أو الزوجة سواء كانت شروطاً عامة أدبية أو مالية، كأقسام الأرباح ومساهمة الزوجة لجزء من أموالها في تحمل

¹ لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 62.

² عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 438.

³ بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 137-141.

الأعباء الزوجية وغيرها إقراراً لحرية الاضطرار بين الزوجين¹، وهذا العقد الرسمي الذي أبرم أثناء الرابطة الزوجية، هو عقد مستقل عن عقد الزواج، ومثل هذا العقد الرسمي يخضع للقواعد العامة في القانون المدني، على اعتبار أن هذا العقد المالي مستقل عن عقد الزواج، وهنا يمكن للزوجة في حالة إخلال الزوج بالتزاماته الموجودة في بنود هذا العقد، أن تطلب التنفيذ العيني لما التزم به الزوج طبقاً للمادة 164 ق.م.ج والتي تنص على أنه: "يجبر المدين بعد اعداره وطبق للمادتين 181/180 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً" ويعتبر في هذه الحالة، الزوج مدنياً للزوجة، ويمكن للزوجة المطالبة بالتعويض إذا كان تنفيذ الاتفاق حول الأموال المشتركة لم يعد ممكناً وهذا طبقاً للمادة 176 ق.م.ج التي تنص على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ، نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه". إلا أنه تنعدم أي إشارة في قانون الأسرة إلى وجوب العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني بشأن الأموال المشتركة بين الزوجين، في عدم وجود اتفاق.²

ثالثاً: تقييم النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص قانون الأسرة في المادة 37 بنظام فصل الأموال، أي استقلالية الذمة المالية كقاعدة والاشترار المالي كاستثناء على هذه القاعدة، فإذا كان فصل الأموال يحفظ للمرأة حقوقها المالية ويعزز استقلالها ويمكنها من حريتها في استثمار أموالها لحسابها الخاص عن طريق جميع المعاملات المالية المشروعة، دون أن يكون لزوجها الحق في التدخل بمنعها أو تقييد حريتها بأي نوع من أنواع التقييد، وهي بذلك غير مطالبة بالإنفاق على نفسها ولا على أولادها من مالها إلا برضاها فإن نظام الاضترار المالي، يعتبر أحد الوسائل الوقائية لتوخي التزاعات الأسرية أو على الأقل الحد منها على اعتبار أن دوره لا يقتصر على الفصل في ملكية الأموال بعد حدوث الطلاق، بل إن أثره

¹ زبيدة اقروفة، المرجع السابق، ص58.

² عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص440.

يبدأ بالسريان منذ لحظة إبرامه لتنظيم كل الأمور ذات الطابع المالي التي قد تكون محل جدال أثناء قيام الرابطة الزوجية، فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين ودرء المفسد عنهم، إلا أن كلا النظامين (الانفصال والاشتراف) يتميزون ببعض النقائص، فبالنسبة لاستقلال الذمة المالية بالمفهوم المطلق، أنه ليس نظاما ماليا بالمعنى الصحيح للكلمة فهو على العكس دليل على عدم وجود أي نظام مالي داخل الأسرة، حيث يظل الزوج والزوجة كما كانا قبل زواجهما، كل واحد مستقل بأمواله.¹ فهو يوحد الأجسام دون توحيد الأموال ويتعارض مع روح التضامن من الذي يجب أن يسود داخل الأسرة.

كما أن مبدأ فصل الأموال لا يخدم مصالح المرأة التي لا تتوفر على دخل خاص بها، خاصة وأن أغلب النساء في الجزائر لا يتوفرن على وظيفة أو عمل مأجور، فمصادر الكسب بالنسبة للمرأة الجزائرية لا زالت قليلة نسبيا.

نلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم استقلالية ملكية كل من الزوجين لأمواله الخاصة به تاركا الأمر إلى الأحكام العامة وإلى قواعد الفقه الإسلامي، وكان يستوجب عليه توضيح ذلك.

كما أن اكتفاء المشرع بمادة وحيدة تنظم العلاقات المالية للزوجين، يعتبر نقصا، والنص في حد ذاته تعترية بعض النقائص، فلم يبين كيفية حل النزاع بشأن الأموال المشتركة بين الزوجين، واكتفاء المشرع بالمادة 73 التي تفصل في النزاع في متاع البيت في حين أن الكثير من الأموال المشتركة لا تمثل متاعا للبيت.

وهنا كان على المشرع النص على ضرورة الاشتراك المالي وللزوجين الحق في اختيار أحد صور الاشتراك المالي.

¹ المسعودي العياشي، نظام فصل الأموال في الزواج بين وهم القانون ووزن الواقع، مجلة الاقتصاد و المجتمع، ع.4، 1988، ص.43.

المبحث الثاني

حق المرأة في النفقة والميراث

يترتب على عقد الزواج آثارا مالية أثناء قيام الرابطة الزوجية، لعل أهمها حق النفقة الذي يعتبر من الحقوق الثابتة للمرأة على زوجها، وهذا الحق تبناه المشرع الجزائري في قانون الأسرة (المطلب الأول)، وللمرأة الحق في الميراث مهما كان وضعها سواء زوجة أو أم أو أخت أو بنت وفقا لأنظمة محددة طبقا للشريعة الإسلامية والتي أخذ بها المشرع الجزائري، مما عرض قانون الأسرة في هذه المسألة للانتقادات التقارير الدولية (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

حق الزوجة في النفقة.

تناولت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، حقوق المرأة ومسؤولياتها في أثناء الزواج بما تشمله من حقوق مالية مترتبة على عقد الزواج ضمن الإطار العام الذي يحكم أحكامها كافة، وهو حظر التمييز ضد المرأة وتسويتها مع الرجل، في الحقوق والمسؤوليات، فنصت في المادة رقم 1/16 على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وتضمن بوجه خاص تساوي الرجل والمرأة مع نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج، والمساواة التي تعنيها الاتفاقية، التماثل في الحقوق والمسؤوليات بين الرجل والمرأة في الأمور كافة بما فيها الأمور المالية في أثناء الزواج وما يشمله من نفقات.

وعليه، فإن هذا التطابق والتماثل في الحقوق والمسؤوليات في الأمور المالية المتعلقة بالزواج، كتجهيز سكن الزوجية والنفقة أثناء قيام الرابطة الزوجية وغيرها على نحو ما تريده الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، يقتضي التماثل والتطابق في أدوار كليهما،

سواء في تجهيز مسكن الزوجية أم الإنفاق في أثناء الزواج أم غيرها من الأمور، ويتعارض مع هذا التماثل والتطابق إقرار حقوق لأحد الزوجين وإلغاء مسؤولياتها على الطرف الآخر.

فبالنسبة للاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإن حقوق المرأة في الاستحقاقات الأسرية تماثل نفس الحقوق المقررة للرجل في هذا المجال، فهي تتولى الإنفاق على الأسرة شأنها شأن الرجل ولها تبعاً لذلك ما يعينها على متطلبات الحياة بالنسبة لها، ولأولادها كالرجل تماماً ويترتب على ما سبق أن إعالة الأسرة والإنفاق عليها مسؤولية مشتركة، بين الزوج والزوجة، لا يختص أحدهما بهذا الواجب دون الآخر، فكلاهما ينفق على الأسرة ويستفيد من إنفاق غيره في حدود المواد المتاحة.¹

الفرع الأول:

النفقة في الشريعة الإسلامية.

إن النفقة الزوجية هي ما يصرفه الرجل على أهله (امراته) لتوفير ما تحتاج إليه عادة لإقامة أودها، وسد عوزها بالمعروف² وهي واجب من واجبات الزوج على زوجته وحق الزوجة على زوجها، وهي واجبة لكل زوجة فقيرة كانت أو غنية، مسلمة كانت أو كاتبية، لأنها حكم من أحكام العقد الصحيح، ويسري على كل زوجة وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع.

1- أدلة وجوب النفقة:

- من الكتاب فقد ثبتت النفقة الزوجية من خلال قوله تعالى: ﴿.. وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..﴾³ أي على الوالد رزق الزوجة وكسوتها، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ

¹ جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص296.

² عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص186.

³ سورة البقرة: 233.

فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...¹ والآية هنا تأمر الأزواج بإسكان الزوجات المطلقات، في أثناء العدة على قدر ما يجده كل واحد منهم من السعة والمقدرة، والأمر بالإسكان هو أمر بالإنفاق وإذا كان إسكان المطلقات والإنفاق عليهن واجبا، فإن إسكان الزوجة والإنفاق عليها واجب بطريق أولى.²

أما في قوله تعالى: ﴿.. وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ..﴾ فهو نهي على الإضرار في الإنفاق على الزوجات حتى لا يخرجن للتكسب، وقال سبحانه وتعالى كذلك: ﴿لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا...﴾³، وهذه الآية دليل على وجوب النفقة على كل زوج لزوجته على قدر، ماله غنى وفقرا.

والآيات الثلاث تحمل طابع الأمر والوجوب وهي تخاطب الأزواج الذين يجب عليهم ينفقوا على زوجاتهم.⁴

– أما ما ثبت في النفقة في السنة والشريعة، ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري، قال "أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: ما تقول في نساءنا؟ قال صلى الله عليه وسلم: (أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون)، وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها: (أن هنداً زوجة أبو سفيان قالت يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).

ولولم تكن النفقة واجبة شرعا للزوجة على زوجها، لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هنداً، بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف بدون علم منه، إذ القاعدة الشرعية والقانونية، تقضي بأن لا يجوز أخذ أموال الناس بدون وجه حق وإلا كنا أمام سرقة أو غصب.

¹ سورة الطلاق: 06.

² الشرمباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية- مصر، 2001، ص202.

³ سورة الطلاق: 07.

⁴ محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص443.

ومن السنة كذلك قوله صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع: { اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن ألا يطنأن فرشكم أحدا تكرهونه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف }¹، وهذا الحديث يدل على وجوب نفقة الزوجة وكسوتها على زوجها.

- النفقة في إجماع علماء الأمة: لقد أجمع علماء الأمة باختلاف مذاهبها، وفي كل العصور، على وجوب نفقة الزوج على زوجته متى وجد سببها واستجمعت شروطها.

- أمّا من المعقول: إن المرأة محبوسة بحبس النكاح، حقاً للزوج، ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، وكانت كفايتها عليه، فهي لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب وهي ممنوعة منه لحق الزوج، وتستوجب عليه الكفاية في ماله، كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين، استوجب كفايته في ما لهم. ولوجوب النفقة للزوجة على زوجها شروط معينة، والنفقة مقدرة شرعاً بكفاية الزوجة من الطعام واللباس والسكن على قدر حال الزوج يساراً وإعساراً، والزوجة قد تصل إلى نفقتها بما يحضره الزوج فعلاً من الطعام واللباس وكافة لوازم النفقة الأخرى، وهذا هو الأصل في قيام الزوج بواجب الإنفاق على زوجته.

ونفقة الزوجة وإن كانت واجبة شرعاً على الزوج، إلا أن الشرع قد أحاطها بسياح من الآداب و الفضائل التي تجعل منها عبادة يؤجر الزوج على أدائها وتغريه بالحرص على القيام بها دون تردد أو تقصير، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: { إن المسلم إذا أنفق على أهله نفقة، وهو يحتسبها، كانت له صدقة }².

2- شروط وجوب النفقة في الشريعة الإسلامية: تجب النفقة بشرطين:

- الأول: وجود العقد الصحيح، أما العقد الفاسد فلا يوجب النفقة.

¹ جزء من حديث طويل، أخرجه مسلم-صحيح مسلم-كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه و سلم 574، رقم الحديث 1218.

² عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 190.

- الثاني: إذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج، على الوجه الواجب عليها أو إذا استعدت إلى ذلك لأن القاعدة في النفقة أن من حبس نفسه عن طلب الرزق لمنفعة غيره، وجبت عليه نفقته عليه، فالقاضي والوالي والمفتي تجب نفقتهم على الدولة، لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعتهم، والزوجة حبست نفسها للقيام بمصالح الزوج ورعاية بيته وأولاده، فلزمت نفقتها عليه. وكذا لو استعدت الزوجة إلى تسليم نفسها للزوج والانتقال إليه، وجبت نفقتها عليه سواء انتقلت إلى بيته أم لم تنتقل، لأن المانع من الانتقال لم يكن بسبب منها، وبه قال الأحناف في الأصح عندهم.

وذهب الحنابلة وغيرهم إلى عدم وجوب النفقة، قبل أن تسلم نفسها إليه¹. أما إذا لم يتحقق الاحتباس ولا الاستعداد له، فلا نفقة لها وذهب أهل العلم إلى أن المرأة إذا فوتت على الرجل الاحتباس على الوجه الواجب عليها، فلا نفقة لها وتعد ناشز، ولا نفقة لها، وكذا لو أقامت في البيت ولم تقم بتسليم نفسها لغير عذر فلا نفقة لها².

3- امتناع الزوج عن النفقة:

إذا قامت المرأة بتسليم نفسها للزوج على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجاتها من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن، فإذا امتنع الزوج عن النفقة بعد وجوبها، فإن كان موسرا وقدّرت على أخذ كفايتها منه، جاز لها ذلك ولو بدون علمه، لأن ذلك حقها وقد ظلمها إياه ودليله حديث هند زوجة أبو سفيان وقد ذكر سابقا، وأما إن كان الزوج معسرا، فقد اختلفت نظرة الفقهاء، فذهب الجمهور إلى أن المرأة مخيرة، بين الصبر عليه وبين فراقه.

¹ المغني(7/564) شرح فتح القدير(193-4/194) حاشية الدسوقي (2/508) مغني المحتاج(5/165) البحر الرائق (189-4/194) مقتبس من كتاب أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب للدكتور سالم بن عبد الغني الراجعي ص478.

² الروضة (9/59)، مغني المحتاج(5/168)، شرح فتح القدير(4/196)، حاشية الدسوقي(2/508)، البحر الرائق (194-4195)، الدكتور سالم بن عبد الغني الراجعي، المرجع السابق ص478.

روى في ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة، له قال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور.

وذهب الأحناف إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن تأمر بالاستدانة على حسابه.¹
واستدل الجمهور لمذهبهم لقوله تعالى: ﴿.. فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..﴾²،
ومن عجز عن نفقة امرأته لم يكن ممسكا بالمعروف، فوجب التسريح بإحسان.

وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة: (ابدأ بمن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله، قال: امرأتك ممن تعول، تقول: أطعمني وإلا فارقني).³

وسأل أبو الزناد سعيد ابن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال يفرق بينهما، قال أبو الزناد وقتل سنة؟ قال سعيد: سنة.

قال ابن المنذر: ثبت أن عمر ابن الخطاب، كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا يعدوا بنفقة ما مضى.⁴

واستدل الأحناف لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁵.

ولأنه كان في الصحابة المعسرون، لم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم، قضى بالتفريق بين رجل وامرأته لإعسار.

¹ البحر الرائق (200/4)؛ حاشية الدسوقي (518/2)؛ شرح فتح القدير (201/4)؛ المغني (573/7)؛ مغني المحتاج (176/5)؛ الروضة (72/9)، مقتبس من كتاب أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، للدكتور سالم بن عبد الغني الراجعي ص478-479.

² سورة البقرة: 229.

³ أخرجه أحمد (2/527)

⁴ سالم عبد الغني الراجعي، المرجع السابق ص 479.

⁵ سورة الطلاق: 7.

4- مشمولات النفقة وتقديرها:

- مقدار النفقة: ذهب جمهور العلماء إلى أن نفقة الزوجة غير مقدرة بنفسها، بل بالكفاية، وقال الشافعي: هـ ي مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المعسر مدين.¹

واحتج بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ...﴾²، أي قدر سعته، فدل أنها مقدرة، ولأنه الإطعام واجب، فيجب أن يكون مقداراً كالطعام في الكفارات.

واحتج الجمهور بقوله تعالى: ﴿.. وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..﴾³، فالآية قيدت النفقة بالمعروف ولم تقدر حداً معيناً، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، فدل هذا الحديث أن النفقة مقدرة بالكفاية على ما تعارف عليه الناس.

وقول الجمهور هو الصواب في هذه المسألة لظهور دليله، وسبق أن بينا أن المسألة التي لم يرد الشرع بتقديرها، لا تقطع فيها بتقدير، بل يعمل فيها بالاجتهاد بما يلاءم حال الزوجين، وقد يتغير الاجتهاد فيها من عصر إلى عصر على حسب ما تقتضيه ظروف كل عصر وحاجياته، فالقطع فيها بأمر واحد لجميع الأزمان يخالف مرونة المقصودة من الشارع في مثل هذه الأحكام والتي تختلف دائماً باختلاف البيانات، ولو كان تعيين المقدار فيها مطلوباً للشارع، لحد فيه حداً يتوقف عنده كما فعل في مسائل أخرى، فلما أطلق دل أن التحديد غير مطلوب. إلا أن الشارع في مثل هذه المسائل لا يترك الأمور مطلقة من غير قيد، فتفضي إلى تفاوت كبير في التقدي بين المجتهدين، بل يقيدتها بقيود تقرب التفاوت، كما قيد النفقة بالكفاية المعروفة بين الناس، فإن لم يأت قيد رجع بتقديرها إلى عرف الناس.

وأما الآية التي احتج بها الشافعي، فليس فيها تقدير بحد بل غاية ما فيها أمر الموسر أن ينفق على قدر سعته، دون تحديد لهذا القدر بوزن معين، ومن قيده بمدين فعليه الدليل.

¹ البدائع (4/23)، البحر الرائق (4/188)، المغني (564-565/7)، مغني المحتاج (5/152)، الروضة (7/40).

² سورة الطلاق: 7.

³ سورة البقرة: 233.

وأما قوله - رحمه الله - بأنها إطعام واجب فيجب تقديرها قياساً على الإطعام في الكفارات، فالجواب عنه: أن التقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة، بل لكونها عبادة محضة، ووجوبها على وجه الصدقة كالزكاة، فكانت مقدرة بحد معين كالزكاة، وأما نفقة الزوجية فليس وجوبها على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتقدر بما كنفقة الأقارب.

- نفقة الكسوة: وتجب نفقة الكسوة على الزوج أيضاً بإجماع أهل العلم، لما ذكرنا من الأدلة في وجوب النفقة، وهي معتبرة بقدر كفاية الزوجة وليس لها مقدار معين عند العلماء، ووافق أصحاب الشافعي على هذا.¹ ويرجع في تقديرها إلى اجتهاد القاضي، فيفرض لها قدر كفايتها على ما تعارف عليه الناس في بلدها، مراعيًا يسر الزوج وإعساره كالحال في المتعة ونفقة الطعام.

- المسكن: ويجب عليه المسكن بدليل قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾² وهذه وردت في حق المطلقات أثناء عدتهن، وإذا وجبت السكنى للمطلقة، فوجوبها للتي لا تزال في الحياة الزوجية أولى، ويراعى في المسكن يسر الزوج وإعساره، لقوله تعالى: ﴿مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ فيسكنها في بيت يناسب وضعها المادي ويليق بحالها وليس للزوج أن يشرك غير زوجته في المسكن، لأنها تضرر بها، إذ يمنعها ذلك من الاستمتاع بالمعاشرة مع زوجها ويقيد حريتها، إلا إذا رضيت بذلك.

- الخادم: إذا كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوي الأقدار أو مريضة، وجب لها خادم، لأنه مما تحتاج إليه في الدوام فأشبهه النفقة.³ ويجب أن يكون الخادم ممن يحل له النظر إليها، إما امرأة أو ذو رحم محرم لها، لأن الخادم يلزم المخدوم في أغلب أحواله فلا يسلم من النظر والخلو.

¹ المغني(7/568)، الروضة(7/47)، مغني المحتاج (5/157).

² سورة الطلاق: 6.

³ مغني المحتاج(5/161)؛ الروضة(7/44)؛ البحر الرائق(4/199)؛ شرح فتح القدير(4/199)؛ المغني(7/569).

5- الحكمة من كون النفقة الزوجية على الزوج:

تعتبر النفقة الزوجية من الحقوق المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية للزوجة، وهي واجب على عاتق الزوج، ولقد انتقدت الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، حيث يعتقد الكثيرون من الناس أن جلوس المرأة في البيت، تعطيل لنصف المجتمع كما تشعر بعض النساء بالإهانة والنقص عندما يتلقين مصروفهن من أزواجهن، وكأنهن عالة على الأزواج مقعدات عن العمل، وهناك من رد على هذا النقد، فاعتبر أن إيجاب النفقة على الزوج يرجع إلى عدة أمور منها:

أولاً: الاختلاف في الوظيفة- حيث اقتضت سنة الله سبحانه وتعالى- أن تكون وظيفة المرأة مغايرة لوظيفة الرجل، فوظيفتها الأصلية في الحياة: العناية بالبيت وتربية الأولاد وإكثار النسل، وهي فوق كل هذا سكن للرجل، تخفف عنه آلامه وتسري عنه همومه وتشد من أزره وتقوم بما يحتاج إليه، لذلك اقتضت الحكمة الإلهية والعدالة الربانية أن يتكفل الرجل بالأعباء المالية للحياة الزوجية "النفقة الزوجية" فيكفيها مشقة السعي لكسب الرزق، ويمدها بالمال الذي تحتاج إليه في حياتها اليومية من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن، بما يسد حاجتها وبما يمكنها من التفرغ لأداء وظيفتها التي خلقت من أجلها.

فإن الله سبحانه وتعالى هيأ للرجل ظروفًا في الكسب، والابتكار في شؤون الحياة، لم تنهياً مثلها للمرأة، لأن الإسلام جعل البيت مكان المرأة الأساسي دون أن يسلبها حقوقها المقيدة برباط الشرع¹ والنفقة الزوجية رحمة للمرأة من مكابدة مشاق الحياة فوق مشاق البيت، فالمشاق التي يتحمّلها الرجل سعياً وراء اللقمة والملبس والمأوى جمّة، وهي في ازدياد بسبب التضخّم وغلاء المعيشة وتحوّل الكماليات إلى ضروريات لا يمكن الاستغناء عنها، ومن أجل أن تتفرّغ المرأة لأداء هذه الوظيفة ألزم الزوج بالإنفاق عليها، وكان وضع الزوجة في بيتها كوضع الموظف في شركته تعمل وتقبض أجراً، وما قال أحد إن الموظف عالة على الشركة التي يعمل بها، وكذلك الزوجة

¹ د. محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1414هـ-1993م.

ليست عالة على زوجها فهي تعمل في البيت مقابل السكن والطعام والشراب والمصروف الخاص.¹

ثانياً: احتباس المرأة لحق الزوج يقتضي عقد الزواج الصحيح أن تكون المرأة محبوسة لحق الزوج ولمصلحته ومصالحة أسرته، ومحرمّة على غيره، فنفتها واجبة عليه، وهذا ما اتفق عليه فقهاء الحنفية²، إذ القاعدة العامة تقول: "من كان محبوساً بحق الغير كانت نفقته عليه"³، فالزوجة محتبسة لحقوق زوجها وممنوعة عن الاكتساب بحقه، والقاضي محتبس للفصل في الخصومات التي تقع بين أفراد الأمة، ومن أجل ذلك كانت رواتب جميع المتفرغين للمصالح العامة - في عصر الإسلام - واجبة في بيت المال أي على الخزانة العامة للأمة، وإذا كان نفع حبس الزوجة عائداً إلى الزوج، فإن كفايتها عليه، لأن الغنم بالغرم والخراج بالضمان فلو لم تجب كفايتها عليه هلكت، ووجه منفعة الزوج في احتباس الزوجة الثابت بالنكاح عليها: هو استمتاعه بها وحده دون غيره على الوجه المشروع، وصيانتها عن الاشتباه والاختلاط، إذا هناك حقوق متبادلة ومنافع يبادل فيها كل من الزوجين الآخر، فالمرأة يستمتع بها الرجل، قال عز وجل: ﴿... فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾⁴ فاستحقت أن تأخذ أجرها على ما يكون منها من القيام بحق بعلمها في فراشه، ولذلك قالوا: إذا نشزت وامتنت من الفراش كان من حقه أن يمتنع من الإنفاق عليها، وقد نصّ بعض العلماء على أن من أسباب التفقة كونها فراشا للرجل، ولهذا كلفه أو جب الله عز وجل على الرجال الإنفاق على النساء والقيام بحقوقهنّ.

¹ ينظر، سنة التفاصيل، عابدة العظم، 224.

² ملاحظة: للفقهاء في أسباب النفقة الزوجية أقوال، فسببها عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية "هو تسليم الزوجة نفسها للزوج تسليماً كاملاً" تمكينه من الاستمتاع بها، بينما يرى الظاهرية أن سبب النفقة الزوجية تبدأ من حين عقد النكاح، وقد ذكر الحنفية التسليم باعتباره شرطاً لوجوب النفقة الزوجية وليس سبباً له، فسبب وجوبها عندهم هو استحقاق الحبس الثابت بالزواج الصحيح، بمعنى أنها محبوسة لحق الزوج مفرغة نفسها له، ينظر: المبسوط السرخسي 181/5؛ الفواكه الدواني، ابن مهنا النفراوي، 111/2؛ مغني المحتاج، الشريبي 426/3؛ المغني، ابن قدامة، 230/9؛ المحلى، ابن حزم 88/10.

³ ينظر: قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركي، دار النشر الصدف ببلشرز - كراتشي، ط1، 1407هـ-1986م.
⁴ سورة النساء: 24.

الفرع الثاني:

النفقة في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص قانون الأسرة 11/84 قبل التعديل على النفقة الزوجية وجعلها واجبا على عاتق الزوج تجاه زوجته، وحقا للزوجة تجاه زوجها وهذا طبقا للمادة 37 منه حيث كانت تنص على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته: "النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها...".

إلا أنه بعد التعديل خصّص المشرع المادة 37 للحدّث عن النظام المالي فنصّ على استقلالية الذمة المالية كقاعدة وعلى إمكانية الاشتراك المالي بين الزوجين دون أن يشير إلى واجب النفقة، غير أن هذا لا يعني أنه قد أعفى الزوج من واجب النفقة على زوجته لأنه قد نصّ بالتفصيل على ذلك في الفصل الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان النفقة من المادة 74 إلى المادة 80.

وبما أنّ النفقة الزوجية تعتبر من آثار الزواج، فمن البديهي أنّ النفقة لا تجب إلاّ بزواج صحيح شرعا، فإن كان باطلا أو فاسدا فلا نفقة للزوجة، وفي هذا الصدد نصّت المادة 74 من قانون الأسرة على أنّه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيّنة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، وعليه فإنّ بدأ تاريخ استحقاق النفقة يكون بمجرد الدخول بالمرأة أو دعوتها إليه أي منذ إنشاء العقد الصحيح، وهنا يبدو جليا تأثر المشرّع بالمذهب المالكي، فمحتوى نص المادة 74 ق.أ مأخوذ في جوهره من قول الإمام مالك رضي الله عنه: (لا تجب النفقة على الزوج حتّى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممّن توطأ وهو بالغ).¹ فالعقد الصحيح يرتب آثاره في الحال، وبهذا فإنّ النفقة الزوجية لا تتحقق إلاّ من وقت الدخول بها أو بالدعوة إليه من طرفها سواء دخل الزوج أو رفض الدخول، يشترط فقط أن تكون الزوجة صالحة للدخول، من خلال ما سبق نستخلص أنّه لاستحقاق النفقة اشترط المشرع شروطا تتمثل في:

¹ أشار إليه ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد، الجزء الثاني، م.س، مقتبس عن: محمد الكشور، المرجع السابق، ص 41.

- الدخول بالزوجة أي الخلوة الصحيحة بالزوجة سواء تمت المخالطة الجنسية، فعلا أم لم تتم، فإذا لم يتم الاتصال بسبب الضعف الجنسي للزوج فالزوجة تستحق النفقة، أما إذا لم تتم العلاقة بسبب رفض الزوجة للزوج ومقاومتها له، فهذا يعتبر نشوزا منها وبالتالي لا تستحق النفقة، وتسقط نفقتها كذلك لو امتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوج بعد العقد الصحيح، ففي هذه الحالة تعتبر المرأة ناشزا.

- كما تكون الزوجة في حالة نشوز، عند رفضها الانتقال إلى بيت الزوجية أو استعدادها للانتقال¹ إليه ولا يثبت هذا النشوز إلاّ بحكم قضائي.

- أن تكون المرأة ممن يمكن الدخول بها، وهذا بأن تكون صالحة لتحقيق الأغراض الزوجية وواجباتها، وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري، أخذ بمثل ما ذهب إليه المشرع المغربي والتونسي، حيث نصّت المادة 174 من مدونة الأسرة المغربية، على أنّه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء وكذا إذا دعت له للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها". كما جاء في الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنّه: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدة عدتها"، وهذا الاتجاه التشريعي يعكس تأثرا واضحا بأحكام الشريعة الإسلامية، إذ لا خلاف بين الفقهاء في أنّ نفقة الزوجة واجبة شرعا على زوجها.²

أولاً: مشتملات النفقة في قانون الأسرة:

تنص المادة 87 ق.أ على ما يلي: "تشمل النفقة الغذاء، الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". استنادا إلى هذه المادة، فإنّ نفقة الزوجة في قانون الأسرة تشمل ما يلي:

- الغذاء أي الطعام والشراب.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 439.

² بوخاتم أسية، المرجع السابق، ص 163.

- العلاج بالقدر المعروف.
- اللباس والكسوة.
- المسكن الصالح أو أجرته على حسب يسار الزوج.
- الضروريات في العرف والعادة.

والظاهر أنّ مشتملات النفقة في هذا النص قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أنّ المشرع ذاته قد قرّر أنّه يمكن أن يضاف إليها ما يعتبر من الضروريات في عرف الناس وعاداتهم.

تعتبر هذه المادة من أدق وأحسن المواد صياغة في قانون الأسرة، فالمشرع لم يكتف بذكر أصناف معيّنة تصرف فيها النفقة الزوجية، بل ذكر كالمعتاد والمشهور بين الناس كالغذاء واللباس، ثمّ أتبع ذلك بعبارة "وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف" وهي تقيّد إمكانية إدخال أيّ مستجد في الحياة كون أنّ متطلبات الحياة تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر.¹

إنّ المشرع من خلال المادة 78 المذكورة آنفاً، ربّب أصناف النفقة على حسب أهميتها، فذكر الغذاء ثمّ الكسوة ثمّ العلاج ثمّ السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ويبدو جلياً وواضحاً أثر الشريعة الإسلامية على محتوى ومضمون هذه المادة، تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾²، فيجب على الزوج أن يتولّى الإنفاق على زوجته وكسوتها، بمعنى أن يقدم لها أصنافاً من الطعام وكلّ ما تحتاجه حسب قدرته، فإذا وفر لها ما تحتاج إليه من طعام وثياب حسب حالته المالية والاجتماعية، أو حسب حالتها معاً وجب على الزوجة قبولها، أمّا إذا امتنع كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي

¹ عيساوي عبد التّور، المرجع السابق، ص 319.

² سورة البقرة: 233.

ليزومه بالإنفاق، وله أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بإحضارها ويقدر لها مقداراً من النقود لتشتري به ما تحتاج إليه، وهو أيسر وأضبط، كما يجب على الزوج كسوة زوجته.¹

وأضاف المشرع الجزائري العلاج إلى النفقة فصار حقاً للزوجة على زوجها، ورُتبت المادة 78 العلاج في المرتبة الثالثة بعد الغذاء والكسوة، فساير المشرع متطلبات العصر الحالي وازدياد الحاجة إلى العلاج الذي لم يعد يقتصر على محاربة المرض الذي يصيب الشخص، وإنما يمتد إلى الرعاية الطبية في حالة الحمل أو بعده وعند عدم وجوده، إضافة لمكافحة الأمراض التي قد تصاب بها المرأة، لأن ضرورة العلاج تكون أحياناً أكثر من ضرورة الطعام والشراب²، والعلاج يكون هنا بالمعروف أي المصاريف العادية البسيطة أما المصاريف المرتفعة والباهظة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية عند الاقتضاء فإنها تشكل مصاريف مستقلة ولا علاقة لها بالنفقة، كما نصت المادة 78 ق.أ على السكن أو أجرته وجعلته من مشمولات النفقة، ويبقى واجب توفير المسكن سواء كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضنة³، وتجدر الإشارة هنا، أن المشرع أخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية بخصوص حق المرأة في السكن، فالشريعة الإسلامية تعطي الحق للمرأة في أن يكون لها سكناً لائقاً بما إما يملك أو كراء، أو إعارة وفقاً لقوله سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ...﴾⁴. ويكون المسكن والكسوة على قدر يسار الزوج أو إعساره، ويجب أن يتوفر في المسكن الأوصاف التالية:

- أن يكون مشتملاً على كل ما يلزم السكن من أثاث وفرش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة و يراعى في ذلك حالة الزوج المالية من يسر وعسر ووضع الاجتماعى⁵.

¹ محمد خدر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الاسمية، دراسة مقارنة، دار اليزوري، الأردن- عمان، 2010، ص57.

² فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 177.

³ GHOUTI BENMELHA , Le droit Algérien de la famille, office de publication universitaire , Alger, 1993, p219.

⁴ سورة الطلاق: 6.

⁵ انظر، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 257.

- وأن يكون خاص مع الزوجين دون غيرهما، أمّا إذا كانا يشغلان سكن مع الغير حتّى وإن كان مع أحد الأقارب فإنّه لا يعتبر سكنا شرعيّاً، إذ لم تتحقق الحرية الكاملة للزوجة.
- أن يكون المسكن مأموناً، وإلاّ فلا يعدّ مسكناً على الإطلاق، بل أنّ مظاهر الأمن أن يكون بين جيران صالحين حتّى تكون الزوجة فيه آمنة على نفسها ومالها¹.
- رغم أنّ الشريعة الإسلامية أقرّت بحق المرأة في السكن المنفرد، وفقاً للمعايير المذكورة أعلاه، إلاّ أنّه وأمام أزمة السكن الحادّة في المجتمع، قرّر الفقه الجزائري بأنّ الزوج قد وفّر للزوجة السكن، إن استطاع أن يوفّر لها غرفة مع مرافقها الضرورية، في شقّة مع أهله².
- ومن خلال ما سبق نستخلص أنّ المشرّع، رغم ما أدخله من تعديلات على قانون الأسرة، إلاّ أنّه أبقى على مشتملات النفقة كما كانت عليه في القانون قبل التعديل.

ثانياً: آثار الامتناع عن النفقة في قانون الأسرة:

تعتبر النفقة واجب على الزوج اتجاه زوجته شرعاً وقانوناً، إلاّ أنّ بعض الأزواج لا يقومون بتنفيذ هذا الالتزام الملقى على عاتقهم، ولهذا أحاط المشرّع النفقة الزوجية، بحماية في قانون الأسرة، وقانون العقوبات، حيث أعطى قانون الأسرة الحق للمرأة بطلب التطلق، بسبب عدم الإنفاق وكذلك قرّر قانون العقوبات جزاءات على الامتناع عن دفع النفقة.

1- طلب التطلق:

لقد نصّت المادة 53 ف1 ق.أ في أحكام التطلق لعدم الإنفاق بنصّها على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

¹ بلقاسم شتوان، حق الزوجة في السكن شرعاً وقانوناً، بمجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة 2003، الع. 05، ص72.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 460.

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون". من خلال هذه المادة، فإنه لا يمكن للمرأة أن تطلب التطليق، بسبب عدم الإنفاق إلا بتوفر الشروط التالية:

- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل أن تطالب فيها بالنفقة، وصدر الحكم من المحكمة بذلك، لكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم حيث نصّت المادة 1/53: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه..."، فإن كانت الدعوى لأوّل مرّة للمطالبة بالنفقة فإن القاضي يحكم لها ويعيدها إلى بيت الزوجية، إلا إذا ثبت الامتناع بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطليق فإن القاضي يستجيب لها.¹

- ألا تكون عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإذا كانت عالمة بحالته المالية يسقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضائها بحاله، ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج بكافة وسائل الإثبات، أمّا إذا استطاعت الزوجة أن تثبت تغير الزوج أثناء عقد الزواج بحيث تظاهر أنّه غني والحال أنّه فقير، أو أنّ عسره جاء بعد زواجهما وأنّه عمد وأصرّ على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال.²

- أن يكون الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه، هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخولاته وموارد رزقه، لأنّه لا يجوز أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات، يفوق دخل زوجها، وتعجزه عنها.³

تجدر الإشارة إلى أنّ قانون الأسرة الجزائري وإن نصّ على الإنفاق كسبب من الأسباب التي تمنح للزوجة طلب الحكم لها بالتطليق من زوجها، فإنه لم يفرق بين حالتين وهما حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وهو ما يسمى بالامتناع عمدا عن الإنفاق المقرر شرعا وقانونا،

¹ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 272.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276-277.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 256-257.

وحالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج جسدياً يقعده عن العمل من أجل كسب رزقه ورزق زوجته وأولاده، وهما حالتان يجب التفريق أو التمييز بينهما ويجب أن لا يكون حكمهما في القانون حكماً واحداً، كما أن قانون الأسرة لم يحدد مقدار النفقة التي إذا أسر الزوج بها وامتنع عنها فرق القاضي بينهما.¹

للتذكير فإنّ التطليق بسبب عدم الإنفاق، يجد سنده في الفقه الإسلامي فرغم الاختلاف الفقهي في هذه المسألة إلاّ أنّ المشرّع أخذ برأي الجمهور، إذ يرى الأئمة مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم جواز طلب الزوجة التفريق لعدم الإنفاق، وقد استدللّ بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾²، وقوله عزّ وجل: ﴿.. وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...﴾³. ووجه الاستدلال بالآية الأولى أنّ البقاء مع عدم الإنفاق إضرار وإمساك بغير معروف، وكان عليه حقاً أن يطلق زوجته، ووجه الاستدلال بالآية الثانية أنّ الله نهى الأزواج عن إمساك زوجاتهم للضرر بهنّ، لأنّ هذا الإمساك ضرر، حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها، فلا هو يحسن إليها بالإنفاق ولا هو يتركها، فالمعسر إذن حينما يمسك زوجته دون أن ينفق عليها ودون أن يطلقها، هو ضار بزوجه معتد عليها، والقرآن منعه من ذلك، فإنّ فعل فللقاضي رفع الظلم إذا ما اشتكت إليه الزوجة وذلك بأن يأمره بطلاقها، فإن لم يفعل طلقها القاضي.⁴

وبهذا أخذ المشرّع بالرأي القائل بجواز التطليق لعدم الإنفاق رغم أن هناك رأي فقهي مخالف يقول بعدم جواز التفريق عند امتناع الزوج عن الإنفاق إذا كان الزوج معسراً، وفي هذا السياق يرى الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه عدم التفريق عند امتناع الزوج عن الإنفاق، إذا كان الزوج

¹ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص 227.

² سورة البقرة: 229.

³ سورة البقرة: 231.

⁴ انظر، عبد الرّحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأحوال الشخصية العربية و الأجنبيّة ط02، دار الفكر، بيروت، 1968، ص 836.

معسرا واستدلّ لرأيه بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾¹، إلا أنّ هناك من يرى أنّ هذه الآية التي استدلّ بها الأحناف لا دلالة فيها، لأنّ محلّ النزاع في من أعسر ولم يجد ما ينفق على زوجته، والآية وردت في من ضيق عليه رزقه، فوجد ما ينفق ولكن على قلة، لذلك ورد في الآية فلينفق ممّا آتاه الله، والمعسر ليس له ما ينفق منه.²

وبناءً على ما سبق، حسم المشرّع في مسألة الامتناع عن النفقة المقرّرة شرعا وقانونا وأعطى للزوجة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية بسبب إخلال الزوج بالالتزام بالإففاق الواقع على عاتقه.

2- الآثار الجزائية المترتبة على الامتناع على الإففاق:

لقد جرّم قانون العقوبات الجزائري الامتناع على واجب دفع النفقة من طرف الزوج، وهذا حفاظا على حق ثابت شرعا وقانونا للمرأة، حيث نصّت المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري على: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 50.000.00 دج إلى 300.000.00 دج، كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن دفع المبالغ المقرّرة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقرّرة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعها، وذلك رغم صدور حكم ضده، وبإلزامه بدفع نفقة إليهم، ويفترض أنّ عدم الدّفع عمديّ ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أيّة حالة من الأحوال..."، وبهذا شدّد المشرّع الجزائري في توقيع العقاب بجعل الحد الأدنى 06 أشهر، والحدّ الأقصى ثلاث سنوات، فالزوج الممتنع عن دفع النفقة المستحقة للزوجة لمدة تفوق الشهرين يعدّ مرتكبا لجريمة الامتناع عن دفع النفقة، ويجب أن يعاقب بعقوبة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

¹ سورة الطلاق: 07.

² سالم ابن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص 480.

ولقيام جنحة الامتناع عن تسديد النفقة، وفقا لما جاء في المادة المذكورة أعلاه، فيجب توفر شروط تتمثل في ضرورة وجود أساس شرعي عائلي لأداء النفقة ووجود حكم قضائي يحكم بأداء النفقة لصالح الدائن، و ركن مادي يتمثل في الامتناع عمدا عن دفع النفقة، وعليه فإذا رفعت الزوجة دعوى، أمام المحكمة المختصة وكان الغرض منها إلزام المدعي عليه بالنفقة المستحقة قانونا، وحكمة المحكمة بإلزام المدعي عليه بالنفقة المطلوبة، وبلغ الحكم إلى المحكوم عليه وامتنع عن التنفيذ مدة أكثر من شهرين فإن من حق الشخص المحكوم له بالنفقة أي الزوجة أن توجه شكوى إلى وكيل الجمهورية مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم تكون قد حازت قوة القضية المقضية، وبمحضر الامتناع عن تنفيذ محرر العون المكلف بالتنفيذ، فإن المحكمة بعد أن تتحقق من توفر كل شروط المادة 331 ق.ع تحكم بإدانة المتهم بجنحة الامتناع عن تسديد النفقة، وتسلب عليه العقوبة المناسبة¹، تجدر الإشارة إلى أن المشرع جعل الاختصاص المحلي في الدعاوى الخاصة بالنفقة من اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة مستحق النفقة، وهو الدائن أي الزوجة.

كخلاصة على ما سبق ذكره بخصوص حق النفقة الزوجية، فإن المشرع الجزائري ذهب إلى عكس ما طالبت به الاتفاقيات الدولية من مساواة بين الزوجين، فأوجب نفقة الزوجة على زوجها، متأثرا بأحكام الفقه الإسلامي التي ترفض، التماثل والتطابق بين حقوق وواجبات الزوج، وحقوق وواجبات الزوجة المالية على عكس ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية لا سيما اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وفي ظل التطورات التي عرفتتها المجتمعات الإسلامية وخروج المرأة للتعليم والعمل، فالقول بالاحتباس أو الاستمتاع كسبب لوجوب النفقة لم يعد يستوي مع ما وصلت إليه المرأة في عصرنا الحاضر، فالرأي الذي يقول بوجوب النفقة نتيجة لاستمتاع الرجل بالمرأة يقوم على أساس نظرة سطحية، نفعية للأمور، نظرة تركز دونية المرأة، وتقصّر دورها في الحياة الزوجية على مجرد تلبية الرغبة الجنسية للزوج، رغم أن الاستمتاع الجنسي

¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائري 1996 ص109، 110.

لا يختص به الزوج وحده، ولكنّه مشترك بين الزوجين، وجعل النفقة في مقابل الاستمتاع يقلب عقد الزواج إلى عقد معاوضات ومبادلات وهو ليس كذلك¹، أمّا القول بالاحتباس كسب للإنفاق فهو كذلك لا يصمد أمام خروج المرأة للعمل وإثبات كفاءتها التي أصبحت تضاهي بها وتنافس الرجل في كافة المجالات، فهي اليوم مهندسة وطبيبة وأستاذة جامعية وممثلة للشعب في البرلمان... وبهذا أصبحت قادرة على الاستقلال بنفسها، نتيجة اقتحامها مجالات العمل والكسب.

في ظلّ هذه التطورات هل هناك إمكانية تجعل الزوجين يتحمّلان معا واجب الإنفاق على الأسرة، فتصبح الزوجة ذات الدخل ملزمة بذلك قانوناً؟ ألا يعتبر الاستمرار في إلزام الزوج وحده بالإنفاق نوعاً من اللامساواة؟

ومن بين الحقوق المالية المنصوص عليها في قانون الأسرة حق المرأة في الإرث.

المطلب الثاني:

حق المرأة في الميراث.

إنّ ميراث المرأة من المسائل التي أثارَت الكثير من الانتقادات بحجّة أنّ نظام الميراث في قانون الأسرة يعتبر إجحافاً في حق المرأة، على اعتبار أنّ حصّتها في الإرث أقلّ من الرجل، ولتسليط الضوء أكثر على هذه المسألة سيتمّ التطرّق إلى الإرث في الاتفاقيات الدولية (فرع 1)، ثمّ الإرث في الشريعة الإسلامية (فرع 2)، ومن ثمّ تنظيم قانون الأسرة للميراث (فرع 3).

الفرع الأوّل:

الميراث في الاتفاقيات الدولية.

لقد نصّت جميع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في جميع مناحي الحياة، لا سيما مساواتها مع الرجل في الحق في الزواج والحقوق الزوجية سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انقضاء الزواج، ومن بين هذه الحقوق حق الزوجة في ميراث زوجها بعد

¹ عبد الرّحمان العمراني، المرأة هل تساهم مع زوجها في التّفقة، منشورات الجمعية المغربية للتربية و رعاية الأسرة ص 158.

الوفاة، وفي هذا الشأن جاء في المادة السادسة (06) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967، "أنه تتمتع المرأة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الميراث" فينبغي من خلال هذه المادة أن ترث المرأة مثل ما يرث الرجل في حالة وفاة أحدهما.

كما أكد المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة في قراره رقم 884، "على الدول السهر على أن يكون للرجال والنساء في درجة القرابة نفسها مع الشخص المتوفى، الحق في حصص متساوية من الميراث وقسمة متساوية في ترتيب الورثة.

كما جاء في التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أنه:

- ينبغي لتقارير الدول الأطراف أن تتضمن تعليقات على الأحكام القانونية أو العرفية المتعلقة بقوانين الإرث من حيث تأثيرها على مركز المرأة كما هو منصوص على ذلك في الاتفاقية وفي قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 884 (د-34)، الذي يوصي فيه الدول بضمان أن يكون للرجل والمرأة الذين تجمعهما نفس الدرجة من القرابة بشخص متوفى الحق في الحصول على حصص متساوية في التركة، والحق في مرتبة متساوية في ترتيب الورثة، وهذه الأحكام لم تنفذ عموماً.

- وهناك العديد من البلدان التي تؤدي قوانينها وممارساتها المتعلقة بالإرث والممتلكات إلى تمييز خطير ضد المرأة، ونتيجة لهذه المعاملة غير المتكافئة يمكن أن تحصل الزوجة على حصص من ممتلكات الزوج أو الأب عند الوفاة، أصغر مما يحصل عليه الرجل من أملاك المتوفى وفي كثير من الأحيان لا تراعى في حقوق النساء الأرامل في الإرث، مبادئ المساواة في حيازة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج، وهذه الأحكام تخالف الاتفاقية ولا بد من إلغائها، وفي هذا السياق جاء في تقرير المقررة الخاصة حول العنف ضد المرأة في الجزائر التابعة للجنة القضاء على العنف ضد المرأة التابعة لمجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة سنة 2008 أن قانون الأسرة الجزائري يحتفظ بأحكام لها أثر مباشر وملمس على الحالة الاقتصادية والمكانة الاجتماعية للمرأة في الأسرة، وأبرز حكم في

هذا الصدد قانون الميراث القائم على تفسير القرآن وفقا للمذهب المالكي، وعليه لا تزال المرأة بدون مساواة في الإرث. ففي معظم الأسر تتلقى البنات نصف حظّ إخوانهن، وعلى البنات اللاتي لا إخوان لهن أن يقتسمن الميراث مع أقارب ذكور آخرين من جهة الأب. ولاحظت المقررة الخاصة أنه رغم التطورات التي عرفها قانون الأسرة الجزائري، إلا أن الكثير من النساء لا زالت يتعرضن للاضطهاد والتمييز داخل الأسرة ولا زال هذا القانون يتضمن أحكاما لا تخدم مصلحة المرأة ولا سيما فيما يتعلق بالميراث.

وعليه أوصت المقررة الخاصة، الحكومة الجزائرية بإصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التام، لمبدأ عدم التمييز على أساس نوع الجنس وكحدّ أدنى ينبغي على هذا الإصلاح أن يشمل بعض الأحكام و من بينها إلغاء جميع الأحكام التي تحرم المرأة من المساواة في الحصول على الميراث.

الفرع الثاني:

ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية.

إنّ الميراث اصطلاحاً حق قابل للتجزؤ ويثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها¹، ويعتبر نظام الميراث في الإسلام نظاماً اجتماعياً يعمل على تقوية الصّلات والروابط والتّماسك وروح التّعاون والتّكافل بين أفراد الأسرة وفي ذلك صلاح المجتمع، فجعل الإسلام الميراث لأقرب الناس للميت وهم أهله وعشيرته، لأنّه انتصر بهم في حياته وكثيراً ما يكون لهم دخل في تكوين ثروته، وبالتالي كان من الواجب أن ينتصر الورثة بماله بعد وفاته، وفي ذلك تعويض لهم عن فقدانه فكان الغنم بالغرم².

¹ ..ص5 عبد الوهاب الحياي ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، دار الحامد، عمّان-الأردن، ط1، 2008، ص41.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مقاصد الشريعة الإسلامية في نظام الميراث، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2014، ص121.

وقد أبطل الإسلام كل ما كان عليه العرب والعجم من حرمان النساء من التملك أو التضييق عليهن في التصرف بما يملكن، واستبداد أزواج المتزوجات منهن بأموالهن فأثبت لهن حق الملك بأنواعه والتصرف فيه بأنواعه المشروعة، فشرع الوصية والإرث لهن كالرجال، وزادهن ما فرض لهن، على الرجال من مهر الزوجية والنفقة على المرأة وأولادها وإن كانت غنية¹، يضمن حياة مصونة من مذلة العيش وهوان الفاقة²، وقد ثبتت مشروعية الميراث بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع.

أولاً: دليل مشروعية الميراث:

بالنظر إلا القرآن والسنة والإجماع، يتضح وجود أدلة عديدة في وجوب توريث المرأة.

أ- أدلة توريث المرأة في القرآن الكريم:

لقد تولى الشارع الحكيم تقسيم الموارث بكل أحكامها و تفاصيلها و حيثياتها، حيث قال سبحانه و تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ آبَاؤُهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ الْإِنَّمَا كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾³ و قال سبحانه و تعالى أيضا: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ

¹ محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2005، ص19.

² عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ط1، دار الفكر، دمشق، 2001.

³ سورة النساء: 11.

مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ¹ ، وقال الله عز وجل أيضا: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكِلَالَةِ إِنَّ امْرُؤَهُ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ² .

ب- الدليل من السنة:

روي عبد الله ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: {ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي لأولى رجل ذكر}³.

وعن جابر بن عبد الله قال: "جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا، وإن عمهما أخذ مالهما مالا، ولا تنكحان إلا ولهما مال، قال: (يقضي الله في ذلك)، فتزلت آية الميراث، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما، فقال: (أعط ابنتي سعد الثلثين وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك)⁴.

ج- الإجماع:

أجمع علماء الأمة على ثبوت بعض أحكام الميراث، إضافة إلى ما ثبت بالقرآن والسنة النبوية، وبخاصة في عهد الخلفاء الراشدين كالإجماع على الأخت لأب كالأخت الشقيقة عند عدمها،

¹ سورة النساء: 12.

² سورة النساء: 176.

³ أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب: ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي لأولى رجل ذكر 793، رقم الحديث 4032.

⁴ أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الفرائض عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، باب: ما جاء في الميراث البنات 472، رقم الحديث 2092، قال أبو عيسى، حديث حسن صحيح، وقال الألباني حديث حسن.

وجعل الأخ لأب كالأخ الشقيق عند عدمه، وجعل الابن كالابن عند عدمه، والجدّ إن لم يكن هناك أب وابن الأخ الشقيق كالأخ الشقيق عند عدمه.¹

من خلال ما سبق ذكره فإنّ الله تعالى تولى تحديد نصيب كل وارث بنصوص قطعية الدلالة تأكيداً على وجوب توريث النساء، ولم يترك الأمر لتقدير المتوفى و هذا يعبر عن نظرة الإسلام إلى علاقة الإنسان بالمال باعتباره خليفة الله في الأرض والمال أمانة لديه.

إنّ الله سبحانه وتعالى راعى في تقسيم الإرث، النفع و المصلحة، وهذه نصوص قطعية الدلالة لا يجوز الاجتهاد فيها، أمّا لو ترك الأمر للبشر فقد يعطون من لا يستحق ويمنعون من يستحق كما كان عليه الحال في الجاهلية و الأمم السّابقة، يمنع النساء و الصّغار الميراث.²

يوصي الله الوالدين بأولادهم، و ما أجهلها من وصيّة، فهو سبحانه أرحم بأولادنا منا، أي يأمر الله بالعدل في الأولاد، فإنّ الجاهلية كانوا يجعلون الميراث للذكور دون الإناث، فأمر تعالى بالتسوية بينهم في أصل الميراث.³

ثانياً: الحكمة من اختلاف نصيب الأنثى في الميراث عن الرّجل:

لقد كان عرب الجاهلية ينظرون إلى المرأة نظرة احتقار و تشاؤم، فإذا ولدت للرّجل أنثى نظر في أمرها، إمّا يؤدها أو يدعها تعيش بين أفراد العائلة حتى إذا كبرت جعلها ترعى الإبل والغنم في البادية والصّحراء، وبعد أن جاءت الشريعة الإسلامية حرّمت وأد البنات بقول الله تعالى: ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾⁴.

¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السّابق، ص 342.

² انظر، قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية و القوانين المقارنة، ط01، دار الحامد، الأردن، 2008، ص45.

³ انظر عبد الحميد محمود طهار، حقوق الإنسان في سورة النساء، ط01، دار القلم و الدار الشامية، دمشق، 1993، ص26.

⁴ سورة الأنعام: 140.

وأعطى المرأة نصيباً من الميراث، سواء كان الميراث المتروك قليلاً أو كثيراً، فهذه قاعدة سيئة كانت متمكنة من عرب الجاهلية، و جعل القاعدة الأساس للتوريث هي القرابة و الزوجية، فالقريب سواء أكان ذكراً أم أنثى لهنّ نصيب مفروض من تركته قريبه المتوفى¹، لقول الله تعالى:

﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾²، وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾³.

فهاتين الآيتين رفعتا الظلم على المرأة و ردّت إليها حقوقها في الميراث حيث أوجب الإسلام توريث النساء و الرجال و لم يفرّق بين صغير و كبير و لا بين ذكر و أنثى، بل جعل لكل واحد نصيب في الميراث سواء قلّ الإرث أم كثر و سواء رضى المورث أو لم يرضى، فردّ للمرأة اعتبارها في الميراث و قضى على الظلم و الجور في شأنها.⁴

إلاّ أنّه في العصور الحديثة تعالت بعض الأصوات تقف موقف المحاسبة لأحكام الله تعالى في أنصبة الإرث، تحت شعار المساواة، قائلة و مطالبة بأن تتساوى أنصبة الرجل و المرأة دون الوقوف على أن يكون للذكر مثل حظّ الأنثيين كما أمر الله تعالى جاهلة بأحكام علم الميراث.⁵

و ردّا على شبهة تفضيل الإسلام الرجل على المرأة في الميراث، فيمكن القول أنّ هناك حكمة في هذا الاختلاف و يمكن إجمالها في ما يلي:

المرأة تعيش حياتها كلّها في كنف رجل مكفولة منه، فهو مسئول عنها، فكلّ فتاة ينفق عليها أبوها أو إخوانها إذا لم يكن لها أب، أو عمّها أو خالها و بالتالي فهي مكفولة من رجل دائماً،

¹ أبو النصر مشير الطرازي الحسيني، المرأة و حقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت ص13.

² سورة النساء: 07.

³ سورة النساء: 11.

⁴ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 132-133.

⁵ عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي و القضاء في تعديل، مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصله في المادّة 400 - منشورات دار الأمان - الرباط 2011، ص 170-171.

فإذا تزوّجت ينفق عليها زوجها وفي أسوأ الأحوال إن لم يكن هناك منفق عليها فهي مسئولة عن نفسها فحسب، وليست مسئولة شرعاً أن تنفق على إنسان آخر مهما كنت قرابته منها، أمّا الرّجل فهو مسئول عن أمّه و أخواته وعن زوجته عندما يتزوّج، فهو مسئول شرعاً عن غيره.¹

إنّ علّة الأعباء المالية متحقّقة في حالات التفضيل كافّة بين الذّكر والأنثى، إذ توريث الذّكر ضعف الأنثى في بعض الحالات لم يكن على أساس الذكورة والأنوثة، بل على أساس الأعباء المالية لكليهما، فمثلاً إذا توفي شخص عن ابن وبنت وترك مبلغ قدره ثلاثة ملايين دينار، فتقسيم التركة وفقاً للشريعة الإسلامية، سيكون توريث البنت مليون دينار، والابن مليوني دينار، ينفقه على نفسه وعلى غيره، فإذا أراد الزّواج، فإنّه يدفع المهر لزوجته، ولنفرض أنّه مليون دينار فهذا يعني أنّه دفع كلّ ما ورث عن أبيه مهراً لزوجته، فلم يبق له شيئاً من التركة ثمّ يكون ملزماً بالإنفاق على زوجته وأولاده وكلّ من يعولهم، عند الحاجة كالوالدين وأخته التي ورثت معه حتّى تتزوّج، كما أنّه ملزم بالنفقة عليها إذا فارقتها زوجها أو توفي عنها ولم يكن لها كفاية مالية لحياتها.

أمّا البنت فإنّها تأخذ مهراً عند زواجها، ولنفرض أنّه مليون دينار، فيصبح مجموع ما لديها ثلاثة ملايين دينار، ثمّ هي لا تكلف بإنفاق شيء من مالها، مهما كانت غنيّة لأنّ نفقتها أصبحت على زوجها، فهو المكلف بالإنفاق عليها ما دامت في عصمته، أمّا إذا لم تتزوّج فيبقى توريث الذّكر، ضعف الأنثى منسجماً مع العدل و المساواة، سيما وأنّ أخوها ملزم بالإنفاق عليها عند الحاجة.²

إنّ العلّة في تفضيل الذّكر على الأنثى هي الموازنة بين الحقوق والالتزامات المتقابلة بين الورثة و المتوفى، إذ أنّ الابن يكون ملزماً بالإنفاق على والديه إذا كان فقيرين بخلاف البنت التي لا تكلف بهذا الالتزام، فكان من العدل أن يرث من الوالدين أكثر مما ترث، والحكم ذاته يطبق على الأخ الشقيق أو الأب، فإنّه ملزم بالإنفاق على أخته أو أخيه إذا كان فقير الحال بخلاف الأخت

¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 349.

² عابدة المؤيد العظم، سنة التفاضيل و ما فضلّ الله به التّساء على الرّجال، ط1، دار بن حزم، بيروت 2000 ص 123.

التي لا تكون ملزمة بهذا الواجب، فكان من العدل أن يرث المتوفى أكثر مما ترث والحكم ذاته يطبق على ميراث الزوج و الزوجة، فنصيب الزوج من تركة زوجته ضعف نصيب الزوجة من تركة زوجها والعلة مرتبطة بالالتزامات الملقاة على كاهل الزوج اتجاه زوجته، فهو يدفع لها مهرا، ويكون ملزما بالإففاق عليها طيلة مدة حياتها.

كما أنه قد يكون له دخل في تكوين ثروتها، بخلاف الزوجة التي لا تلتزم بأي من هذه الالتزامات، إلا أنها قد يكون لها دخل في تكوين ثروته بالتدبير في المصاريف، إلا أنها تظل بدرجة أقل من جهد الزوج في تكوين ثروة زوجته.¹

وللرد كذلك على شبهة تفضيل الذكر عن الأنثى في الميراث في الإسلام، فإن هذا التفضيل، لا يعد قاعدة ثابتة في الشريعة الإسلامية، إذ أن هناك حالات ترث فيها المرأة نصف حصّة الرجل وحالات ترث فيها المرأة حصّة أكثر من الرجل، وحالات ترث فيها المرأة ولا يرث الرجل، وحالات ترث متساوية لحصّة الرجل.

ومن استقرار حالات الميراث، يتبين أن المجال واسع للمساواة بين الجنسين في مسألة تلقي الإرث كلما ربطت الرجل و المرأة بمورثهم علاقة تماثل فيما يخص الالتزام بالنفقة أو عدم الالتزام بها، كما يقول العلامة محمد سعيد رمضان البوطي رحمه الله، وفاة شخص عن أب و أم و ابن، تحصل كل واحد من الأب و الأم على سهم بالتساوي بينهما لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الولد ملزم بالإففاق على والديه دون مفاضلة بينهما متى كانا في حاجة لذلك، وإذا مات الولد قبلهما وجب أن يعامل كذلك دون تفضيل أحدهما على الآخر عند تلقي نصيبهما، ويضيف الشيخ البوطي رحمه الله، أن الإخوة لأم يرثون الثلث بالتساوي فيما بينهم، ذكورا و إناثا

¹ قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 286.

لأنهم لا يتحملون مسؤولية الإنفاق على أحيهم الميّت عندما كان حيًّا فهم متساوون تجاهه من ناحية الغنم و الغرم.¹

كذلك في حالة وفاة امرأة عن زوج و أخت شقيقة، يأخذ كل واحد من الوارثين النصف لأنّ المتوفّاة المورثة لم تكن ملزمة بالإنفاق عليهما عندما كانت حيّة، فتساويا في جانب الغنم فيأخذ كلّ واحد منهما حصّة ماثلة.

وبناء على ما سبق فإن الإسلام لم ينظر إليها من حيث وضعها الاجتماعي ومن حيث جنسها كأمراة، بل نظر إليها من حيث وضعها الاجتماعي ومن حيث الأعباء الاقتصادية والتبعات الملقاة عليها وعلى الرّجل. وفي هذا السياق و من خلال استقراء حالات الميراث في الشريعة الإسلامية أيضا أنّ المساواة بين الرّجل و المرأة لها مدلول أوسع من تلك المقرّرة في القانون الدولي لحقوق الإنسان ولاسيما قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 884د (XXXIV) الذي أكد على "أن يكون للرّجال و النساء، في درجة القرابة نفسها مع الشّخص المتوفّي، الحق في حصص متساوية من الميراث و رتبة متساوية في ترتيب الورثة".

فلو طبّق مضمون هذا القرار وحده لما أمكن أن يتساوى مثلا الزوج و الأخت الشقيقة في حصّتيهما. لكنّ الله تعالى عندما قال: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ...﴾²، وقوله أيضا: ﴿... إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ...﴾³، تدعم المساواة و تفسّر هذه المساواة بقاعدة الغنم و الغرم المقرّرة في الفقه الإسلامي، فكما لاحظنا إذا يرث الرّجل والمرأة بالتساوي في حالات كثيرة سواء كانا متّحدين في درجة القرابة مع الميّت كما في حالات: الوالدين أو الجدّين، أو الإخوة لأمّ، والإخوة للأب و الأب في المسألة المشتركة، أو

¹ العلامة محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي و لطائف التشريع الرّباني، دار الفكر، دمشق- بيروت 1996، ص 109.

² سورة النساء: 12.

³ سورة النساء: 176.

الإخوة لأم، أو غير متّحدين في درجة القرابة كما في حالات الزوج والأخت الشقيقة، أو الزوج والأخت لأب أو الأم والجد، أو الأب والبنت، أو البنت والأخ، أو الجد والبنت، وغيرها، ومن ثمّ يتجلى قصور القانون الدولي لحقوق الإنسان بالمقارنة مع الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث:

ميراث المرأة في قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: ميراث المرأة في قانون الأسرة باعتبارها أحد الأصول أو الفروع:

- ميراث المرأة باعتبارها أم:

يقصد بالأم المرأة التي تربطها بالمورث رابطة ولادة، و الأم لا تحجب من ميراث ابنها أبدا لعدم توسط أيّ وارث آخر بينها وبين المورث، ولكن مع هذا فإنّها لا تترث بالتعصيب.¹

ونصّ المشرّع على ميراث الأمّ في المواد 1/148 و 2/149 و 3/160 و 177/.. من قانون الأسرة وهي تترث على ثلاث حالات تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿... وَلِلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾²

- الحالة الأولى: تأخذ الأم السدس عند وجود الفرع الوارث مطلقاً أو عند وجود اثنين فأكثر من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا وإن كانوا محجوبين وهذا طبقاً لنصّ المادة 2/149 ق.أ.
- الحالة الثانية: تترث الأم الثلث بشرط عدم وجود الفرع الوارث، وانعدام اثنين فأكثر من الإخوة، وهذا ما نصّت عليه المادة 1/148 ق.أ.

¹ منصور كافي -الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2008، ص 68.

² سورة النساء: 11.

■ الحالة الثالثة: وهي حالة خاصة ترث فيها الأم ثلث الباقي من التركة، وتسمى مسألة الغراوين، حيث إذا اجتمعت زوجة وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وللأب الباقي بعد ذلك، وإذا اجتمع زوج وأبوان، فللزوجة النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي بعد ذلك للأب، وقد نصت على ذلك المادة 177 ق.أ.

ثانيا: ميراث المرأة باعتبارها جدة

لقد نصّ قانون الأسرة الجزائري على ميراث الجدة في المواد 4/149 ق.أ والمادة 161 ق.أ ولم يرد في القرآن الكريم نصّ على ميراث الجدة و إنما ثبت لها السدس بالسنة والإجماع، وعليه يكون ميراث الجدة كالتالي:

ترث الجدة السدس سواء كانت جدة لأب أو لأم وكانت منفردة، أما إذا اجتمعت جدتان وكانتا في درجة واحدة قسم السدس فيما بينهما وكذلك إن كانت التي للأم أبعد فإن كانت هي الأقرب اختصت بالسدس وتحجب الأم كل جدة، وتحجب الجدة لأم القرية الجدة لأب البعيدة، ويحجب الأب والجد أصلهما من الجدات.

ثالثا: ميراث المرأة باعتبارها بنت أو بنت ابن:

1- ميراث البنت الصلبية:

وهي بنت الهالك مباشرة، ولا تحجب من الميراث حجب حرمان أبدا، ودليل ميراثها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ...﴾ وللبنت الصلبية ثلاث حالات، تفصيلها كما يلي:

- الحالة الأولى: حسب المادة 2/144 ق.أ ترث النصف بشرط انفرادها عن ولد الصلّب ذكر كان أو أنثى.

- الحالة الثانية: تـرث الثلثين إذا كانتا بنتين فأكثر، ولم يكن معهن من يعصبهن، وهذا وفقاً لنصّ المادة 1/147 ق.أ.

- الحالة الثالثة: تـرث بالتعصّب مع أخيها (ابن فأكثر) للذكر مثل حظ الأنثيين.

2- ميراث بنت الابن:

بنت الابن و إن نزلت تقوم مقام البنت الصلبية عند انعدامها، وهي تحجب حجب الحرمان بالابن، و البنّتين الصليبتين، وهي على ذلك تـرث على أربع حالات كما يلي:

- الحالة الأولى: تـرث النصف بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وولد الابن في درجتها، وقد ذكر المشرّع هذه الحالة في المادة 3/144 ق.أ.

- الحالة الثانية: تـرث الثلثين إذا كانتا اثنتين فأكثر بشرط عدم وجود ولد الصلب أو ابن الابن في درجتها، طبقاً للمادة 2/147 ق.أ.

- الحالة الثالثة: تـرث بالتعصيب إذا كان معها ابن في درجتها، فيكون ذلك حسب المادة 2/155 ق.أ مع أخيها أو ابن عمّها المساوي لها في الدرجة، أو ابن عمّها الأسفل درجة بشرط أن لا تـرث بالفرض.

- الحالة الرابعة: تـرث حسب المادة 5/149 ق.أ السدس تكملة للثلثين مع البنت الصلبية الواحدة.

وفي الحالات التي لا تـرث فيها المرأة من أصلها (الجد أو الجدّة)، فإنّه يمكن أن تـرث عن طريق التزويل حسب ما نصّ عليه المشرّع في المادة 169 ق.أ، وإن لم تكن المرأة من الفروع أو الأصول بالنسبة للهلك فإنّها قد تكون من الحواشي، و هي تـرث بهذه الصّفة أيضاً.

3- ميراث المرأة باعتبارها أخت شقيقة:

وهي التي تشارك الميت في أصله من أبيه و أمه، أي لهما نفس الأب ونفس الأم، والأخت الشقيقة ترث وهي التي تشارك الميت في أصله من أبيه وأمّه، أي لهما نفس الأب ونفس الأم، والأخت الشقيقة ترث حسب قانون الأسرة في ست حالات.

ودليل ميراث الأخت الشقيقة قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ امْرُؤًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلَثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ¹.

وتحجب الأخت الشقيقة حجب حرمان بالأب دون الجد كما تحجب بالفرع الوارث المذكور، كالابن وابن الابن وإن نزل.

- الحالة الأولى: ترث النصف بشرط انفرادها وعدم وجود الأخ الشقيق وعدم وجود الأب، وانعدام ولد الصلب وكذلك انعدام ولد الابن ذكرا كان أو أنثى، وانعدام الجد الذي يعصبها، وهذا ما جاءت به المادة 4/144 ق.أ.

- الحالة الثانية: ترث في هذه الحالة الثلثين بشرط أن تكون أختين فأكثر، وعدم وجود شقيق ذكر أو الأب أو ولد الصلب، طبقا لنص المادة 3/147 ق.أ.

- الحالة الثالثة: ترث بالتعصب مع أخيها الشقيق، للذكر مثل حظ الأنثيين طبقا لنص المادة 3/15 من قانون الأسرة.

- الحالة الرابعة: ترث عصبه عند وجودها مع واحدة فأكثر من بنات الصلب أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة أو الجد، وترث بنفس القاعدة وإن كانت عدة أخوات شقيقات وهذا ما ذكره المشرع في المادة 156 ق.أ.

¹ سورة النساء: 176.

- الحالة الخامسة: ترث الأخت الشقيقة مع الجد مع مراعاة الأفضليات القانونية التي يتمتع بها الجد طبقاً لنص المادة 158 ق.أ، حيث إذا اجتمع الجد العاصب مع الإخوة الأشقاء أو مع الإخوة لأب ذكورا أو إناثا، أو مختلطين فله الأفضل من ثلث جميع المال، أو المقاسمة وإذا اجتمع مع الإخوة وذوي الفروض فله الأفضل من سدس المال، أو ثلث ما بقي بعد ذوي الفروض، أو مقاسمة الإخوة كذكر منهم.

- الحالة السادسة (مسائل خاصة): تراعى بعض المسائل الخاصة في ميراث الأخت الشقيقة، ومن ذلك المسألة الأكدرية التي نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 175 ق.أ، والتي نصت على أنه: " لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة الأكدرية، وهي: زوج و أم و أخت شقيقة أو لأب وجد، فيضمّ الجد ما حسب له إلا ما حسب لها، و يقتسمان للذكر مثل حظّ الأنثيين، أصلها في ستّة و تحوّل إلى تسعة و تصبح من سبع و عشرين، للزوج تسعة، وللأم ستّة، وللأخت أربعة و للجدّ ثمانية". وكذلك تدخل الأخت في حالة خاصة أخرى وهي المسألة المشتركة التي نصّ عليها المشرّع في المادة 176 ق.أ، التي جاء فيها أنه: "يأخذ الذكر من الإخوة كالأنتى في المشتركة، وهي زوج و أم أو جدّة، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث: الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم، لأنّ جميعهم من أم واحدة".

4- الأخت لأب:

هي كل أخت تشارك الهالك في أبيه مباشرة دون أمّه، وهي تحجب بالفرع الوارث المذكّر دون المؤنث، وتحجب بالأب دون الجد، كما تحجب بالأخ الشقيق، والأخت الشقيقة إذا كانت العصبية مع البنات، وتحجب بالأختين الشقيقتين فأكثر، وحالاتها في الميراث ست حالات، هي كالتالي:

- الحالة الأولى: ترث حسب المادة 5/144 ق.أ، النصف بشرط انفرادها، وعدم وجود من يعصبها.

- الحالة الثانية: حسب المادة 4/147 ق.أ، تترث الأختان لأب فأكثر الثلثين بشرط عدم وجود من يعصبهم.
- الحالة الثالثة: تترث بالتعصيب مع الأخ لأب للذكر مثل حظ الأنثيين حسب المادة 4/155 ق.أ.
- الحالة الرابعة: تترث الأخت لأب ولو تعددت السدس، بشرط أن تكون مع الأخت الشقيقة الواحدة و عدم وجود من يعصبها، وهذا طبقا للمادة 6/149 ق.أ.
- الحالة الخامسة: تترث عصابة مع البنات عند انعدام الأخت الشقيقة، وهذا طبقا لنص المادة 157 ق.أ.
- الحالة السادسة: تدخل مع الجد بحسب الأفضليات المذكورة سابقا في الحالة الخامسة للأخت الشقيقة.

5- الأخت لأم:

وهي التي تشترك مع الهالك في الأخ مباشرة دون الأب، و دليل ميراث الإخوة لأم قوله تعالى: ﴿... وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلْثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ¹ .

وتحجب الأخت لأم حجب حرمان بالأصل المذكور كالأب والجد وإن علا، وبالفرع الوارث مطلقا ذكرا أو أنثى، وهي بذلك على حالتين في الميراث.

- الحالة الأولى: تترث السدس بشرط أن تكون منفردة، و هذا ما نصت عليه المادة 7/149 ق.أ.
- الحالة الثانية: تقسم الأخت لأم الثلث مع إخوتها لأم عند تعددهم، و يقسمونه بينهم بالتساوي لافرق بين الذكر و الأنثى، و تجدر الإشارة إلى أن الإخوة لأم يقسمون الثلث بالتساوي أيضا مع الإخوة الأشقاء في المسألة المشتركة.

¹ سورة النساء: 12.

ويلاحظ مما سبق أن المرأة لا تترث في كثير من الحالات استنادا إلى قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وهي القاعدة التي كانت مثار جدل باعتبارها في نظر البعض تميز بين الرجل والمرأة.

رابعا: ميراث المرأة بصفتها زوجة:

أ- شروط استحقاق الزوجة للميراث في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 126 ق.أ.ج على أن أسباب الميراث هي القرابة والزوجية ويشترط لاستحقاق الزوجة للميراث أن يكون زواجها صحيحا وقائما وقت وفاة زوجها قيام حقيقي أو حكمي، فقد تكون المرأة زوجة لرجل حقيقة وهذا لوجود عقد زواج صحيح ويمكن كذلك أن تكون المرأة زوجة حكما في حالة ما إذا كانت مطلقة و توفي الزوج المطلق لها وهي في العدة، ففي هذه الحالة تستحق الميراث بصفتها زوجة رغم أنها مطلقة.

كما يجب أن يكون الزواج صحيحا خال من أي شبهة، حيث نصت المادة 131 ق.أ.ج على أنه: "إذ ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

لا يشترط في الزوجية القائمة أن يكون قد تم الدخول، فقد نصت المادة 130 ق.أ.ج على أنه: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين و لو لم يقع بناء"، فالعقد كاف دون حاجة إلى الدخول بالزوجة، كما نصّ قانون الأسرة على حق المرأة المطلقة في الميراث في حالة وفاة الزوج قبل انقضاء فترة العدة أو قبل صدور حكم الطلاق حيث نصت المادة 132 على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث". فالمعتدة من طلاق رجعي ترث مطلقها وهو يرثها أيضا لأن الزوجية تبقى قائمة ما دامت العدة لم تنقص.¹

أمّا إذا كانت الفرقة بين الزوجين بسبب اللعان، فلا توارث بينهما بغض النظر عن مسألة العدة، وهذا ما نصت عليه المادة 138 ق.أ.ج من أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

¹ أنظر: بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الجزائري و قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008، ص80.

تجدر الإشارة إلى أنه يسقط حق المرأة في الميراث في حالة الردة طبقاً لنص المادة 138، كما أنه لا توارث بين الزوجين عند اختلاف الدين، فالزوجة غير المسلمة إذا كان زوجها مسلم وهي ليست كذلك فإنها لا ترثه ولا يرثها أيضاً، وهذا حكم ثابت في الشريعة الإسلامية وتحيل إليه المادة 222 ق.أ.

ب- نصيب الزوجة من تركة زوجها في قانون الأسرة:

أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في أن ترث زوجها بعد وفاته، و حدّد لها نصيباً محدّداً وفق حالتين كالتالي:

- الحالة الأولى: ميراث الزوجة من زوجها عند انعدام الفرع الوارث تنصّ المادة 145 ق.أ، على أن أصحاب الربع اثنان منهما الزوجة أو الزوجات بشرط عدم وجود الفرع الوارث للزوج، فالزوجة من صاحبات الفروض ولا ترث إلا بالفرض سواء كانت واحدة أو تعددت، فإذا كان للرجل أكثر من زوجة فإنهنّ يشتركن في الربع بشرط عدم وجود فرع وارث¹، والحكمة من اشتراك الزوجات في الربع أو الثمن حين التعدد هو لأنهنّ لو كنّ أربعاً و أعطينا كل واحدة الربع لأخذن جميع المال، ولو أعطينا لكل واحدة الثمن لأخذن نصف التركة، وبالتالي سيساوي نصيبهما، نصيب الزوج مع أن نصيبه في الأعباء والنفقات والتكاليف الزوجية أكثر منهن². ويشترط انعدام الفرع الوارث مطلقاً ذكراً كان أو أنثى من الزوجة أو غيرها وهذا الفرع الوارث سواء كان مباشراً أو غير مباشر³، فإذا وجد للزوج ابن أو بنت أو ابن ابن أو بنت ابن أو غيرهم من الفروع، فإن نصيب الزوجة يتحوّل من الربع إلى الثمن. وأساس ميراث الزوجة

¹ عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 359.

² منصور كافي، الموارث في الشريعة و القانون، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2008، ص52.

³ منصور كافي، المرجع نفسه ص51.

للرَّبع في حالة عدم وجود الفرع الوارث أساسه قوله تعالى: ﴿... وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ...﴾¹.

- الحالة الثانية: ميراث الزوجة من زوجها عند وجود الفرع الوارث: تراث الزوجة من زوجها طبقا للمادة 146 ق.أ، الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج، وأكدت هذا، المادة 160/ف2 والتي جاء فيها أن: "الزوجة أو الزوجات تراث الربع عند عدم وجود الفرع الوارث والثمن عند وجوده".

ويستدل على ميراث الزوجة للثمن من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾²، وفي مقابل هذا يرث الزوج من زوجته الربع عند وجود الفرع الوارث مصداقا لقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾³.

لقد ذكرت المادة 145 ق.أ أن الزوج يستحق الربع عند وجود الفرع الوارث لزوجته، فالربع هو ضعف الثمن الذي ترثه الزوجة في مثل هذه الحالة و للإشارة، تبقى الزوجة في كل الحالات تراث من زوجها، فهي لا تحرم من الميراث بالحجب، رغم أن قواعد الميراث تنص على أن هناك من الورثة من يحجب حجب الحرمان.

كخلاصة لما سبق ذكره، فيما يخص ميراث المرأة في قانون الأسرة المستمدة أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن حق المرأة في الميراث وفق هذا القانون موزع بطريقة عادلة نظمها الشارع الحكيم و أخذ بها المشرع الجزائري، و بالتالي فإن القول بعدم المساواة اعتمادا على ما جاء أحيانا لا دائما في أن للذكر مثل حظ الأنثيين و أن الزوجة تأخذ نصف ما يأخذ الزوج فهو ليس مطلقا في جميع الحالات وإنما يكون في بعضها فقط، وأن هذا التمييز ليس قاعدة مطردة في كل

¹ سورة النساء: 12.

² سورة النساء: 12.

³ سورة النساء: 12.

حالات الميراث، وإثما هو في حالات خاصّة، بل ومحدودة من بين حالات الميراث، وعليه تمسّكت الجزائر بأحكام الميراث كما جاءت بها الشريعة الإسلامية، حيث جاء في التقرير المقدم إلى لجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة من طرف الجزائر سنة 2009 على أنّه: "تخضع الأحوال الشخصية للشريعة، ولا سيما الإرث الذي تحكمه قواعد ربّانية تنطبق على المسلمين، وهذه القواعد جبرية لا يمكن المساس بها"¹، ومن هنا كان رد الجزائر واضحاً على منتقدي نظام الميراث في قانون الأسرة لا سيما الانتقادات الموجهة من طرف لجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة والمقررة الخاصة بالعنف ضدّ المرأة.

فالميراث من الأحكام القطعية الثابتة في الشريعة الإسلامية ولهذا لم يتجرأ المشرّع على المساس بها رغم حرص وتأكيد التقارير الدّولية على ضرورة تعديل نظام الميراث في القانون الجزائري بما يضمن للمرأة حصصاً متساوية مع الرّجل في توزيع الميراث.

المبابة الثانية

حماية حقوق المرأة عند انفصال

الرّابطة الزوجية

يعدّ الزواج أساس بناء الأسرة في القانون الجزائري، فهو وسيلة لإعفاف الزوجين واستمرار النسل وحفظ الأنساب، إضافة إلى أنه يمنح الطفل أسرة مستعدة لانتقاله وتنشئته ليكون عضوا فاعلا في المجتمع، لذا عدّ الزواج رباطا أبديا، يمنح طرفيه الأمن والاستقرار، إلا أنّ العلاقة الزوجية كغيرها من العلاقات الإنسانية الأخرى، قد تعترضها بعض المشاكل والتحديات التي قد تعيق بقاءها وتمنع استمرارها، وفي هذه الحالة فإنّ مصلحة الزوجين والأسرة والمجتمع أن يوضع حداً لرابطة لم تعد توفر لطرفيها المودّة والرّحمة.

ولهذا فإنّ القوانين المعاصرة ذهبت، على غرار الشريعة الإسلامية لإمكانية فك الرابطة الزوجية بواسطة الطلاق، وفي هذا السياق نصّت المادة 48 ق.أ.ج على أنّ الزواج ينحلّ بالطلاق سواء بإرادة الزوج وبالتراضي أو بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة.

فهذه المادة توضّح ما هي مختلف طرق فك الرابطة الزوجية و المتمثلة في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة و الطلاق التوافقي الذي يكون على أساس تراض الزوجين لإنهاء الزواج وحلّ الرابطة الزوجية من طرف القاضي برغبة المرأة، وهو ما سمي التّطليق الذي يكون بناء على سبب من الأسباب المحددة في قانون الأسرة و يترتب على انحلال الزواج بواسطة الطلاق، نتائج وآثار مادية وأخرى معنوية، نصّ عليها المشرّع في عدّة مواد وتمثّل هذه الآثار خاصّة في التعويض والتّفقة والحضانة وتحديد ملكية متاع البيت، و لقد استمدّ المشرّع صور فك الرابطة الزوجية وآثارها المادية والمعنوية من الشريعة الإسلامية، ممّا جعلها محلاً لانتقادات مختلف التقارير الدولية حيث اعتبرت هذه التقارير قانون الأسرة، ينتهك حقوق المرأة في مجال الطلاق وآثاره المنصوص عليها في مختلف الاتفاقيات الدولية.

لا سيما باعتباره للرجل بحقّ الطلاق بإرادته المنفردة، وكذلك الآثار المالية المترتبة عن هذا الطلاق، وسيتمّ مناقشة المسألة في فصلين:

- الفصل الأوّل: حقوق الزوجة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.

- الفصل الثاني: آثار الطلاق على مركز الزوجة

الفصل الأول

حقوق الزوجة عند فك الرابطة الزوجية

إنّ الطّلاق يشمل جميع صور فك الرّابطة الزوجية، سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزّوجة أو تمّ باتّفاقهما ورضاءهما وهو ما تبناه المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، مستندا إلى آراء جانب من الفقه الإسلاميّ الذي عدّ الطّلاق هو رفع أو حلّ لقيّد أو عقدة النّكاح بين الزوجين بالفاظ مخصوصة سواء تمّ من هما أو من أحدهما في إطار الحدود التي يقرّها الشّرع.

فقد نوّعت الشّريعة الإسلامية أساليب فك الرّابطة الزوجية بين الزوجين ليشكل حلاّ عادلا لطرفي العلاقة الزوجية معا، إلّا أنّ الاتّفاقيات الدّولية ترى أنّ الطّلاق بإرادة الرّجل كصورة من صور الطّلاق في القانون الجزائري يعتبر تمييزا ضدّ المرأة و امتهانا لكرامتها.

رغم أنّ قانون الأسرة أخذ بالرّأي القائل بحقّ الزّوجة دون الزوج في التّطليق القضائيّ بسبب الضّرر والشّقاق كما أخذ بالخلع الذي يعتبر فك الرّابطة الزوجية من طرف الزّوجة و هو مقابل للطّلاق بإرادة الزوج.

ولتسليط الضّوء على هذه المسألة، سنتطرّق إلى مختلف صور فكّ الرّابطة الزوجية و الضّمّانات والتّدابير التي اتّخذها المشرّع الجزائري لحماية المرأة و ذلك في مبحثين:

- المبحث الأوّل: حماية حقوق المرأة عند فك الرّابطة الزوجية عن طريق الطّلاق.
- المبحث الثّاني: حماية حقوق المرأة عند فكّ الرّابطة الزوجية عن طريق التّطليق و الخلع.

المبحث الأول

حقوق المرأة عند فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق

إذا تعذر التفاهم بين الزوجين، واستحالت العشرة بينهما كان لهما أن يتفرقا، لأن زواجهما لم يعد يحقق المطلوب منه، وهو السكن والمودة والرحمة والتعاون على أعباء الحياة.

ولهذا أعطى قانون الأسرة استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية إمكانية للزوج بفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، وأحاط المرأة في هذه الحالة بحماية من خلال اتخاذ تدابير تشريعية لضمان حقوقها (مطلب أول)، كما منح المشرع إمكانية فك الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة وهو ما يسمّى بالطلاق التوافقي أو الودّي أو الطلاق بالتراضي (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

حقوق الزوجة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

منح المشرع إمكانية للزوج لفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، وهذا الحق لم تنصّ عليه الاتفاقيات الدولية بل كان محلا لكثير من الانتقادات من مختلف التقارير الدولية (فرع أول)، وهذا الحق منحه المشرع للرجل بناء على أسس قانونية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية (فرع ثاني)، وأحاط المرأة في هذه الحالة بحماية من خلال نصّه على ضمانات تحول دون تعسف الزوج في استعماله لحقه في الطلاق (فرع ثالث).

الفرع الأول:

الطلاق في منظور الاتفاقيات الدولية.

إن جميع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لا تمنع فك الرابطة الزوجية ولا تجعل الزواج مؤبدا، ولقد تركت المواثيق الدولية الحرية للتشريعات الداخلية لتحديد الطرق التي يتم بها حلّ الزواج، إلا أنّها تؤكد على تساوي المرأة والرجل في الحقوق والواجبات عند حلّ الزواج مهما كانت طريقة الحلّ وبهذا فإنّ الدول الأطراف في مواثيق حقوق الإنسان مطالبة بتغيير أو إلغاء أي

تشريع لا يساوي بين الرجل والمرأة في حلّ الزواج كما هو مطلوب منها أن تعمل على تجسيد المساواة بمنحها نفس الحقوق والواجبات وفقاً لما تقتضيه هذه الاتفاقيات.

ومن بين هذه المواثيق، نجد اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة لسنة 1979م، التي تناولت حقوق المرأة عند انتهاء عقد الزواج في إطار المبدأ العام الذي يحكم كافة أحكامه، وهو عدم التمييز ضدّ المرأة مع مساواتها مع الرجل، فنصّت المادة 16 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية على: "أن تتخذ الدول الأطراف فيها التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية و أن تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل مع المرأة... نفس الحقوق والمسؤوليات عند فسخ الزواج".

و على ضوء ما تقدم يتضح أن الاتفاقية السالفة الذكر حظرت أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، و يكون من آثاره وأغراضه النيل من الاعتراف للمرأة بتلك الحقوق على أساس تساويها مع الرجل في الحقوق عند إنهاء الزواج، سواء تعلّقت المسألة بأسباب إنهاء الزواج أو في إجراءاته وآثاره، كما يعني أيضاً ومن باب أولى حظر إبطال الاعتراف للمرأة بممارسة تلك الحقوق.

يقوم حظر التمييز ضدّ المرأة في إنهاء الزواج و آثاره على رفض حقيقة وجود تمايز ضدّ المرأة في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة، و هو ما يمثّل أحد المفاهيم الأساسية الراسخة في اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضدّ المرأة، استناداً لما وصل إليه التفكير الغربي من تثبيت لحقوق المرأة و حقوق الإنسان بصفة عامّة بعد مخاض طويل.¹

فبالنسبة لهذه الاتفاقية فإنّ المساواة في إنهاء الزواج يعني، تساويهما في طرق وإجراءات حل الرابطة الزوجية، فلا يختص الرجل و المرأة بإنهاء الزواج بإرادة أي منهما المنفردة ولا يخوّل أحد منهما صلاحيات تفوق الطرف الآخر في وضع حد لهذه العلاقة، كما لا تختلف أسباب إنهاء

¹ رؤية نقدية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، ص 17.

وإجراءاته بالنسبة للزوج عنها بالنسبة للزوجة، و متى انتهى الزواج يجوز استمرار الإعانة المتبادلة للزوجة التي التزم بها الزوجان بمقتضى عقد الزواج، و لكل من المرأة و الرجل حق المطالبة بالإعالة من الطرف الآخر إذا لم يكن قادرا على إعالة نفسه. و مع ذلك لا يختص أحدهما بأي التزام أو واجب لا يلتزم به الآخر عند إنهاء الزواج.

وبناءً على ما سبق يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

1- إن تحديد حقوق المرأة عند إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة يوجب تساوي طرفي العقد في الحقوق كافة المقررة عند إنهاء الزواج في النظم والقوانين الداخلية في الدولة الطرف في الاتفاقية، وتفرّعا عن ذلك لا يجوز أن يختص الرجل بإحدى طرق حل الزواج كجعل حق الطلاق أصلا في يده لأن الأثر المترتب على ذلك ينال بدون شك من الاعتراف للمرأة على أساس تساويها مع الرجل بحقها في إنهاء الزواج¹.

2- أسباب إنهاء الزواج وإجراءاته بالنسبة للزوج لا تختلف عنها بالنسبة للزوجة، ومن ثم لا يجوز على سبيل المثال جعل زنا الزوجة سببا للطلاق، أمّا زنا الزوج ليس من شأنه إحداث نفس الأثر، كما لا يجوز فرض قيود إجرائية على إنهاء الزواج من قبل الزوجة دون فرض قيود مماثلة إذا كان إنهاء الزواج من قبل الزوج، لأن ذلك من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة.

3- لا يترتب على إنهاء الزواج إقرار حقوق للمطلقة على المطلق، كنفقة أو غيرها ولا يتحمل أي منهما عبء التزامات وواجبات اتجاه الآخر لا يتحملها الطرف الآخر، لتعارض ذلك مع الحقوق المساوية للرجل والمرأة عند إنهاء الزواج التي تكفلها الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

إن ما جاء في الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بخصوص الطلاق، يجد أساسه في القوانين الغربية المعاصرة، فقد كان الطلاق في هذه الدول مسموحا به حتى منتصف

¹ رؤية نقدية لاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص 17.

القرن العشرين للطرف البريء فقط، و تشمل أسباب التطلاق الخطأ أو الجريمة الزوجية التي ارتكبتها الطرف الآخر، و ذلك مثل ارتكاب الزنا، أو الهجرة، أو القسوة، و في كثير من الحالات يكون طلب التطلاق محلاً للنزاع، إذ يدعي كل من الخصمين أن الخصم الآخر هو المذنب.

وفي الستينات من القرن العشرين قام جمهور كبير من الناس، بحملة مطالبة بتحرير الطلاق على أساس أن الخطأ لا يقع بالضرورة من أحد الطرفين فحسب، وأنه لا معنى للحفاظ على زواج لم تتوافر له أسباب السعادة على الإطلاق، ولذلك أصبحت أسباب التطلاق في العصر الحديث في الدول الغربية على مجرد ثبوت انهيار في العلاقة الزوجية، تستحيل معه المعاشرة أو التوفيق بين الزوجين. إن هذا التحول في الغرب يعتبر ثورة ضد تقاليد الكنيسة البالية، وآراءها المتخلفة، فبعد أن كان الطلاق ممنوعاً في نظر الكنيسة، لأن ما جمعه الله لا يفرقه الإنسان، تغير الأمر في العهد الحديث وفتح باب الطلاق على مصراعيه، لأن الإنسان يحكم نفسه بنفسه و يقرر مصيره لوحده وفقاً لما يراه من مصلحة ومنفعة ولا دخل للدين في التحكم في الإنسان أو رسم منهج حياته¹، وهذا الحكم أسقطته الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 على سائر المجتمعات والديانات، وفرضت على كل الدول الأطراف في الاتفاقية على اتخاذ التدابير اللازمة لتكريس مبدأ المساواة المطلقة في فك الرابطة الزوجية، و بهذا وجهت انتقادات، للدول التي تأخذ بالشرعية الإسلامية في تنظيم الأحوال الشخصية في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فاعتبرت أن حل الرابطة الزوجية على هذا الأساس بمثابة اللامساواة، القائمة على الامتياز الذكوري، فالطلاق بهذا الشكل في منظور الاتفاقية هو ظلم للزوجة، فبكلمة واحدة و لأدن خصومة ينتهي الزواج، و تصير المرأة إلى ضياع و تشرد، فهو انتهاك لكرامة المرأة و إعلاء سلطة الرجل عليها، وفي هذا الصدد وجهت المقررة الخاصة بالعنف ضد المرأة في تقريرها حول الجزائر في سنة، 2008 انتقادات بخصوص الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و اعتبرته تعسفاً في حق المرأة

¹ ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص49.

وعليه سيتم إلى التطرق للأسس الشرعية و القانونية لهذا النوع من الطلاق وللضمانات التي أحاط بها المشرع المرأة لحمايتها من تعسف الزوج في الطلاق.

الفرع الثاني:

الأساس القانوني و الشرعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة الجزائري.

لقد نصّت المادة 48 من قانون الأسرة المعدلة على أنه: "مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"

واستنادا إلى هذه المادة فإنّ الطلاق قانونا هو فكّ الرابطة الزوجية بإرادة الزوج أو باتفاق بين الزوجين، أو بحكم القاضي، وهو ذات الخيار الذي تبنته الشريعة الإسلامية، حيث أعطت الحق للزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، كما أعطت للمرأة الحق في فكّ الرابطة الزوجية عن طريق القاضي.

ولقد عرّف الإمام أبو زهرة الطلاق على أنّه (رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها)، و هذا التعريف جامع مانع: جامع للطلاق الرجعي والبائن بقوله في الحال أو المآل، ومانع فلا يدخل فيه الفسخ، و ذلك بقوله بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها.¹

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن دائرة الفقه الإسلامي، فقد عرفه بأنّه حلّ عقد الزواج، والطلاق بهذا المفهوم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

¹ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 273.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ... ﴾¹ وقال تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ... ﴾²، وقوله تعالى كذلك: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾³.

أما من السنة ما روي عن النبي ﷺ طلق زوجته حفصة بنت عمر ثم راجعها⁴، وقوله عليه وسلم: { أبغض الحلال عند الله الطلاق }⁵.

كما أجمع علماء الأمة على جواز الطلاق لأن المعقول يؤيده، فربما فسدت الحالة بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، ومن المعقول أن الزواج عقد مصلحة و نعمة لما له من الآثار الكبيرة على الفرد و المجتمع و باستحكام الخلاف أو تعذر استمرار العلاقة الزوجية فتقلب المصلحة إلى مفسدة، فكان الطلاق ضرورة دفعا للمفسدة⁶.

والحكمة من مشروعية الطلاق هي أن الزواج في الأصل هو رابطة بين الرجل والمرأة، شرعه الخالق لمقاصد سامية أهمها تكوين الأسرة لكن هذه الخلية قد تتعرض لخلافات بين طرفيها، و تسوء نتيجة لذلك العلاقة الزوجية و قد يستحيل الصلح بسبب الشقاق لهذا، فلا بد من إيجاد مخرج لسوء التفاهم بين الزوجين ويكون بأخف الأضرار المتمثل في الفرقة والطلاق، ومن الواضح أن إباحة الطلاق في الشرع الإسلامي إنما تكون حين تصل درجة التباغض بين الزوج وزوجته درجة تتعذر معه الحياة الزوجية، والحقيقة أنه ليس أشق على النفس البشرية من أن تعاشر شخصا

¹ سورة الطلاق: 01.

² سورة البقرة: 229.

³ سورة البقرة: 236.

⁴ رواه أبو داوود و النسائي.

⁵ رواه ابن ماجه.

⁶ أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمان

الأردن، 2009، ص 20.

تبغضه رغما عنها، كما أن العنف والخلافات والمشاحنات بين الزوجين، تؤثر تأثيرا سيئا في نفسية الأولاد وسلوكهم و لن يساعد هذا الجو على ترتيبهم و بلوغ المستوى المطلوب كما يحدث النزاع صعوبات في تكيفهما الاجتماعي¹.

لقد سمح الإسلام بالطلاق لحاجة إليه، إلا أنه كرهه وعده من أبغض التصرفات الإنسانية المباحة، وهذا نظرا لما يترتب عليه من أضرار اجتماعية و أسرية بسببها يكون الأطفال، أول الضحايا، فضلا عما في الطلاق من تمزيق لعري الأسرة التي هي الخلية الأساسية في بناء المجتمعات، وفي هذا الشأن، يقول أصحاب الاتجاه القائل بحظر الطلاق، أن الطلاق هو فك لرباط مقدس، وإن الأصل فيه الحظر لا الإباحة، قالوا إن القرآن الكريم و السنة النبوية ما ينفر من الطلاق، لهذا فهو ممنوع و قد ضيق فيه الشرع أشد التضييق، و إنما أباح منه قدر الحاجة الداعية إليه فقط، و لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد استنفاد جميع وسائل الصلح و الوفاق المتاحة، و بعدما تشتد البغضاء بين الزوجين، و يستحيل استمرار الحياة الزوجية و يصير بقاء النكاح مفسدة محضة و ضرارا مجردا، فإذا لم تكن ثمة حاجة فهو محظور، لا يجوز إيقاعه، فإن طلق الزوج زوجته من غير سبب فهو آثم²، فالطلاق بدون حاجة ماسة هو إضرار و ظلم للزوجة، و يستدل أصحاب هذا الاتجاه بصواب رأيهم بقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾³، فجاء في الآية نهي الأزواج عن التفريط في زوجاتهم إذا استقام أمرهن و صلح حالهن، كما استندوا إلى قول الرسول ﷺ: { لا تطلق النساء إلا من رية فإن الله لا يحب الدواقين ولا الدواقات }، و مضمون الآية والحديث حسبهم يعني أن الطلاق محظور عند عدم الحاجة إليه، و حظر الطلاق دون داعي أمر يصوغه العقل والمنطق ويقبلانه، وعلى عكس القائلون بحظر الطلاق، ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بإباحة الطلاق إلى أن الله لم يقيد الطلاق بسبب الحاجة إليه، ولهذا فإن الأصل

¹ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، ط 12، 2013، ص 10.

² العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 83.

³ سورة النساء: 34.

فيه هو الإباحة سواء وجدت الحاجة الداعية إلى الطلاق أو لم توجد، فصاحب الحق فيه أن يوقعه متى شاء و كيفما شاء و لا يتقيّد حقه إلاّ لعارض، فيذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الطلاق جائز و مباح، عندما تصير الفرقة مطلوبة و لا سيما عندما يتجدّد الخلاف بين الزوجين و عندما يتعدّر استمرار الحياة الزوجية، و بقاءها و عندما تسوء العشرة، و توجد عند الزوج الرغبة في التخلّص من زيجة لا يجد فيها مودة و لا رحمة و لا تترتب عليه أية مسؤولية، غير التي حوّها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق و نفقة و لهذا فهو فرصة ليعاود كل طرف إنشاء حياة زوجية جديدة، تخلوا من الخصام . و لقد استحلّ القائلون بهذا الرأي بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾¹، أي لا مؤاخذه و لا تبعة عليكم في الطلاق مما يعني أن الله قد أباح الطلاق و أنّه لا يجوز للرجل أن يطلق زوجته في أي وقت شاء، إذا لم يكن قد مسّها في حيض أو طهر، و قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ...﴾²، و قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ...﴾³، و قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...﴾⁴.

أمّا من السنة فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل، فقال يا رسول الله، سيدي زوجني من أمته وهو يريد أن يفرّق بيني و بينها، قال فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: (يا أيّها الناس ما بال أحدكم يزوّج عبده أمة ثمّ يريد أن يفرّق بينهما، إنّما الطلاق لمن أخذ بالساق).

وهذه النصوص القرآنية دليل إباحة الطلاق و جعله في يد الرجل.

¹ سورة البقرة: 236.

² سورة الطلاق: 1.

³ سورة الأحزاب: 49.

⁴ سورة النساء: 20.

ولقد جعل الإسلام الطلاق في الأصل حقاً للزوج لأنه أصبر على المشكلات والخلافات الزوجية، ففي حالة تفكيره في إيقاع الطلاق حيث يعلم أنه إن طلق زوجته، فسيتحمل ما يترتب عن ذلك من مهر مؤجل ومن تأمين سكن لها والنفقة عليها أثناء عدتها، فضلا عن نفقة الأطفال وحضانتهم وهم تحت إشرافها و رعايتها.

ومع أن الطلاق في الأصل للزوج فقد منحه الإسلام أيضا للزوجة وللقاضي، أما الزوجة فتملكه إذا اشترطته في عقد الزواج، أو فوضها الزوج به في العقد أو بعده، كما يمكن للزوجة أيضا إنهاء عقد الزواج بالمخالعة¹.

وبناءً على ما سبق فإن موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق، هو موقف التوسط بين إباحة الطلاق قانونا، وعدم التشجيع عليه ديانة وخلقا و هذا حماية لحق الزوجين في الراحة والسعادة وحماية لفكرة الزواج من العبث، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث أباح فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج ولكن أحاط هذا الحق بضوابط لحماية المرأة، حيث جعل إيقاع الطلاق تحت رقابة القضاء، حتى لا يتعسف الزوج في استعمال هذا الحق، كما أن الحكم بالطلاق لا ينطق به القاضي إلا بعد فشل محاولة الصلح.

الفرع الثالث:

الضمانات القانونية لحماية الزوجة في حالة الطلاق بإرادة الزوج في قانون الأسرة الجزائري.

لقد أحاط المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة بضوابط و ضمانات لحماية المرأة من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق وتمثل هذه الضمانات في التدابير التشريعية التالية:

¹ ناجي بلقاسم العلابي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 60.

أولاً: وضع الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القضاء:

تنص المادة 49 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم، بعد عدّة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

- يتعيّن على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصّح، يوقّعه مع كاتب الضّبط والطرفين.

- تسجل أحكام الطّلاق وجوباً في الحالة المدنية، بسعي من النّياية العامّة".

يتّضح من قراءة هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري نصّ على أنّ الطّلاق، لا يكون ثابتاً ولا يعتدّ به إلاّ إذا صدر بشأنه حكماً قضائياً، وهذا يعتبر من المسائل المستحدثة في قوانين الأحوال الشخصية، للكثير من الدّول الإسلاميّة ومن بينها قانون الأسرة الجزائري، فقد بدأ منذ أواخر القرن التاسع عشر، بعض المصلحين المسلمين بالمطالبة في تقييد حقّ الزوج في الطّلاق بالإرادة المنفردة عن طريق إخضاع هذا الحقّ لإشراف القضاء، وكان هدفهم من ذلك وضع حدّ لسوء استعمال الرّجال هذا الحقّ المطلق و قد تضمّن هذا الإشراف ربط صحّة الطّلاق بإذن القاضي وحضور الشّهود، وأبرز هؤلاء المصلحين قاسم أمين الذي طالب في كتابه (تحرير المرأة، القاهرة، 1898)، بوضع نظام للطّلاق يعتمد على خمس مواد، وجاء في المادة الخامسة من هذا النّظام: "لا يصحّ الطّلاق إلاّ إذا وقع أمام القاضي أو المؤذون و بحضور شاهدان ولا يقبل إثباته إلاّ بوثيقة رسميّة"، وباءت جميع محاولات حصر الطّلاق بالقضاء بالفشل بسبب اعتراضات رجال الدّين العنيفة، وكان رأيهم و ما زال أنّ تقييد حقّ الزوج في الطّلاق بالإرادة المنفردة فيه مخالفة واضحة للنصوص القرآنيّة¹، و برّروا موقفهم هذا بالتّبريرات التّالية:

¹ غسان عشا، الزّواج والطلاق و تع. الزّوجات في الإسلام الأحكام الفقهيّة وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، المرجع السابق، ص 166.

- أن النصوص التي جعلت الطلاق بين الزوجين، وردت مطلقة وتقييد وقوعها بيد القاضي، تقييدا بلا مقيّد فلا يصحّ.
- أن الزوج هو الأصل في الطلاق فلو توقّف الطلاق على موافقة القاضي وإذنه لأصبح القاضي هو الأصل و الزوج هو التابع وهذا قلب لحقائق الشرع.
- فليس في القرآن الكريم ما يمنع حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، و كذلك تأكيد الرسول عليه وسلم على أن الزوج هو من يملك حق الطلاق بقوله: {إنما الطلاق لمن أخذ بالساق}، و بهذا فإن الدعوى إلى جعل الطلاق بيد القاضي تصادم الشرع ومن ثمّة فلا فائدة و لا مصلحة للزوجة فيه.
- ويبرّر المعارضون لجعل الطلاق بيد القاضي، إلى أن الطلاق قد يعود إلى أسباب ترتبط بسوء خلق الزوجة وانحراف سلوكها، وفي نقل هذه المعلومات إلى ساحات المحاكم فضح لأسرار، وهذا ما لا يقرّه الإسلام.
- إن دوافع الطلاق ربّما كانت نفسية كالنفور بسبب تباين الطباع، وهذا ما لا يمكن إثباته أمام القضاء، لأنّ القاضي يحكم على أمور مادّية ظاهرية.
- الأسباب التي تدفع بالزوج إلى الطلاق قد تكون خاصّة جدّا، وليس من الحكمة إذاعتها بين الناس وكشفها للقاضي ولغيره، إلّا أنّ هذه التبريرات لم تعد تصمد أمام التطوّر الذي عرفته المجتمعات الإسلامية في النصف الثاني من القرن العشرين، فظهرت في العالم الإسلامي دعوات إلى ضرورة وضع شروط وقيود إجرائية، الهدف منها الحدّ من ظاهرة الطلاق و تقييد إرادة الزوج في فك الرابطة الزوجية وهذا بإخضاع رغبة الزوج في الطلاق إلى رقابة القضاء و ذلك باللجوء إلى الجهات القضائية لإيقاع الطلاق.
- وكذا وجوب تسبب الزوج لدعوى الطلاق مخافة إلحاق الضرر بالزوجة، وعليه أخذ المشرّع بالرأي القائل بضرورة جعل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تحت رقابة القضاء و ذلك،

بتشديده في المادة 49 على ضرورة توثيق الطلاق في المادة 49 المعدلة، و هذا التشديد في محله تعظيما لأمر عقد الزواج، بل هناك حاجة إلى تشريع آليات احترامه، لكي لا يتخذ الناس لعبا وهزلا يتزوجون كيف يشاءون بدون ضوابط شرعية أو قانونية و يطلقون، أو يصدرون الطلاق كيف ومتى شاءوا دونما مبالاة بما يترتب على تصرفهم الطائش من آثار سلبية على المرأة و سائر المجتمع¹.

إلا أن المادة 49 تشير بعض الإشكالات و يمكن إجمالها فيما يلي:

ما حكم ما يتلفظ به الرجل من كلام يدل على الطلاق صراحة أو كناية دون اللجوء إلى المحكمة كما هو شائع في أغلب حالات الطلاق، ومتى يبدأ التفاض الحقيقي للطلاق، هل يبدأ من يوم نطق المطلق بالطلاق أو من يوم بث المحكمة فيه و تسجيله؟

وهنا يثار التساؤل حول طبيعة حكم القاضي هل هو حكم منشئ للطلاق بالرغم من أن

الزوج قد أوقعه بإرادته المنفردة قبل الحكم أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج؟².

ويرى البعض بأن حكم القاضي يكون منشأ للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم و خلال فترة الثلاثة أشهر التي سبق النطق بالحكم و استعمال الصلح يكون خلال سير الدعوى و خلال الخصام بين الزوجين، كما دلت على ذلك النصوص الشرعية، أما إن كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة إلا إذا كان الطلاق رجعيًا، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق و ليس تجنبًا لحدوث الطلاق، ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة و ليس منشأ له حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية، بمعنى على القاضي عندما يؤكد الطلاق، فيجب أن يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من الزوج، هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع

¹ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 25.

² رشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، ع. 12، 2011، ص 89.

الطلاق بالإرادة المنفردة، أمّا إن كان لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة فلا بدّ من توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتّى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض، وبالتالي تعديل نصّ المادتين 48 و49 من قانون الأسرة حسب الحالتين الآتيتين:

إذا كان المشرّع يبقي حق الطلاق بالإرادة المنفردة قائماً فعليه الإبقاء على نصّ المادة 48 وتعديل نصّ المادة 49 على الشكل التالي: " لا يقع الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدّة ثلاثة أشهر، و إذا تبين للقاضي أنّ الزوج أوقع الطلاق يشبته من تاريخ وقوعه.

على كل زوج تلفّظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفّظ."

أمّا إن كان المشرّع لا يعطي الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة، فلا بدّ من إعادة صياغة نصّ المادة 48، بحذف عبارة (يتمّ بإرادة الزوج) لأنّه لا وجود لهذه الإرادة من الناحية العملية لأنّ إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما يفهم من خلال نصّ المادة 49 حيث لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم، وبالتالي فالحكم القضائي حول الطلاق الرجعي إلى بائن، حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتّى لو كانت العدّة سارية وهذا ما أشارت إليه المادة 50 من قانون الأسرة، في حين أنّه من الناحية الشرعية لا يتطلّب الأمر عقداً لأنّها لا زالت زوجته شرعاً ولو حكماً¹، وتجدد الإشارة إلى أنّ حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية هو نهائي فلا يقبل أيّ تعديل أو مراجعة عند وقوعه، اعتماداً على ما هو مقرّر في الشريعة الإسلامية وهذا ما أقرّه المشرّع الجزائري بعد صدور الحكم بالطلاق، إلاّ أنّه فسح المجال أمام الطّرف المتضرّر من الحكم بالطّعن في جوانبه المادّية كمالغ التّفقة أو التّعويض عن الطّلاق التّعسفي وهذا ما نصّت عليه المادة 57 من قانون الأسرة

¹ رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 180.

بقولها: " تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية¹ .

بناء على ما تقدم فإن الزوج في قانون الأسرة يختص بإيقاع طلاقه، ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة و هي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة، إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق بل يخضع لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي، وعليه فإيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتداً به ولا يحتج به في مواجهة الغير ولا يترتب آثاراً قانونية وذلك ثابت من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة، و يظهر أثر النص من جهة إثبات الضرر واستحقاق التعويض للمطلقة فحسب، أما وقوع الطلاق فتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلّفظ به من قبل الزوج²، ومن ثمة فالطلاق يثبت فقط بالحكم القضائي و لا ينشأ به لأن الطلاق شرعاً قد نشأ بمجرد التلّفظ به³ .

ثانياً: حماية الزوجة من الطلاق التعسفي:

لقد كفل قانون الأسرة الجزائري على غرار ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية للزوج حق إيقاع الطلاق على زوجته، فقد يجد الزوج في سلوك زوجته ما يجعله لا يحتمل معاشرتها و لذلك أتيح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها لكن في حدود نطاق معين، وبناءً على مبررات مشروعة و إلاّ عدّ متعسفاً في استعمال حقه في إيقاع الطلاق، فحقّ الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، رغم أنه حق أصيل للزوج إلاّ أن هذا الحق غير مطلق إذ يمارسه الزوج وفقاً للضوابط الشرعية والقانونية و وفقاً إلى ما دعت إليه الحاجة، حتى لا يكون متعسفاً في استعمال حقه في إيقاع الطلاق بوجه عام، والتعسف في استعمال الطلاق من قبل الزوج هو

¹ سليمان ولد ختال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة للنشر الجزائري، ط2، 2012، ص149.

² محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي - قانون الأسرة الجزائري-، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص45/46.

³ نسرين شرفي و كمال بوفوروت، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، ص77.

الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه¹، بمعنى مناقضة الشارع في رفع قيد التّكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص "فالطلاق من منظور الشريعة الإسلامية ينقسم إلى سنّي وبدعي، وبالرغم من أنّ الطلاق جعل بيد الرجل إلاّ أنّه مقيد بأن يكون للحاجة²، فالطلاق استناداً لإرادة الزوج المنفردة يعني أنّه يجوز للزوج عند ما يرى بأنّ هناك مبررات شرعية و قانونية للطلاق ويرى أنّ الحياة الزوجية فقدت أسبابها الحقيقيّة وإلاّ عدّ متعسّفاً رغم وقوع طلاقه، وهذا ما قرره المجلس الأعلى في قراره الصّادر بتاريخ 25 جوان 1969 إذ جاء فيه "من المقرّر شرعاً و قانوناً أنّه للزوج حق الطلاق لمجرّد إرادته في ذلك"³، وكذا قرار آخر صادر عن ذات المجلس بتاريخ 1983/12/03 حيث جاء فيه "من المقرّر شرعاً أنّ الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنّه لا يجوز للقاضي أن يجلّ محله في إصداره"⁴.

والطلاق الذي لا خلاف فيه من منظور الشريعة الإسلامية هو أن يطلق الزوج امرأته في طهر لم يمسه فيها، طلقة واحدة ويتركها حتّى تنقضي عدّتها فتصير هذه الطلقة الرجعية طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى، إن لم تكن هذه الطلقات مكتملة للطلاق الثلاث وهو الطلاق السنّي الذي شرّعه الله⁵.

أمّا الطلاق المختلف في وقوعه هو ما خالف السنّة، كأن يطلقها في طهر مسّها فيه أو طلقها وهي حائض أو طلقها أكثر من طلقة واحدة بلفظ واحد أو طلقها في مرض الموت وهو ما يعرف

¹ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض في الضّرر في بعض مسائل الزّواج و الطلاق - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2009، ص169.

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص83.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 25 جوان 1969 م.ق 1969 ص318؛ مقتبس عن: بلحاج العربي قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2012، ص 198.

⁴ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1983/12/03 ملف رقم 35026 م.ق 1989 ع. 04 ص 86، مقتبس عن: بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 284.

⁵ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 144.

بالطلاق البدعي، و في أي سورة من هذه الصور يكون الزوج المطلق مسيئا في استعمال حقه الأصل في إيقاع الطلاق و من ثمة يكون متعسفا¹.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أحاط حق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للرجل ببعض الضمانات حفاظا على استقرار الأسرة و ديمومتها، فلا بد لأي طلاق أن يكون لسبب مستساغ ومقبول شرعا وقانونا وذلك يتضح من نص المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومن هنا يتضح أن المشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي وفق شرطين وهما:

- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع طلاقه كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول أو بدون مبرر شرعي أو قانوني².

- أن يتحقق القاضي من إلحاق الضرر بالمطلقة و إن كان ليس الأمر بالهين نظرا لصعوبة الوصول إليها والدليل عليها مما يستوجب الاستعانة لمعايير مادية للوقوف على الضرر³.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن هذين الشرطين لا بد أن يكونا متلازمين و مجتمعين معا في ذات الوقت حتى يكتف الطلاق على أنه تعسفي، و بالرجوع إلى الواقع العملي للمحاكم يمكن إجمال صور التعسف التي تستحق فيها الزوجة التعويض.

أ- إذا كان الطلاق من غير سبب معقول و ذلك بأن يقدم الزوج على طلاق زوجته دون سبب أو مسوغ لذلك الطلاق، فيعد بذلك تعسفاً وتستحق حينها الزوجة تعويضا. و عليه متى تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته⁴، فمتى ترتب على طلاق الزوجة في حال عدم ثبوت

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 81.

² سليمان ولد حسال، المرجع السابق، ص 146.

³ صالح حمليل، المنعة و التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون و المجتمع، جامعة أدرار، ع.1، 2013، ص 68.

⁴ مبروك مصري، المرجع السابق، ص 233.

تقصير منها ضرر مادي أو معنوي يلحق بها بعد إيقاع الزوج لطلاقه، فوجب لها التعويض يتناسب مع حجم الضرر¹. لقد ترك المشرع من خلال المادة 52 ق.أ.ج السلطة التقديرية للقاضي في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في إيقاع طلاقه بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق أو تبين للقاضي بأنه طلقها بقصد الإضرار بها، فهنا لا بد من حفظ حقوق المرأة المالية كاملة كالصداق و المتعة و الأموال الخاصة بها، يضاف إليها التعويض عن استعمال الزوج لحقه في الطلاق التعسفي²، ذلك أنه يحول دون إقدام الكثير من الأزواج على الطلاق و يردعهم عنه تفاديا لدفع ما لم يستطيعون دفعه من مال للزوجة المطلقة و هذا الأمر يعدّ إيجابيا من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حيث لا يكون للزوج مبرر شرعي يدفعه للطلاق.

ب- إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع لبيت الزوجية بأن تتنازل الزوجة عن حقها في التعويض وتمسك بالعودة إلى الحياة الزوجية، و بالمقابل يتمادى الزوج بالتمسك بطلب الطلاق³، هذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 27 مارس 1968 حيث جاء فيه: (ليس إلاّ عبارة عن الإرادة المنفردة للزوج في جعل حدّ للحياة الزوجية و ليس للقضاة الموضوع عند ثبوته إلاّ الإشهاد به والتّصريح به دون البحث على الوقائع المؤسسة التي ادّعاها المطلق أو غير مؤسّسة)⁴، لكن يعدّ بذلك متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقرن، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011، ص 227.

² رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 187.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 102.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 27 مارس 1968 م. ق 1968، عدد خاص، ص 106 مقتبس عن، بلحاج العربي المرجع السابق، ص 196.

نظر القضاء، و من ثمة يكون للزوج هنا إيقاع الطلاق مع إلزامه بأداء تعويض عن ضرر الذي لحق بالمرأة¹.

ج- يكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض موته لأنه يعتبر سيء النية، فإرا من ميراث زوجته، فيرد عليه قصده بتوريثها منه²، و هذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في إيقاع الطلاق، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 مارس 1998 والذي جاء فيه (إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث و من ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبّقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن)³، و من هذا القرار نستخلص أن الطلاق في مرض الموت يعدّ تعسفا من الزوج إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث عملا بما هو مقرّر في الفقه المالكي على الخصوص⁴.

وبناءً على ما سبق ذكره يمكن القول بأن النظرة الشرعية في تكييف التعسّف وصوره في الطلاق، تختلف عنها في مجال القانون، فمعيار التعسّف في نظر الشريعة راجع لمدى مخالفة الشرع في إيقاع الطلاق، فالشريعة قوامها مصلحة الفرد والجماعة⁵. وأمّا معياره بمنظور القانون فيكون بقدر الضرر الذي ينتجه الطلاق و يلحق بالزوجة.

والملاحظ هنا هو أن التعسّف أمر غير مضبوط، فالتشريع الجزائري في مجال الأسرة ينطوي على كثير من التناقض والغموض في عدّة مسائل تشكل لبسا عند تطبيقها من قبل القاضي ممّا أدى

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 102.

² عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي، دار تلا للنشر والطبع والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 196.

³ قرار المحكمة العليا ملف 179.

⁴ سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 148.

⁵ صالح حمليل، المرجع السابق، ص 64.

إلى التصدي لها من طرف المحكمة العليا التي تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي طبقا للاختصاص الدستوري، و من بين المسائل التي لم يعالجها المشرع و تصدى لها القضاء مسألة الطلاق التعسفي، إلا أن التعسف يخضع لتقدير قاضي الموضوع بحسب حالة ودرجة التعسف ما يجعل الأحكام متباينة في هذا الشأن¹ تبعا لنظرة كل قاضي وتقديره، فما هو تعسف عند أحدهم قد يكون حقا وعدلا عند آخر، وفي هذا الشأن صدرت العديد من القرارات من المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 24 فيفري 1986 (أن تقدير التعويض خاضع لسطة قضاة الموضوع وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين)².

وجاءت في آخر قرار بتاريخ 16 مارس 1999 من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع³، و على العموم فإن الأصل في الطلاق هو الحظر إلا إذا دعت الحاجة إليه، أي أن الطلاق مقيد بأسباب وحجج و ذلك بما يضر ويؤدي الزوجة أو يسيء إلى سمعتها.

وفي هذا الشأن تجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري استقر على أن فقدان العذرية، ليس سببا للطلاق، فالمشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة و بالرغم من تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و بالضبط في المادة 07 مكرر التي نصت على ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، و قد جاء في الفقرة الأخيرة من نفس المادة أن (شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة تحدد عن طريق التنظيم)، حيث صدر المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 17 ماي 2006، المحدد لشروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 235.

² قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24 فيفري 1986 ملف رقم 39689 غير منشور، مقتبس عن: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 232.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جوبلية 2006 رقم الملف 368660 م.ق. 2006، الع. 02، ص 483.

قانون الأسرة و الذي نصّ في مادّته الثانية: (يجب على طالبي الزواج أن يقدموا شهادة طبيّة لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خضوعه لفحوصات طبية المنصوص عليها كما نصّ المرسوم على أنّه لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبيّة المنصوص عليها إلاّ بناءً نتائج فحص عيادي شامل وتحليلي فصيلة الدّم وأنّ الفحص الطبي يمكن أن ينصبّ على السوابق الوراثية و العائلية، قصد كشف عن بعض العيوب أو القابلية لإصابة ببعض الأمراض وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطّبيب على المعني، إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكّل خطراً الانتقال إلى الزوج والذريّة و ذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منه، أمّا مسألة فقدان العذرية من عدمها لا تدخل ضمن خانة المرض الذي يشكّل خطراً يتعارض مع الزواج بحسب تفسير المادة¹، وبهذا يتّضح أنّ فحص غشاء البكارة أمر خاص واختياري، وليس إلزامي والفحص الطّبي قبل الزواج لا يتضمّن فحص البكارة لأنّه غير منصوص عليه بل تكرّس تقليدا و عادة، و عليه لا توجد أي علاقة بين الفحص الطّبي قبل الزواج و فحص غشاء البكارة، و لا يمكن تصوّر أنّهما أمر واحد و أنّ الأوّل يتضمّن الثاني إطلاقاً²، أمّا موقف القضاء من المسألة فقد ذهب المجلس الأعلى في قراره الصّادر بتاريخ 25 جوان 1984 حيث قضى بأنّه: "من المقرّر شرعا أنّه لا يأخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلّقة بسبب فقد بكارها قبل البناء بها، إلاّ إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج، ومن ثمّ فإنّ التّعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطّاعن تأسيسا على مخالفة الشريعة الإسلامية في غير محلّه، ويتوجّب الرّفص ولما كان الطّاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى اكتشاف أنّ زوجته كانت قبل الزّفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنسيا كما يزعم، فإنّ قضاة الاستئناف بقضائهم في الدّعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلّقة التزموا بتطبيق الأحكام الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن³، ويظهر من خلال هذا القرار أنّ الزوج إذا لم

¹ باديس ذيايي، صور وآثار فك الرّابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، د.ط، 2012، ص 22.

² علاق عبد القادر، الفحص الطّبي للمقبلين على الزواج- دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة الجامعية 2012/2013، ص 54.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش 1984/06/25، ملف رقم 33715، م.ق، 1989، ع. 04، ص 99.

يشترط العذرية عند العقد فلا يمكنه أن يطالب بهذا الشرط بعد الدخول بزوجه لأنّ المباشرة الجنسية لها، هي التي أدت إلى اكتشاف أنّها غير عذراء إذ لا توجد وسيلة أخرى للتحقق من ذلك ومجرّد الدخول بها ينهي كلّ دفع من جانبه، فطلاقها بعد البناء باكتشاف عدم عذريتها غير مبرّر قانوناً، إذ لم يكن قد اشترط هذا الشرط عند إبرام عقد الزواج و بالتالي يكون طلاقه لها تعسفياً¹، وبهذا فقد استقرّ القضاء في مسألة العذرية أنّه لا يمكن الطعن فيها بعد البناء واعتبرت أنّ الإثبات بعد الدخول عديم الجدوى والفائدة متأثراً بذلك بجانب من الفقه الإسلامي الذي يرى أنّ البكارة تزول لعدة أسباب و ليس فقط الزنا.

أمّا مسألة عرض الزوجة على الخبرة أو على الطبيب للتأكد من قول الزوج في مسألة فقدان العذرية و هي مسألة غاية في الأهمية، فقد حسمت المحكمة العليا موقفها في قرار بتاريخ 2 أكتوبر 1989 حيث نصّ: "أنّه من المقررّ شرعاً أنّه لا يجوز كشف فرج المرأة لأيّ رجل ولو كان طبيباً و لا يجوز حتّى النساء إلاّ في حالة الضرورة القصوى وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها باعتبارها مؤتمنة على فرجها، ومن المقررّ أيضاً أنّ المرأة الحرّة لا تكشف، وكل ما تقوله مصدقة فيها شرعاً بعد أن تزكّي ذلك ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذين المبدئين يعدّ مخالفة للشريعة الإسلامية ولما كان ثابتاً في قضية الحال بأنّه إذا ادّعى الزوج بأنّه لم يجد زوجته بكراً فليس لها إلاّ اليمين، فكشف المرأة فرجها بإذن المحكمة أو بطلب الزوج غير شرعي والاستجابة له غير شرعية، و من ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه يؤخذ بما ورد في الحكم المستأنف لديه، خالف الشريعة الإسلامية في هذا الجانب وخالف المبدأ القائل على أنّ المرأة الحرّة لا تكشف والمرأة مؤتمنة على موطن سرّها وتصدق في ما قالت عنه"²، فالمحكمة العليا أغلقت المسألة أمام المحاكم و أمام الزوج حيث قرّرت أنّ عرض المرأة على الطبيب يكون في حالة الضرورة القصوى وبعد أخذ موافقتها، أضاف القرار أنّه لا يمكن ذلك سواء بإذن المحكمة أو بطلب من الزوج لما فيه ستر للمرأة واحتياطاً لشرفها

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 170.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش 1989/10/02 ملف رقم: 55116، م.ق 1991، ع. 01، ص 33.

وبالتالي لا يبقى للزوج إلا طريق الطلاق وإن كان يعدّ طلاقاً غير مبرّر وتعثّفني يتحمّل فيه الزوج المسؤولية.

كما أنّ القضاء الجزائري يعتبر أنّ تأسيس الطلاق بناء على عقم الزوجة غير مبرّر وهو طلاق تعسّفني، فقد اعتبرت المحكمة العليا أنّ طلاق الزوج لزوجته يعدّ طلاقاً تعسّفنياً و يستوجب تعويض الزوجة و هذا بموجب القرار الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2006، حيث نصّ على: "حيث أنّه يتعيّن تذكير الطّاعن بأنّ عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها و الحال أنّ هذه المسألة لا تعدّ من الأسباب القانونية التي تحوّل للزوج الطلاق و تحميل المطلقة مسؤوليته و بالتالي يعتبر الزوج قد تعسّف في طلاقه و تجاوز في استعمال حقّه"¹.

فهذا القرار يحرم الزوج من طلب فسخ الزواج ويحمّله المسؤولية، أمّا مسألة عقم الزوج فخلاف لعقم الزوجة، فإنّ عقمه يعتبر سبباً للزوجة للمطالبة بالتطليق.

إجمالاً لما سبق ذكره، فإنّ المشرّع الجزائري رغم إقراره بحقّ الزوج في حلّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وتمكينه من ذلك تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إلاّ أنّه أخضعه لقيود فهو موضوع تحت رقابة القاضي، فلا عبء بتلفّظ الزوج بالطلاق إذ يتوجّب عليه اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك، ولا يعدّ الحكم صحيحاً إلاّ بعد القيام بإجراءات الصّحح لمحاولة التوفيق بينهما و الوقوف على المشاكل التي دفعت إلى اللجوء إلى القضاء، ولو وجد القاضي أنّ الزوج لا يملك سبباً وجيهاً للطلاق أو كان سببه تافهاً كيف طلاقه على أنّه تعسّفني وألزمه بتعويض الزوجة. ولقد نصّ المشرّع كذلك على إمكانية فكّ الرابطة بتوافق إرادة الزوجين وهو ما يعرف بالطلاق التوافقي أو الطلاق الودّي أو الطلاق بالتراضي.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش - 2010/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، ع. 01، ص 499.

المطلب الثاني:

الطلاق بالتراضي من مظاهر المساواة في فكّ الرابطة الزوجية.

لقد جعلت المادة 48 من قانون الأسرة المعدل، الطلاق بالتراضي أو ما يعرف بالطلاق الودّي، صورة من صور حلّ لرابطة الزوجية، حيث يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بشكل ودّ و بدون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، ولا تمسّ مصالح أطفالهما إن وجدوا، والغاية من هذا المقتضى الاستجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودّان إشهار أسباب الخلاف في أروقة المحاكم، إضافة إلى ما يحقّقه ذلك من مرونة في العلاقات الأسرية لا سيما إزاء الأطفال، حيث يقوم الزوجان باختيار الطلاق بالتراضي كوسيلة لحلّ الرابطة الزوجية، فيتفقان على جميع المسائل و يرفعان أمرهما إلى القاضي الذي يثبت ذلك في حكم، و تشهد المحاكم في الجزائر تسجيل عدد كبير لهذا الشكل من الطلاق، إذ يحتل الطلاق بالتراضي المرتبة الثانية بعد الطلاق بالإرادة المنفردة، من حيث عدد الأحكام التي تصدر عن المحاكم وهذا يعكس بجلاء توجه فئة كبيرة من المطلّقين إلى الحفاظ على أسرارهم وعدم نشرها في جلسات المحاكم، واختيار هذه الطريقة في إنهاء العلاقة الزوجية، من شأنه أن يحافظ على العلاقات بين الأسر وأن يحدّ من الأخطار الناجمة عن الطلاق، كما يعتبر شكلا من أشكال المساواة بين المرأة والرجل في فكّ الرابطة الزوجية، و يجد هذا النوع من الطلاق أساسه و مشروعيته من الشريعة الإسلامية (فرع أول)، و تبناه المشرّع الجزائري كصورة من صور الطلاق (فرع ثاني).

الفرع الأوّل:

الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية.

اهتمّ فقهاء الشريعة الإسلامية بالطلاق بصوره الثلاثة والمتمثلة في الطلاق بإرادة الزوج، التّطليق والخلع نظرا للأسانيد الشرعية التي تنظّمها سواء في الكتاب أو في السنة¹، ولم يهتمّوا كثيرا

¹ أنظر محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة-الكتاب الثاني- انحلال ميثاق الزوجية و آثاره، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء- المغرب، ط2، 2009، ص 92.

بصورة الطلاق بالتراضي، غير أن هذا لا يعني أنه يتصادم و يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية بل بالعكس فهو طلاق، ولكن كل ما في الأمر أنه يكون باتفاق الطرفين، وهو صورة حضارية لافتراق الزوجين، لا تصطدم مطلقاً مع النصوص الشرعية والقانونية، فالطلاق بالتراضي هو الاتفاق ما بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة بأن استمرارها بالحياة الزوجية أصبح أمراً مستحيلاً لأي سبب من الأسباب فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق. ويجد الطلاق بالتراضي كصورة من صور فك الرابطة الزوجية في القرآن الكريم في قوله سبحانه وتعالى: ﴿... وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا﴾¹، وفي قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾².

وهذا ما نصّ عليه قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان، حيث جاء في القرار أن أصل الطلاق بالتراضي هو آيات من 127 و 130 من سورة النساء³.

أمّا أساسه في السنة أنه ثبت أن رافع ابن خديج الصحابي لما كبرت امرأته تزوج عليها فتاة شابة، فأثر الشابة عليها، فناشدته الطلاق فطلقها تطلقاً⁴، ثم أمهلها ثم راجعها ثم ناشدته الطلاق فطلقها، ثم ناشدته الطلاق فقال لها: "ما شئت، إنها بقيت واحدة، فإن شئت استقررت على ما تريد و إن شئت فارقتك، قالت، بل أستقرّ على الأثرة"، فأنزل الله - إقراراً لفعله - في قوله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ...﴾⁵، فدلّ الحديث على جواز إيقاع الطلاق بالتراضي - بمفهوم المخالفة - لو قالت طلقني لوقع الطلاق بينهما بالتراضي.

¹ سورة النساء: 127.

² سورة النساء: 130.

³ أنظر قرار مجلس قضاء تلمسان 1967/07/06، م. ج 1968، ع 4، ص 1240.

⁴ مالك ابن أنس، الموطأ.

⁵ سورة النساء: 128.

والطلاق بالتراضي أفضل أنواع الطلاق، وأكثرهم موافقة للسنة، قال تعالى: ﴿.. وَالصُّلْحُ خَيْرٌ..﴾، والألف واللام تقيّد العموم، أي أنّ كل صلح هو خير إلا إذا أدى إلى الإضرار، وفائدة هذا النوع من الطلاق أيضا أنه يسمح للزوجين أن يفترقا في مدّة معقولة بدون مفاخرة ولا فضائح¹، فيفترقان بالإحسان كما اجتمع عليه.

الفرع الثاني:

الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري.

إنّ الطلاق بالتراضي هو صورة من صور الطلاق المنصوص عليها في المادة 48 من قانون الأسرة المعدّل، وهو فكّ الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين، ولا يقع هذا الطلاق إلا إذا توفّرت فيه شروطا معيّنة:

أولاً: شروط إيقاع الطلاق بالتراضي:

- 1- أن يكون عقد الزواج صحيحاً: يجب على القاضي التأكّد من قيام زواج شرعي صحيح بين الزوجين الراغبين في الطلاق بالتراضي، ويشار إلى ذلك في حيثيات حكم القاضي بالطلاق بالتراضي.
- 2- أن يتمّ بناء على طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقّعة من الزوجين طبقاً للمادة 428 ق.إ.م.إ.
- 3- يشترط في الزوجين أهلية كاملة (19 سنة) وعدم الإصابة بالجنون والسّفه.
- 4- لا يشترط في هذا النوع من الطلاق أن يتمّ فيه تسبب الدّعوى، بحيث يمكن أن يكون أساس الطلاق وجود عيب في أحد الزوجين وهو عيب خفيّ فإنّه من مصلحة الزوجين عدم الإدلاء بذلك العيب.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

5- يشترط كذلك على القاضي إجراء محاولة صلح و ذلك ليتأكد على عزم الزوجين على الطلاق، كما يمكن أن يتفقا على آثار الطلاق كحضانة الأولاد وحق الزيارة و نفقة الأولاد، وتحديد النفقة، غير أنه يشترط في كل ذلك ألا يكون هذا الاتفاق منافيا لمصلحة الأولاد أو مخالفا للنظام العام، وإلا حكم القاضي بخلاف ذلك.

وفي هذا الشأن رفض القاضي قسم شؤون الأسرة لمحكمة سبدو لاستجابة لما اتفق عليه الزوجان بعدم منح النفقة للمحضونين لمخالفة ذلك النظام العام و تعارضه مع مصلحة المحضون، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي (حيث أنه و من المقرر قانونا و عملا بنص المادة 431 ق.إ.م. أن للقاضي النظر في الاتفاق بين الطرفين و له أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام، حيث أنه فيما يخص الطرفين على عدم منح النفقة للأولاد المحضونين، فإنه يعد مخالفا للنظام العام و يتعارض مع مصلحة المحضون، كون أن النفقة الغذائية التي يمنحها الأب هي من حق المحضون وحده و لا يحق الاتفاق على غير ذلك، مما جعل من المحكمة تستبعد هذا الاتفاق¹.

أما ما يتعلق بالتعويض فلا يكون في الطلاق بالتراضي إذ ليس هناك أي تعسف أمام موافقة الزوجين على فك الرابطة الزوجية، وإذا قضت المحكمة بخلاف ذلك فيكون ذلك معرّضا للتقاضي و يخضع الطلاق بالتراضي إلى كليات وإجراءات لرفع دعوى الطلاق بالتراضي.

ثانيا: كليات رفع الدعوى:

لأن الطلاق بالتراضي ما هو في حقيقة الأمر إلا اتفاق بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية وعلى ما يترتب على ذلك من آثار بشرط ألا يمس ذلك بمصلحة الأطفال وأن لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام، خصّ المشرع الجزائري هذا النوع بعريضة تتوافق مع طبيعة الرضائية، إذ نصّ في المادة 428 ق.إ.م. إ، على تقديم الزوجين لطلب مشترك يكون في شكل عريضة وحيدة

¹ محكمة سبدو، 2015/12/19 حكم غير منشور.

موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط، وتتضمن هذه العريضة الوحيدة طبقا للمادة 429 ق.إ.م.إ. ما يلي:

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب: وتكون المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها، مكان إقامة أحد الزوجين باختيارهما.

2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما.

3- تاريخ ومكان زواجهما: وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر.

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق: كما

يجب أن يرفق مع هذه العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين، وعند إيداع هذه العريضة بأمانة الضبط يقوم أمين الضبط بإحضار الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لها استدعاء لهذا الغرض طبقا لما جاء في نص المادة 430 ق.إ.م.إ.

وتجدر الإشارة هنا أنّ أهم ما يمكن استنتاجه من خلال المواد، 428، 429، 430 ق.إ.م.إ، أنّ هذه الأحكام التي تتعلق بالصّور الأخرى لفكّ الرابطة الزوجية من حيث نوع العريضة وما تتضمنه من بيانات، وكذلك من حيث كيفية تبليغ الأطراف، وهذا أمر تقتضيه خصوصية الطلاق بالتراضي من حيث أنّه اتفاق مسبق بين الزوجين على فكّ الرابطة الزوجية دون نزاع، ودور القضاء يكمن في المصادقة عليه ما لم يشمل هذا الاتفاق على عناصر تمسّ بمصلحة الأطفال ومقتضيات النظام العام، ممّا يقتضي تدخّل القاضي لتعديلها أو إلغائها.

وبهذا نظّم المشرّع الجزائري الطلاق بالتراضي في المادة 48 ق.أ، و وضع له إجراءات خاصّة تمثلت في العريضة الوحيدة المشتركة، يوقعها الزوجان وإجراءات أخرى يجب على القاضي إتباعها، كما أنّه لم يميز الاستئناف في حكم الطلاق بالتراضي، لا في شقّه المتعلّق بفكّ الرابطة الزوجية ولا في شقّه المتعلّق بالجوانب المالية.

وعلى العموم فإنّ الطّلاق بالتّراضي يعتبر تكريسا لمبدأ المساواة بين المرأة و الرّجل، فهذا الطّلاق يتمّ بإرادتهما المشتركة ويكون بالرّضا الحرّ والكامل للمرأة والرّجل على اعتبار أنّ هذا النوع من الطّلاق يكون تحت رقابة القضاء.

بالإضافة إلى الطّلاق بإرادة الرّوج و الطّلاق بالتّراضي فقد منح المشرّع إمكانية فك الرّابطة الزوجية بناء على رغبتها من طرف القاضي، كما منحها إمكانية حل الرّابطة الزوجية بإرادتها مقابل مبلغ مالي تدفعه للرّوج.

المبحث الثاني

حق المرأة في فك الرّابطة الزوجية بإرادتها

لقد منح قانون الأسرة استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية المرأة في حالة تضرّرها من تصرفات الرّوج أن ترفع طلبها للقاضي، من أجل التّدخل لفك رابطة زوجية لم تعد توفر لها السعادة والسكينة والأمان وهذا ما يعرف بالتّطليق الذي لا يكون إلّا بناء على أسباب محدّدة في القانون (مطلب أوّل)، كما منح للمرأة إمكانية إنهاء الرّواج بإرادتها مقابل مبلغ مالي تقدّمه للرّوج وهذا ما يعرف في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة بالخلع (مطلب ثاني).

المطلب الأوّل:

حق المرأة في التّطليق.

إذا كان الطّلاق الذي يوقعه الرّوج على زوجته بإرادته المنفردة متى شاء دون أن يسأل على ذلك باعتبار العصمة بيده حتّى لو اتّصف هذا الطّلاق بالتّعسّفي، فإنّ التّطليق هو منح الرّوجة حق طلب التّفريق عن زوجها أمام القاضي بناء على إرادتها المنفردة استنادا إلى حالات محدّدة ومنصوصا عليها قانونا: والقاضي هنا يوقع الطّلاق لامتناع الرّوج عن إيقاعه في حالة تستدعي الطّلاق بتوافر الأسباب، والتّفريق عن طريق القاضي يجد أساسه في الشريعة الإسلامية فيمكن للمرأة في الفقه الإسلامي أن تفكّ زوجها، ليس بإرادتها المنفردة وإنّما عن طريق القاضي إذا ما

أثبتت سببا مشروعاً يجعل الحياة الزوجية مستحيلة وذلك ما يسمّى بالتطليق ويتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة، فلم تهمل الشريعة الإسلامية حق الزوجة بل عملت على رفع الظلم عنها فمنحت لها حق طلب التفريق وأوجبت على القاضي أن يجيب طلبها و ينظر في الأسباب الضارة بالمرأة ويعمل على إنصافها حسب ما تقرّه العدالة¹، ولقد واكب هذا الرأي قانون الأسرة الجزائري و منح للزوجة الحق في طلب الطلاق (التطليق) حتى ولو لم يرغب الزوج في ذلك، وبهذا جعل المشرع الجزائري فكّ الرابطة الزوجية بطلب من المرأة أمام القاضي صورة من صور الطلاق حيث نصّت المادة 48 من قانون الأسرة على أنه: "...يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

وبناءً على المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على إثبات الطلاق بحكم من القاضي و حيث أنّ التطليق لا يكون إلاّ أمام القاضي فإنّه يكون دائماً بصدور حكم قضائي بناء على طلب الزوجة والحكم بالتطليق، غير قابل للاستئناف إلاّ في جوانبه المادية طبقاً للمادة 57 من قانون الأسرة و عليه فإنّ الحكم بالتطليق يعتبر ابتدائياً هائلياً، و الحكم بالتطليق يعتبر طلاقاً بائناً طبقاً للمادة 50 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّ: "من راجع زوجته بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد"، و لقد أحسن المشرع صنعا عندما اعتبر التطليق طلاقاً بائناً فلا يعقل أن تطلق المرأة من زوجها لتضربها ثمّ يسمح له بمراجعتها دون موافقتها ما دام الطلاق رجعي².

لقد سمح المشرع للمرأة الحق في التطليق أمام القاضي، واستمدّ بعض أسباب التطليق من الشريعة الإسلامية، وبعض الأسباب الأخرى جاءت مساندة للتطورات التي تعرفها المرأة والمجتمع، حيث كانت أسباب التطليق في قانون الأسرة 11/84 محدّدة في سبعة (07) أسباب ثمّ ارتفع

¹ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج1 الزواج و الطلاق، دار النهضة، بيروت، طبعة 1967، ص 429.

² عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 212.

عددها إلى عشرة أسباب في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2000، وبهذا سيتم تقسيم أسباب التّطليق إلى فرعين، فرع خاص بأسباب التّطليق في قانون 11/84 وفرع خاص بأسباب التّطليق المضافة في تعديل 02/05، ويجب الإشارة إلى أنّ الاتفاقيات الدولية لم تنص على التّطليق بطلب من المرأة وإنما نصّت على حق المرأة في فكّ الرابطة الزوجية مساواة مع الرّجل، فالاتفاقيات الدولية لم تمنح المرأة حق الطّلاق بطريقة معيّنة وإنما طالبت الدّول الأطراف أن تمنح هذا الحق للمرأة إذا كان ممنوحاً للرّجل، فتمتّع بالحق في الطّلاق في حالة تمتّع الرّجل بهذا الحق، فليس هناك مانع من أن تمتّع به إذا لم يتمتّع به الزّوج.

الفرع الأوّل:

أسباب التّطليق في قانون الأسرة 11/84.

نصّت المادّة 53 من قانون الأسرة 11/84 قبل التّعديل على أنّه يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق للأسباب التالية:

- عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزّواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .
- الحكم بعقوبة شائنة مقيّدة لحرية الزّوج لمُدّة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة.
- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و 37 أعلاه.
- ارتكاب فاحشة مبيّنة.

إنّ المادة 53 من قانون الأسرة قبل التعديل عدّدت سبعة حالات يمكن للقاضي من خلالها التّطّق بفكّ الرّابطة الزوجية عملاً بأحد الأسباب الخاصّة بالتّطّيق ويبقى ذلك مرهوناً بما تقدّمه الزّوجة من أدلّة و بيّنة لإثبات الحالات المذكورة وهي الحالات المؤسّسة في معظمها على ما خلص إليه فقهاء الإسلام في هذا الموضوع، والأسباب الّتي كان بإمكان المرأة أن تطلب بموجبها فكّ الرّابطة الزوجية أمام القاضي، تتمثّل فيما يلي:

1- التّطّيق لعدم الإنفاق:

الواردة في الفقرة الأولى من المادة 53 ق.أ المعدّل، والّتي تنصّ على ما يلي: "يحقّ للزّوجة طلب التّطّيق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزّواج مع مراعاة المواد 78، 79 و 80 من هذا القانون...".

يتّضح من خلال هذه الفقرة أنّها تعطي للزّوجة الحق في طلب التّطّيق و لكن وفقاً لشروط معيّنة، بحيث أنّه مع مراعاة توافر هذه الشّروط يسقط حق الزّوجة في ممارسة هذا الحق، و يمكن تلخيص هذه الشّروط فيما يلي:

- امتناع الزّوج عن الإنفاق عمداً وقصداً: ويقتضي هذا الشرط أن الزّوج يكون متعسّفاً حيث يقصّر في عدم الإنفاق على زوجته في إطار النفقة الزوجية الواجبة قانوناً بموجب عقد الزّواج وذلك دون أيّ سبب وجيه، إذ يتعمّد عدم الإنفاق بقصد إلحاق الضّرر بزوجه.

- صدور حكم من المحكمة يوجب نفقة الزّوج على زوجته: وهذا يعني أنّ الزّوج قد امتنع عن التّفقة مدّة معيّنة من الزمن و أنّ الزّوجة قامت برفع دعوى قضائية ضدّ زوجها تطالبه بالإنفاق ممّا يترتّب على ذلك استصدار حكم يلزمه بالإنفاق سواء كانت دعوى عادية أو استعجالية، فإن لم يلتزم بحكم المحكمة القاضي بالإنفاق على الزّوجة جاز لهذه الأخيرة رفع دعوى التّطّيق ولهذا فإنّ الامتناع عن التّفقة، غير كاف كأساس لطلب التّطّيق بل لا بدّ من التّأكيد عليه بحكم قضائي، و السّؤال المطروح هنا يتمثّل في ما هي المدّة الّتي يجب على الزّوجة انتظارها بعد

الحكم بالتفقة على الزوج و امتناعه عن تنفيذها؟ هناك من يرى أن مدة الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التّطليق هي شهرين قياسا على المدة التي وردت في المادة 333 ق.ع.ج والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم التفقة لمدة تتجاوز شهرين¹، وتبقى هذه المدة استنتاجا من المادة المذكورة لأن مواد التّطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة لم تذكرها، كما أن هذه المدة تخصّ الشّروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزائيا لامتناعه عن تقديم نفقة مقرّرة قضاء².

- ألا يكون امتناع الزوج عن التفقة بسبب إعساره: فالزوج قد يكون موسرا كما قد يكون معسرا فإن كان معسرا لأيّ سبب فهنا ينتفي ظلم الزوج لها لأن العسر لا يحاسب عليه، أما إذا كان موسرا و امتنع عن الإنفاق فهنا يكون للزوجة الحق في المطالبة بالتفقة وتطلب التّطليق لعدم الإنفاق.

- ألا تكن الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج: حتى تتمسك الزوجة بحقها في طلب التّطليق بسبب عسر الزوج، يشترط ألا تكون على علم بعسر زوجها وقت إبرام عقد الزواج، فإن كانت على علم بذلك ورضيت به زوجها فإنّ حقها في طلب التّطليق لهذا السبب يسقط، بل وترفض المحكمة طلبها وهذا الشرط يبدو منطقيا من حيث أنّها علمت بحاله و قبلت به، و لا يمكنها الاحتجاج إلاّ أنّ الإشكال المطروح هو في حالة الإعسار بسبب تقاعس الزوج، فهل تجبر المرأة على البقاء مع زوج متقاعد عن العمل ثمّ لا يجد ما ينفق به عليها، ونقول أنّها كانت تعلم بإعساره، إنّ التمسك بحرفية النصّ السابق يؤدّي إلى القول بأنّه لا يحق لها طلب التّطليق، لكن إذا أخذنا بروح النصّ فنقول، بأنّ لها الحق في طلب التّطليق، و لذلك كان ينبغي على المشرّع أن يعدّل في النصّ بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ و الاستثناء، و خصوصا إذا تبيّن تقاعس الزوج عن طلب الرّزق و لا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها من طلب

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 278.

² عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الدّيون الوطني للأشغال التّربوية، ط2، 2002، ص 27.

الطلاق¹، وهذا ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يرى جمهور الفقهاء، الإمام مالك والشافعي وأحمد أن المناط من التفريق هو رفع الضرر عنها وعلمها بإعساره وقت الزواج لا يسقط حقها في ذلك فهم يقولون بجواز التفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق، وإن إمساكه مع امتناعه عن الإنفاق هو ضرر بالغ بها²، وقد أضاف المشرع شرطا إلى الشرطين السابقين مراعاة المواد 78، 79، 80 ق.أ، و بالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها تبين مشتملات النفقة وكيفية تقديرها، و وقت استحقاقها، حيث جعل المشرع الجزائري النفقة شاملة للغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وذلك ما ورد في المادة 78 من قانون الأسرة، وتجدر الإشارة إلى أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التّطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وهذا ما جاء في المادة 79 ق.أ والتي أحالت إليها 01/53 من نفس القانون.

بناءً على ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يأخذ بشرطين للتفريق لعدم الإنفاق و هما المتمثلان في أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكما قضائي ويمتنع رسميا عن ذلك.

أما الشرط الثاني فيتمثل في ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج والتطليق لعدم الإنفاق الذي نص عليه المشرع الجزائري يجد أساسه وخلفيته الشرعية في الفقه الإسلامي، حيث قال بجواز التفريق لعدم الإنفاق جمهور الفقهاء، فقد ذهب هذا الرأي المالكية والشافعية والحنابلة وأكثر الفقهاء مع اختلافهم في بعض التفصيلات، وقد استدلل جمهور الفقهاء في ذلك بالقرآن والسنة، أما من القرآن ففي قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 110.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 274.

أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...¹ وقوله سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾².

أما من السنة النبوية الشريفة ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أنه قال: { أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني }³.

يفهم من هذا الحديث أن الزوج إما أن ينفق أو يطلق و إلا يطلق عليه القاضي، وعن أبي هريرة أيضا أن النبي ﷺ: { قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته يفرق بينهما }⁴، والنص في هذا الحديث صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق، أما من المعقول فقد استدل جمهور الفقهاء بالمنطق والمعقول بالقياس عن التفريق لعيب الحب والعنة فمن باب أولى إجازة التفريق لعدم الإنفاق لأن البدن لا يقوم دون إنفاق عكس الوطأ، كما استدل جمهور الفقهاء بأن التفقة تجب مقابل الاستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة النشوز وبالتالي إذا لم ينفق الزوج سقط حقه في الاستمتاع وبالتالي وجب حق الخيار، والتطبيق لعدم الإنفاق يجد له تطبيقات عديدة على مستوى القضاء في الجزائر غير أن الملاحظ أنه عادة ما يكون مقرونا بأسباب أخرى⁵، ومثال ذلك قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: (من المقرر قانونا أنه يجوز تطبيق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطبيق لتضررها من ضرب الزوج و طردها مع أولادها و عدم الإنفاق عليها، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطبيق والتعويض معا لثبوت تضررها، و عليه فإن

¹ سورة البقرة: 231.

² سورة البقرة: 229.

³ أحمد ابن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ص 500.

⁴ رواه البيهقي، ج 7، المرجع السابق، الحديث رقم 107208.

⁵ عيساوي عبد التور، المرجع السابق، ص 217.

قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزّوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون)¹، كما أنّ هناك قرار قضائي يثبت أحقيّة المرأة في التّطبيق لعدم الإنفاق وهذا بموجب قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 جانفي 1987 والذي جاء فيه (من المقرّر فقها وقانونا أنّه يجوز طلب التّطبيق في حالة عدم الإنفاق... وأنّ المجلس القضائي لما قضى بتطبيق الزّوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل، طبق القانون تطبيقا صحيحا)².

2- التّطبيق للعيوب:

وهو ما نصّت عليه المادّة 53 ق.أ المعدّل في فقرتها الثانية: "يجوز للزّوجة أن تطلب التّطبيق للأسباب التالية: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج".

والهدف من الزّواج طبقا للمادّة الرابعة من قانون الأسرة، وهي المودّة والرّحمة والتّعاون وإحصان الزّوجين والمحافظة على الأنساب، وانطلاقا من هذه المادّة فإنّ المشرّع قد أجاز للزّوجة طلب التّطبيق للعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزّواج، إلا أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد أيّ عيب من العيوب الحائلة دون تحقيق الهدف من الزّواج واكتفى بفقرة موجزة جدّا، تحدّث فيها عن العيوب بلفظ عام دون أيّ تدقيق أو شرح، تاركا المسألة للاجتهادات الفقهية ولم يمنح المشرّع هذا الحق للزّوج على أساس ما يملكه من حق في إيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة والمنصوص عليها في المادّة 48 من قانون الأسرة، ويكون بذلك أخذ برأي الإمام أبو حنيفة الذي أعطى هذا الحق للزّوجة فقط ولا يعترف للزّوج به لأنّه يملك حق الطّلاق، ولأنّ هذا أستر للزّوجة وأحفظ لبعض حقوقها، لكن رغم ذلك يستطيع الزّوج أن يبرّر طلاقه لزوجته لإصابتها بعيوب من العيوب حتّى ينفي التّعسف عن نفسه ويتفادى بذلك التّعويض³.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21 جويلية 1198، ملف 192665 الاجتهاد القضائي 2001، ع. خاص، ص116.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/01/26، ملف 44457، المجلة القضائية، 1991، ع. 04، ص 08.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام في إنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها Encyclopedia édition بن عكنون- الجزائر، 2003،

ومن خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة 53 ق.أ يمكننا أن نستشف الشروط التي تجعل العيب سببا للتفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة و المتمثلة في:

- أن يكون العيب موجودا بالزوج دون الزوجة لأن العيوب إذا كانت في الزوجة، فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة.

- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج أي تمنع الدخول و الاستمتاع أو الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكّر صفوة الحياة الزوجية القائمة على المودة و الألفة.

- ألا تكون عالمة بحال زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته و هي تعلم بوجود العيب، سقط حقها في طلب التّطليق لأنّ زوجها منه حينئذ يعتبر بمثابة رضا منها بالعيب وإسقاطا لحقها في طلب التّطليق¹.

- أن يتم إثبات ما تدّعيه الزوجة بكافة وسائل الإثبات بالخبرة أو شهادة الشهود أو الإقرار أو غيره، فإذا رفعت الزوجة دعوى التّطليق لعيب ما بزوجها على المحكمة، أن تتأكد من وجود العيب وذلك بالاعتماد على أهل الخبرة والعلم، هذا إن لم يكن هناك إقرار من طرف الزوج و بعد التّأكد من وجود العيب لا بدّ من معرفة مدى قابليته للعلاج، فإن كان هناك أمل للعلاج وحب على المرأة أن تنتظر مدّة سنة، يمهل فيها القاضي زوجها من أجل العلاج فإن لم يشفى يقضي القاضي بالتّطليق.

ورغم أنّه يعاب على المشرّع الجزائري أنّه لم ينص على منح أجل أو مهلة للزوج من أجل العلاج و الشفاء من العيب، خاصّة إذا كان العيب قابلا للزوال و الشفاء، إلا أنّه جرى القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدّة للزوج و انتظار انتهائها ومدى شفاء الزوج من العيب المثار بسبب

¹ بلحاج العربي، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ع.03، 1990، ص 570 .

دعوى التّطليق من طرف زوجته، ويؤكد ذلك قرار المحكمة الصّادر بتاريخ 10/11/1984 حيث جاء فيه: "من المقرّر في الفقه الإسلامي وكل ما جرى به القضاء أنّه إذا كان الزّوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقرّ أن تكون الزّوجة أثناء المدّة بجانب زوجها وبعد انتهاء هذه المدّة، فإن لم تتحسنّ حالة مرضه حكم لزوجه بالتّطليق، وعليه فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعدّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامي¹".

والعيوب الحائلة دون تحقق الهدف من الزّواج الموجب لطلب التّطليق طبقا للفقرة 2 من لم يتعرّض فيها المشرّع لأيّ تفصيل يخصّ هذه العيوب، بحيث لم يحددها و لم يحرصها، بل ولم يحدّد بعضها على سبيل المثال كما لم يبيّن طبيعتها، هل هي من العيوب الخبيثة فقط أم تلحق بها عيوب جسدية ونفسية أخرى، كما لم يفرّق المشرّع الجزائري بين العيوب التي تكون في الزّوج وقت العقد أو تطرأ عليه بعده²، وهذا لا يعتبر نقطة سلبية في التشريع الجزائري، بل العكس فقد أصاب المشرّع الجزائري وأحسن صنعا من عدّة نواحي منها:

- لم يحدّد العيوب بأنواعها وإّما حدّد العلة التي من أجلها يمكن طلب التّطليق و هي عدم تحقيق هدف من أهداف الزّواج.

- والنقطة الايجابية الثانية والتي حقّقها المشرّع تتمثّل في أنّه ترك المجال واسعا أمام السّلطة التقديرية للقاضي، بحيث له الحرّيّة وفقا لأهداف الزّواج المذكورة سابقا في أن يكيّف نوع وطبيعة العيب أو المرض الذي يعاني منه الزّوج، و هل يحول دون تحقيق الهدف من الزّواج أم لا فلم يقيد المشرّع القاضي بأنواع محدّدة من العيوب حتّى لا تظلم المرأة في رابطة زوجية لا تحقق لها المودّة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، رقم 34784، الصّادر بتاريخ 10/11/1984، المجلّة القضائية ع.3، 1989، ص73.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون- الجزائر، 1999، ص86.

والرحمة والسكينة التي هدفت إليها بزواجها¹، وفي هذا الشأن لم يأخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الفقهي الذي حصر العيوب بل أخذ بالرأي الذي ربط التطلق بكل عيب يعيق تحقيق مقاصد النكاح، وهذا ما أكدته قضاة المحكمة العليا، حيث قضوا بما يلي: "من المقرر شرعا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا... ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما..."²، ومن خلال هذا القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا، أخذوا بعيب عدم الإنجاب على أساس أنه لا يحقق هدفا من أهداف الزواج، كما يلاحظ هنا أن القاضي الجزائري، أخذ بعيب العقم برغم عدم ذكره من طرف الفقهاء الذين حدّدوا الكثير من العيوب الموجبة للتفريق³، والحقيقة أن عدم اعتبار العقم كعيب موجب للتفريق من طرف الفقهاء يعود إلى عدم إمكانية معرفة الطرف العاجز عن الإنجاب هل هو الزوج أم الزوجة و بالتالي لا يمكن الجزم على ذلك أمام انعدام التطور العلمي الذي يستطيع أن يحدّد الطرف المعيب، أمّا الآن وأمام التطور العلمي الحديث فقد أصبح ذلك سهلا خاصة في بعض الحالات والتي يستطيع الطب أن يجزم فيها باستحالة الإنجاب⁴.

إنّ التطلق للعيب المنصوص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة، مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، فقد اتفقت المذاهب الأربعة (الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة) على أنه يجوز

¹ آيت شاوش دليلة، إثناء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية-، رسالة لنيل دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 54.

² قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي لغ.أ.ش بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، ع. خاص، سنة 2000، ص 119.

³ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 55.

⁴ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 56.

التفريق لصالح الزوجة إذا أصيب الزوج بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج و استدلوا في ذلك من القرآن و السنة و المعقول، فأما من القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿... فَأَمَّا كَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ...﴾¹ فهذه الآية تحت الزوج على أن يعامل زوجته بالمعروف، بأن يوفّيها حقها الطبيعي و يحسن عشرتها ولا يظلمها شيئاً من حقها و لا يضار بها²، و إذا تعذّر عليه ذلك لعيب ألمّ به فمن الواجب عليه تسريحها بإحسان لأنه تعذّر عليها تحصيل المقصود من النكاح وهو العفة و الإحصان، أما أدلتهم في السنة النبوية فيمكن إجمالها في قوله صلى الله عليه وسلم: { لا ضرر ولا ضرار }، فإمسك الزوجة دون إعطائها حقوقها، فيه ظلم و يوجب إجابتها في طلب التّطليق من القاضي لرفع الضرر عنها.

3- التّطليق للهجر في المضجع:

تنصّ المادة 53 الفقرة 3 من قانون الأسرة أنّ الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر يعتبر سبباً من أسباب التّطليق و الهجر الوارد في، هذه الفقرة هو الهجر الموقع الضرر و الموجب للتّطليق، وحتّى يتسنّ للزوجة طلب التّطليق للمهجر في المضجع لا بدّ من توفر الشّروط التّالية:

- هجر الزوج لزوجته من المبيت معها في فراش الزوجية و الإعراض عنها و عدم الاقتراب منها أو ترك فراش الزوجية و نوم الزوج في فراش آخر.

- أن يكون هذا الهجر عمدياً دون مبرر شرعي و قانوني فالهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التي شرعها الله للزوج من أجل تأديب زوجته التّاشر لقوله تعالى: ﴿... وَاللّٰتِي تَخَافُوْنَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ

¹ سورة البقرة: 229.

² ابن كثير، 1/ 272؛ القرطبي، 3/ 127، مقتبس عن: آيت شاوش دليّة، المرجع السابق، ص 22.

سَبِيلًا...¹، ولما كان الهجر كوسيلة للتأديب يجب أن يكون في حدود قوله تعالى:
 ﴿...وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾².

ومن هنا يتضح أنّ الهجر الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة هو الهجر الموقع للضرر والموجب للتطليق، أمّا إذا كان سبب مرض الزوج أو وجوده في خدمة عسكرية أو غيرها من المبررات فلا يجوز لها طلب التطليق.

ويشترط أيضا أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر و ألا يقع أيّ اتصال بين الزوجين، و الأساس الشرعي للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة هو ما جاء في القرآن الكريم حول الإيلاء لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (227)﴾³.

نجد المشرّع الجزائري يأخذ الهجرة لمدة أربعة أشهر من حكم الإيلاء، والإيلاء لغة هو الحلف بعدم الاقتراب من الزوجة، و لقد كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية يستخدمه العرب للإضرار بالزوجة، و لما جاء الإسلام حرّمها و غير من الإيلاء فجعله يمينا بعدما كان طلاقا و ألزم من يعود عنه أن يرجع بكفارة اليمين.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة أو استحليل معها مواصلة العشرة الزوجية:

بداية يجب الإشارة إلى أنّ المادة 04/53 ق.أ تمّ تعديلها بموجب الأمر 02/05 حيث كانت تنصّ قبل التعديل على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيّدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و استحليل معها مواصلة العشرة و

¹ سورة النساء: 34.

² سورة المزمل: 10.

³ سورة البقرة: 226-227.

الحياة الزوجية"، حيث قام بحذف للعقوبة الشائنة كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة (أكثر من سنة)، واكتفى بالنص على الآتي : "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق، في حالة الحكم على الزوج، عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية وتحليل الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة نجد أن المشرّع وضع عدّة شروط حتى تقبل دعوى التّطليق و يحكم للزوجة بالتّطليق يمكن تلخيصها في ما يلي:

- يجب أن يصدر في الزوج حكم في جريمة معيّنة، حائز لقوّة الشيء المقضي فيه، بحيث يصبح غير قابل للطّعن فيه لا بالطّرق العادية ولا بالطّرق الغير عادية¹، ولا يهّم ما نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج إذ قد تكون عقوبة سالبة للحرية كالسّجن أو الحبس، كما قد تكون عقوبة غير سالبة للحرية مثل الغرامة، فالمشرّع لم يحدّد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا مثل ما كان منصوص عليه في المادة 04/53 ق.أ قبل التّعديل، التي كانت توجب كشرط للحكم بالتّطليق، أن يصدر ضدّ زوج حكم بجريمة معيّنة بالحبس لمدة أكثر من سنة، فالمشرّع قبل التّعديل حدّد مدة العقوبة سنّة فأكثر، فإن كانت مدة العقوبة أقل من سنة لا يجوز الحكم بالتّطليق في هذه الحالة، وبموجب التّعديل الأخير لم يشترط المشرّع نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا كما لم يحدّد مدّتها.

- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبتها الزوجة، من تلك التي تمسّ شرف الأسرة وسمعتها والجريمة الشائنة هنا، فيها إشارة إلى جرائم الأخلاق، والأموال التي تتميز بأنها شائنة أكثر من غيرها، رغم أن الجرائم شائنة لكن ليست كلّها تؤدّي إلى استحالة الحياة الزوجية، كجريمة انعدام شهادة التّأمين أو المشاجرة ونحوها، فهذه الجرائم يعاقب عليها قانون العقوبات ولكنها ليست شائنة ولا مؤثّرة على استمرار الحياة الزوجية.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 266.

- أن يستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة والحياة الزوجية فتتغير العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم ويتحوّل الحب والمودة إلى بغض وكراهية وتستحكم الخلافات الحادة بينهما فتستحيل استمرار الحياة بينهما¹.

فإذا ما توفرت هذه الشروط مجتمعة جاز للقاضي أن يحكم بالتطليق، وبهذا فإنّ المشرّع الجزائري في تعديل قانون الأسرة سنة 2005 في المادة 53 لم يأخذ بعين الاعتبار مدّة الحبس وإثما أخذ بعين الاعتبار الإدانة بحدّ ذاتها واستحالة مواصلة الحياة الزوجية، تاركاً ذلك لتقدير قضاة الموضوع².

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة:

لقد أجاز المشرّع الجزائري التطليق للغياب طبقاً لما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، ويشترط لتحقيق هذا السبب كحالة من حالات التطليق ما يلي:

- أن يغيب الزوج غيبة طويلة تفوق السنّة تحسب هذه المدّة من يوم غيابه إلى يوم رفع الدّعى لأنّه لا يجوز للزوجة أن ترفع الدّعى ضدّ زوجها الغائب لتطليقها منه إذا كان غيابه لم يمضي عليه سنة من الزّمن وهنا يظهر أنّ المشرّع أخذ بالمذهب المالكي في تحديد المدّة بسنة فأكثر، وهنا أوجب المشرّع أن تمرّ سنة على الغياب تتضرّر فيها الزّوجة.

- أن يكون غياب الزوج عن زوجته يعتبر عذر مقبول، ذلك لأنّه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأديته الخدمة العسكرية أو تأدية خدمة عامّة أو من أجل التّعلّم أو العمل وما شابه ذلك فإنّه لا تقبل دعوى التطليق لغياب الزوج في مثل هذه الحالات³.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 267.

² بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 140.

³ تركماني نبيلة، أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، 2001، ص 59.

- كما أضاف المشرع شرطا آخر إلى الشروط المذكورة سابقا، وهو أن تكون الغيبة مقترنة بانعدام العذر وانعدام التّفقة، معنى ذلك أنّه لو تغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة بدون عذر وله مالا تنفق منه فلا يجوز لها في هذه الحالة أن تطالب بالتّطليق.

لقد استمدّ المشرع الجزائري هذه الفقرة الخاصّة بالغيبة بعد مضي سنة بدون عذر من مذهب الإمام مالك والذي يوافق فيه الإمام أحمد وذلك بقولها أنّه يجوز للزّوجة طلب التّطليق دفعا للضرر عنها، إلّا أنّ المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر والتّفقة أيضا رغم أنّ الإمام مالك يرى أنّ للزّوجة الحق في التّطليق من زوجها إذا غاب عنها حتّى لو كان له مال تنفق منه¹.

6- حالة ارتكاب فاحشة مبيّنة:

تناولت الفقرة السابعة من المادّة 53 ق.أ.ج، حالة ارتكاب فاحشة مبيّنة من أجل طلب التّطليق دون التصّ على المراد في قانون الأسرة من عبارة فاحشة مبيّنة، فمصطلح فاحشة جاء بصيغة التّكرار في هذه الفقرة لذلك لا بدّ من إحالتها إلى الشريعة الإسلامية طبقا لنصّ المادّة 222 ق.أ، رغم أنّ المعمول به قضائيا هو حصر الفاحشة في الزّنا، فمعنى الفاحشة في الاصطلاح القانوني، يختلف عن معناها في الاصطلاح اللّغوي والشّرعي، وفي الحقيقة فإنّ الفاحشة في مدلولها الشّرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزّنا، وإنّما تتعدّها إلى الجرائم التي أقرّها الشارع الحكيم، عقوبات محدّدة ومعيّنة تسمّى الحدود وهذه الجرائم هي (الزّنا، القذف، السرقة، السكر، الرّدة، البغي)، وبهذا إذا أتى الزوج بفاحشة جاز للزّوجة طلب التّطليق بسبب ارتكاب الزوج فاحشة.

7- التّطليق للضرر المعتبر شرعا:

أجاز المشرع الجزائري التّطليق للضرر المعتبر في المادّة 10/53 من قانون الأسرة، مسايرة لما ذهب إليه الفقه المالكي مستعملا عبارة كل ضرر معتبر شرعا، وهي عبارة واسعة الدلالة، إذ تشمل كلّ أنواع الضرر من ضرر مادّي وضرر معنوي، تاركا بذلك السّلطة التّقديرية الواسعة

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 278.

للقاضي لتقدير الضرر، كما يمكن أن تشمل هذه العبارة كل أسباب التّطليق الأخرى، ولقد وضع المشرّع عدّة شروط لا بدّ من توافرها حتّى يحكم القاضي بالتّطليق للضرر ويمكن إجمالها فيما يلي:

- أن يقع الضرر من الزوج أي يصدر من الزوج شخصيًا، فإن كان صادرا من عائلته، فلا يمكن طلب التّطليق للضرر لأنّ الضرر لم يصدر من الزوج.

- أن يكون الزوج متعمّدا لإضرار بزوجته أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة.

- أن يكون الضرر الذي أصاب الزّوجة معتبرا شرعا دون تحديد نوع معيّن للضرر.

فإذا ما توافرت هذه الشّروط وقامت الزّوجة بإثبات الضرر أمكن للقاضي أن يحكم بالتّفريق بين الزوجين، أمّا إذا لم تتوفّر هذه الشّروط، أو إن عجزت الزّوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها ومن أمثلة الضرر المعتبر شرعا وهي على سبيل المثال لا الحصر، وهذا لأنّ الضرر المعتبر شرعا يتغيّر حسب البيئة الاجتماعية وحتّى من زوجة إلى أخرى فما يكون ضرر ثقيلًا لدى زوجة ما، قد لا يكون كذلك عند زوجة أخرى¹.

- يعتدي الزوج على الزّوجة بالضرب أو السّب.

- ترك مسكن الزوجية و التّهرب من المسؤوليات الزوجية دون مبرر شرعي.

- إكراه الزّوجة على ارتكاب المحرّمات، مثل إكراهها على ممارسة الدّعارة... الخ...

- اتّهام الزوج زوجته اتّهام يخذش كرامتها ويمسّ شرفها ويطعن سلوكها وأخلاقها فإن ذلك يلحق ضررا كبيرا بها ويفسد العشرة الزوجية بينهما.

- ممارسة الزوج بعض السلوكات الشنيعة الماسّ بشرف وسمعة العائلة.

¹ اليزيد عيسات، التّطليق بطلب من الزّوجة في القانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - فرع عقود مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، 2003.

- إيتاء الزوجة كرها في غير موضع حرث وهو أمر محرّم شرعا لقوله تعالى: ﴿ نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِنَفْسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾¹.

ومن خلال التأمل فيما سبق من أمثلة عن صور الضرر يتبيّن مدى صعوبة إثبات العديد منها، كوطأ الزوجة في غير محلّ حرث أو إكراهها على ارتكاب المحرّمات أو سبّها أو شتمها، فيستحيل الإطلاع على بعضها كالوطأ.

الفرع الثاني:

أسباب التّطبيق المضافة في تعديل قانون الأسرة 02/05.

رغم أن الزوجة كان بإمكانها في قانون 11/84 طلب التّطبيق حال توفر شرط من الشّروط الواردة في المادّة 53 من قانون الأسرة وهي الحالات التي حدّدها المشرّع الجزائري على سبيل الحصر بهدف إتاحة الفرصة للمرأة لحلّ الرابطة الزوجية متى أصبحت الحياة الزوجية صعبة الاستمرار، ورغم أن المشرّع الجزائري سعى إلى حماية المرأة وأعطاهما المجال واسعا لتقدير حالة فك الرابطة الزوجية متى اقتنعت بضرورة ذلك إلا أنّ هذه المادّة المتضمّنة أسباب طلب التّطبيق التي يمكن أن تتدرّج بها المرأة أمام القضاء، تعرّضت إلى عدّة انتقادات سواء في محتواها ككل أو بعض عناصرها، فهذه المادّة جاءت بحالات على سبيل الحصر فهي ذات طابع مقيد يؤثّر على استخدام وسائل الإثبات ويصعب على المرأة تقديم الدليل في ما تدّعيه، وأمام صعوبة الإثبات وأحيانا استحالتها، جاء تعديل قانون الأسرة 02/05 لتوسيع أسباب طلب التّطبيق من طرف المرأة، حيث جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع الذي عرض على مجلس الحكومة أوّل مرّة أن (التّعديل المدخل على هذه المادّة يهدف إلى توسيع أسباب التّطبيق بتكريس الممارسة القضائية في هذا المجال، إذ أنّه يمكن للمرأة أن تطلب التّطبيق من أجل الشّقاق المستمر مع زوجها الذي يؤدّي إلى انعدام

¹ سورة البقرة: 223.

الألفة ونفي المودة والرحمة بين الزوجين، وأنه يمكن للمرأة أن تطلب التّطليق من أجل مخالفة الشّروط المتفق عليها في عقد الزّواج، تطبيقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: {المسلمون عند شروطهم}، وتجدر الإشارة هنا أنّ المشرّع حاول في هذا التّعديل توضيح بعض الأسباب ومنها ما جاء في الفقرة 04 من المادّة 53 من قانون الأسرة حيث تحلّى المشرّع عن أجل سنة التي كان يشترطها في نفس الفقرة قبل التّعديل، وبهذا أضاف المشرّع ثلاثة أسباب تستند إليها المرأة لطلب التّطليق أمام القاضي، يمكن حصرها فيما يلي:

1- التّطليق بسبب الشّقاق المستمر:

الشّقاق بين الزوجين كسبب من أسباب التّطليق، استحدثه المشرّع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة 02/05، حيث مكّنت الفقرة الثامنة من المادّة 53 المرأة المتضرّرة من طول الخصام والشّقاق المستمر بينهما وبين زوجها، أن تلجأ للقاضي بطلب التّطليق.

وقد تمّ إضافة حالة استمرار الشّقاق بين الزوجين لأنّه مؤدّي إلى انعدام أسباب الألفة ونفي المودة والسّكينة بين الزوجين، وهذا يعرّض الحياة الزوجية للاختيار، بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزّوجة عليها بما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى، وهذا السّبب هو وليد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا فتعيّن تثبيته بتقنيته¹، حيث هناك اجتهاد قضائي في هذه المسألة يتمثّل في عدّة قرارات للمحكمة العليا ومن بينها قرار رقم 224655 الصّادر بتاريخ 15 جوان 1999 والذي جاء فيه ما يلي: (من المستقر عليه قضاء أنّه يجوز تطليق الزّوجة لاستفحال الخصام وطول مدّته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً ومتى تبين في قضية الحال أنّ الزّوجة تضرّرت لطول الخصام مع الزوج وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضّرر لأنّه لم يتمثّل للقضاء بتوفير مسكن

¹ عبد القادر بن داود، المرجع السّابق، ص 144.

منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع بما قضا بتطبيق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون¹.

ويبدو أن إضافة الفقرة الثامنة المتضمنة الشقاق كسبب من الأسباب التي يحق بموجبها للمرأة طلب التّطليق كانت مجرد إظهار نية المشرّع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فكّ الرابطة الزوجية بإرادتها²، حيث أن هناك مرونة كبيرة في إثبات الشقاق.

والأساس الشرعي بسبب الشقاق هو ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، فقد عالجت الشقاق بين الزوجين بتعريف الزوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف وتذكير المرأة بعظيم حقوق الزوج عليها وعدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية وبيان ما يجب فعله من الزوج أو الزوجة عند نشوز أيّ منهما، وإذا لم تمتنع الوسائل الوقائية المشار إليها، حصول الشقاق بين الزوجين، فإنّ الإجراء اللاحق الذي ينبغي فعله هو ما أشارت إليه الآية الكريمة³: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁴.

والشقاق على ما ذهب إليه الإمام مالك و مذهب الشافعية في قول و الإمام أحمد ابن حنبل في رواية يعدّ سببا للتفريق بين الزوجين لأنّ بقاء الشقاق ضرر بالزوجين، والضرر يزال وإزالته عن الزوجة يتمّ بإيقاع التفريق، فالمالكية أجاز التفريق للشقاق حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما و بلاء لقوله عليه وسلم: { لا ضرر ولا ضرار }، و عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي وإن أثبت حجة دعواها طلقها منه، وإن عجزت رفضت دعواها، والفرقة الواقعة بسبب الشقاق، فرقة طلاق بائن لا رجعي وتعليل ذلك كما صرح المالكية من وجهين أحدهما كليّ و الآخر معنوي، أمّا

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 224655 صادر بتاريخ 15 جوان 1999، المحلة القضائية، ع. (خ)، 2001، ص 129.

² آيت شاوش دليّة، المرجع السابق، ص 250.

³ جابر عوض الجندي، المرجع السابق، ص 271.

⁴ سورة النساء: 35

الكلي فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن، و الثاني أن المعنى الذي وقع به الطلاق هو شقاق ولو شرعت به الرجعة لعاد الشقاق، فلا فائدة من وقوعه رجعيًا¹.

2- التطبيق لمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة:

لقد أباح المادّة 08 من قانون الأسرة الجزائري تعدّد الزوجات لكنّها وضعت له قيوداً وألّزمت الزوج باحترام هذه القيود، حيث نصّت على أنّه: "يسمح بالزّواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفّرت شروط ونية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزّوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزّواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزّوجية.

- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزّواج الجديد إذا تأكّد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

يبدو من قراءة المادّة 08 المعدلة تشديد المشرّع على ضرورة حصول الزوج على الترخيص بالزّواج من القاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزّوجة اللاحقة، وكعقوبة للزوج على مخالفة التعدّد المنصوص عليها في المادّة المذكورة، منحت المادّة 53 فقرة 06 الزّوجة، الحق في التّطبيق حيث نصّت على أنّه: "يجوز للزّوجة طلب التّطبيق لمخالفة الأحكام الواردة في المادّة 08 من قانون الأسرة".

لقد خصّص المشرّع لهذا فقرة خاصّة مستقلة بذاتها من أجل توضيح السبب ليسهل الإثبات على الزّوجة المتضرّرة من التعدّد لا سيما وأنّ هذه الفقرة جاءت مترامنة مع تعديل المادّة 08 من قانون الأسرة، وفي هذا السّياق جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 12 جويلية 2006 ما يلي: "عدم

¹ أحكام القرآن لابن العربي المالكي ج ص، مقتبس عن جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 272.

العدل بين الزوجات يشكّل الضرر المعترف شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، و يبرّر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التّطليق¹.

إنّ المشرّع من خلال الفقرة 06 من المادة 53، اعتبر الضرر الناتج عن تعدّد الزوجات ضررا يمنع الزوجة حق التّطليق إلى جانب التّطليق للضرر شرعا، وهذا يعتبر تأكيدا من طرف المشرّع على تقييد التعدّد ومنح المرأة : التسهيلات من أجل التّطليق، وهذا يحدّ من ظاهرة التعدّد الذي يؤثر سلبا على حقوق المرأة.

3- التّطليق لمخالفة الشّروط المتفق عليها:

نصّت الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة المعدّلة على حق الزوجة في طلب التّطليق للشّروط المتفق عليها سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدّلة هي الأخرى والتي تنصّ على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشّروط التي يرونها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدّد الزوجات وعمل الزوجة، ما لم تتنافى هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون" فكان الإخلال بالشّروط سببا من أسباب التّطليق، فإذا تمّ الاتفاق بين الزوجين على جملة من الشّروط وفقا للمادة 19 والمادة 37 فعلى الزوج الالتزام بهذه الشّروط، وفي حالة إخلاله بذلك فللزوجة الحق في اللّجوء إلى القاضي لطلب التّطليق للإخلال بالشّروط المنصوص عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

بناءً على ما تقدّم، فقد أصبح بإمكان المرأة أن تطلب إنهاء الرّابطة الزوجية عن طريق القاضي في مقابل ما يتمتّع به الرّجل من حق حلّ الرّابطة الزوجية بإرادته المنفردة، والمشرّع وسع من دائرة الأسباب التي تحوّل للمرأة طلب التّطليق، فجاء بأسباب أكثر مرونة ومنح المرأة إمكانية طلب التّطليق، حيث جعله حقّا أصيلا يقابل حق الزوج في إنهاء الرّابطة الزوجية بإرادته المنفردة،

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جويلية 2006 ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، 2006، ع.02، ص.441.

بدل أن يكون مجرد استثناء عن القاعدة العامة، وهذا ما أكدته التقرير الجامع للتقاريرين الدورين 3 و4 المقدم من الجزائر أمام لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والذي جاء فيه (بموجب أحكام القانون الجديد ثم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها، بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك الأحكام المنصوص عليها في عقد الزواج أو أي عقد مبرم لاحقاً). إضافة إلى التّطبيق الذي يوقعه القاضي بناء على رغبة المرأة لأسباب محدّدة، فهناك إمكانية فك الرّابطة الزوجية بإرادة المرأة عن طريق الخلع.

المطلب الثاني:

حق المرأة في فك الرّابطة الزوجية عن طريق الخلع.

لقد أعطى المشرّع الجزائري للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه وهذا من خلال المادة 54 من قانون الأسرة التي تنصّ على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي لما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وعلى اعتبار أنّ هذه المادة تستمدّ أحكامها من الشريعة الإسلامية، فسيتمّ التّعرّض إلى طلاق الخلع في الشريعة الإسلامية من حيث مفهومه ومشروعيته والحكمة منه (فرع 1)، ثمّ مناقشة تطوّر حق المرأة في الخلع في قانون الأسرة الجزائري (فرع 2).

الفرع الأوّل:

الخلع في الشريعة الإسلامية.

لقد عرفنا أنّ الطلاق هو سبيل الخلاص بالنسبة للرجل إذا أبغض زوجته ورأى أنّه لا فائدة من الاستمرار معها، وأنّ خلاص المرأة يكون من خلال القضاء إذا أساء الزوج معاملتها، إلّا أنّ

المرأة قد تبغض زوجها وتكره العيش معه لغير أذية منه ولا إساءة، فجاز لها أن تخلع نفسها بعوض تؤدّيه إليه، ولقد ذهب جمهور الفقه الإسلامي إلى مشروعية الخلع وجوازه، وذلك إذا توافرت شروطه وما خالف منه إلاّ قليل وهذا رفعا للخرج على المرأة التي كرهت زوجها وأصبحت لا تطيق العيش معه وللفقه الإسلامي حججه فيما ذهب إليه وهذا ما سيتم التّطرّق إليه من خلال تعريف الخلع، ومدى مشروعيته وشروطه والحكمة من تشريعه.

أولاً: تعريف الخلع:

أ- لغة: الخلع مصدر خلع، يخلع، و هو مستعار من خلع اللباس، كأن كل من الزوج والزوجة لباس للآخر ويمكن أن يخلع أحدهما شريكه، فإذا تخلعا، يكونان قد أزال الزوجية و أزال كل واحد منهما لباسه عنه¹.

ب- اصطلاحاً: للخلع تعريفات عديدة في الفقه الإسلامي كلّها تصبّ في معنى واحد وهو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها، فهو كالطلاق تنحلّ به الرابطة الزوجية، و لكن يختلف عنها، لأنّ الخلع يتوقّف وقوعه على الزوجين و ببدل الزوجة مال لزوجها، أمّا الطلاق فيكون بدون عوض ويقع بالإرادة المنفردة للزوج و هناك تعريف جامع لمختلف المذاهب الفقهية وهو كما يلي (الخلع هو إزالة ملك النكاح بناءً على طلب المرأة أو قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تدفعه هي أو غيرها²).

ثانياً: مشروعية الخلع:

لقد اعتمد الفقهاء في معالجتهم لموضوع الخلع على الآية القرآنية: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا

¹ أحمد ابن محمد الفيومي، المصباح المنير، ج1.

² سامح سيّد محمّد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار الكتب المصرية، ط 2، 2005، ص 21.

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...¹ ، كما أنّ هناك حديثاً شهيراً في هذا الموضوع، جاء فيه أنّ امرأة ثابت ابن قيس اشتكت إلى رسول الله ﷺ كرهها لزوجها، فطالب الرسول منها إرجاع الحديقة التي استلمها كمهر من زوجها وطالب من الزوج قبول الحديقة و تطليقها².
أمّا في الإجماع فقد انعقد إجماع الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم في جواز الخلع ومشروعيته.

أمّا من المعقول فهو أن الطلاق في الأصل بيد الرجل، غير أنّ المرأة قد ترغب في الخلاص من الزوج لسبب أو لآخر وهي لا تملك ذلك، فتتفق معه على مقدار من المال تدفعه في مقابل نيل حرّيتها، فإذا رضی بذلك كان الخلع افتداء لها من حياة لا تطيقها، وردّ لما قدّمه الزوج للزوجة³.
ثالثاً: شروط الخلع:

يشترط لصحة الخلع وشرعيته ما يلي:

- 1) أن يتم الخلع حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، أمّا المطلقة بائناً فلا تصحّ مخالعتها.
- 2) أن يكون بلفظ الخلع أو ما اشتق فيه أو بلفظ يؤدّي معنى الخلع، كالمبارأة كأن يقول لزوجته، خالعتك على كذا أو براءتك على كذا وذلك تمييزاً للخلع عن الطلاق على مال.
- 3) الرضا من كل من الزوجة والزوج وذلك بأن ترضى الزوجة بدفع البدل وأن يرضى الزوج بقبول البدل الذي دفعته الزوجة، فإذا انعدم الرضا من أحد الطرفين، لم يصح الخلع.
- 4) أن تكون الزوجة المختلعة أهلاً للتبرّع بأن تكون بالغة عاقلة، غير محجور عليها ولا مريضة مرض الموت.

¹ سورة البقرة: 229.

² صحيح البخاري، ج 5، ص 2021، رقم 4971.

³ أحمد عبد المومن و اسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 81.

(5) وجود بدل تدفعه الزوجة للزوج، فإذا فقد البدل كما لو قال لها خالعتك ولم يذكر مالا ونوى به الطلاق، يقع به الطلاق دون توقّف على قبول الزوجة.

رابعاً: بدل الخلع:

لقد اختلف الفقهاء في قدر العوض الذي تؤديه المرأة لزوجها، فذهب جمهور الفقهاء إلى صحّة الخلع بأكثر من الصّدق وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صحّ ولو كان بأكثر ممّا أعطاهما، وبه قال المالكية والشافعية في رواية وحثّهم قول الله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾¹، وهذا يشمل القليل والكثير، وذهب الحنابلة والأحناف في الرواية الثانية إلى جواز الزيادة مع الكراهة، وذهب عطاء وطاوس الزهري وعمر ابن شعيب، إلى أنّه لا يأخذ أكثر ممّا أعطاهما وإنّ فعل رد الزيادة، واحتجّوا بما روي أنّ "جميلة بنت سلول أتت النبيّ صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعتبت على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا، فقال لها النبيّ صلى الله عليه وسلم، أتردّن عليه حديقته، قالت نعم فأمره النبيّ صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد"².

وفي هذه المسألة يرى بعض الدارسين أنّه يجب التفريق بين ما يجب للزوج أخذه وما يجوز له اشتراطه، فالزوج له أن يأخذ أكثر ممّا أعطى، إذا رضيت زوجته وطابت نفسها بذلك لأنّه حقها وتنازلت عنه، إلّا أنّه لا يجوز أن يشترط أكثر من الصّدق ويطلب به زوجته رافضة، ولو أجزى للزوج أن يطلب بما شاء مع رفض الزوجة لعطل معنى الخلع في الإسلام، فإنّه لا تشاء امرأة أن تخالع زوجها وهو لا يريد، إلّا طلب منها ما لا طاقة لها به وهذا يعني أنّه لا سبيل لها للخلاص منه، إلّا برضاه وهذا تعطيل لمعنى الخلع الذي شرّع لفائدة المرأة عند بغضها للزوج وعدم القيام بحقه ولو كان كارهاً³.

¹ سورة البقرة: 229.

² أخرجه ابن ماجة في الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاهما، من رواية ابن عباس صححه الألباني، في صحيح ابن ماجة.

³ سالم ابن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق، ص582.

وأما لو اشترط الزوج في المخالعة أن تتنازل الزوجة عن حقّها لها كأن تتنازل له عن حق حضانة الأولاد فقد وقع فيه خلاف أيضا، فذهب الأحناف إلى بطلان الشرط وتصحيح الخلع وذهب المالكية إلى تصحيح الشرط والخلع والحقيقة هي أن الحضانة في السنوات الأولى من حق الأم فإن رضيت بالتنازل عن حقّها لزوجها مقابل خلعهما جاز لها ذلك، وأما إن رفضت فلا يحقّ للزوج أن يشترط هذا الأمر بل له أن يشترط فقط ما دفعه من المهر، فإن أبي خلعهما القاضي رغما عنه لأنه متعدّد في المطالبة بتعبير حقّه.

بناءً على ما سبق ذكره، فإنّ الخلع هو وسيلة شرعية لإنهاء الرابطة الزوجية بإرادة المرأة، مقابل ما للرجل من حق الطلاق بإرادته المنفردة، وقد شرّع الإسلام ذلك رفقا بالزوج من ظلم زوجته له بسوء معاملته، ورفقا للزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جرّاء سوء معاملتها لزوجها ورفقا بهما كذلك لعدم إجبارها على الاستمرار في عيشة لا تطيقها وقد تؤدّي إلى الهلاك.

الفرع الثاني:

الخلع في قانون الأسرة.

لقد تبنيّ المشرّع الجزائري كغيره من المشرّعين في الدّول الإسلامية، الخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، ولقد اعتمد الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة 11/84 المؤرّخ في 09 جوان 1984 وأدخل عليه المشرّع تعديلات بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 2005/02/27.

أوّلا: الخلع في قانون الأسرة 11/84:

لقد نصّت المادّة 54 من قانون الأسرة 11/84 على أنّه: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت الخلع"

لقد تميّزت هذه المادة بالغموض والعموم، لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته مما أدى إلى تناقض وتعارض اجتهادات المحكمة العليا في هذا الموضوع، وسكوت المشرّع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي، جعل القضاة ينهلون من آراء الفقهاء طبقا لما نصّت عليه المادة 222 من قانون الأسرة والتي نصّت على أنّه كل ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والرأي الذي كان سائدا، هو اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع، وقد تجلّى ذلك واضح في قرارات المحكمة العليا، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا عقد رضائي بين الزوجين ولا بدّ فيه من موافقة الزوج وفي هذا الصدد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: (من المقرّر فقها وقضاء أنّ قبول الزوج الخلع أمر وجوبي وأنّ ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثمّة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المطعون ضدها طلبت التّطبيق لما لم يكن لها سببا فيه، أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإنّ القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعدّ مخالفا للقواعد الفقهية الخاصّة بالخلع)¹

وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23-04-1991 والذي قضى بما يلي: (من المقرّر قانونا أنّه يشترط لصحّة الخلع، قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمّة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون)²

ويظهر من خلال قرارات المحكمة العليا أنّ القضاء فسّر المادة 54 على أساس الخلع عقدا رضائيا رغم أنّه لا توجد أي عبارة صريحة تشير إلى ذلك في نصّ المادة، كما ذهب بعض شرّاح قانون الأسرة إلى نفس التفسير حيث يرى الأستاذ بلحاج العربي (أنّ الخلع ليس طلاقا رضائيا

¹ قرار المحكمة العلي، ملف رقم 51728 بتاريخ 1988/11/21، المجلّة القضائية، ع.03، 1990، ص 72.

² المجلّة القضائية، ع.02، 1993، ص 55.

مقابل مال تدفعه الزوجة إلى الزوج لقاء طلاقه)، وقال كذلك (وعليه لا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة إذا تخاصما الزوجان وحصلت المشاقفة، ولم يتمكننا من إقامة حدود الله، الواردة في المادة 54 من قانون الأسرة، وبين التّطليق أو الطّلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، فالخلع كعقد ثنائي الطّرف أو اتّفاق بين الزوج والزوجة لا يتمّ بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطّلاق من شروط وأركان، وأنّ الخلع لا يتمّ دون إرادة الزوج، ليس حقاً لها تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة).

وكان للأستاذ عبد العزيز سعد نفس الموقف من اعتبار الخلع عقدا رضائيا حيث ذكر ما يلي (إنّ الخلع شرّع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة، لتمكينها من طلب التّطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تركز إليه أو تحتل عشرته، ولم يمنحه لها في صورة حق من الحقوق الزوجية، مقابل حق الزوج في الطّلاق بالإرادة المنفردة، لأنّه لو قلنا أنّ الخلع هو حق للزوجة تطلبه متى شاءت بإرادتها المنفردة، لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتّطليق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج، ولأصبح اتّفاق الزوج معها على مقدار الخلع، كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة لا معنى له أيضا)¹

إلا أنّ هناك من ذهب إلى عكس ذلك، حيث أنّ مضمون المادة 54 لا تشير إلى الرّضائية إلاّ فيما يخصّ بدل الخلع في عبارة (على مال يتمّ الاتّفاق عليه فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت الحكم)، فالاتّفاق هنا خاصّ ببديل الخلع فقط، والمشرّع عندما نصّ على بدل الخلع، ذكر ما يلي: "يجوز للزوجة أنّ تخالع نفسها من زوجها على مال، فهذا الجواز أسند للزوجة أي أنّه استعمال خاصّ بالزوجة، أمّا المال أو بدل الخلع فإنّه خاصّ بهما معا فإذا لم يتّفقا عليه تدخل القاضي".²

¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 252 .

² آسية شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 352.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المحكمة العليا تراجعت عن موقفها في سنوات التسعينيات وغيّرت من اجتهادها، حيث أصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينيات وهذا في حقيقة الأمر دليل على إرادة المشرّع كانت متّجهة نحو إقرار حق الزّوجة في فكّ الرّابطة الزّوجية عن طريق الخلع ولو لم يدرك القضاة المعنى الحقيقي للمادّة 54 ق.أ لما استدركوا الخطأ وغيّروا من اجتهادهم.

وفي هذا الشأن صدر قرار في 21 جويلية 1992 والذي جاء فيه ما يلي: (من المقرّر قانون بأنه يجوز للزّوجة أن تخالع نفسها من زوجها على ما يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الخلع، وإنّ المادّة المذكورة عن قانون الأسرة تسمح للزّوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتّفق الطّرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتّفاقيهما، يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزّوج بالخلع الذي تطلبه الزّوجة، لأنّ ذلك يفتح الباب للابتهاز والتّعسف الممنوعين شرعا، وعليه فقضاة الموضوع بما قضوا بتطليق الزّوجة خلعا دون موافقة الزّوج طبّقوا صحيح القانون)¹.

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 16/03/1991 والذي قضى بما يلي: (إنّ عدم موافقة الزّوج على مبدأ الخلع يعتبر تطبيقا صحيحا للقانون، إذ جاء في القرار: (الخلع رخصة للزّوجة تستعملها لفدية نفسها من الزّوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثمة، فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزّوجة خلعا دون موافقة الزّوج طبّقوا صحيح القانون)، وهذه الاجتهادات القضائية مهّدة لتعديل المادّة 54 التي حوّلت الخلع من رخصة إلى حق أصيل.

¹ الاجتهاد القضائي-المجلّة الصّادرة عن المحكمة العليا-ع. خاص 2001 ص 134.

ثانيا: الخلع في قانون الأسرة 02/05:

لقد جاء في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها مقابل تعويض.

إذا لم يتفق الزوجان على مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم"

جاء في عرض أسباب هذه المادة المرفقة بالمشروع المقدم إلى مجلس الحكومة بأنّ (التعديل الذي أدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال، المستقر عليه منذ 1997 وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها، دون حاجة إلى موافقة الزوج، إلا أن الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض ويرجع في هذه الحالة إلى القاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل)

إنّ المشرّع الجزائري من خلال تعديله لهذه المادة كرّس حقاً أصيلاً للزوجة لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة مقابل ما يملكه الزوج من حقّه في الطلاق بإرادته المنفردة، ولم يجعل المشرّع لذلك قيوداً ولا شرطاً، ويلاحظ في هذا التعديل أنّ المشرّع الجزائري اختصر موضوع الخلع في مادة واحدة، كانت قبل التعديل فقرة واحدة وأصبحت بعد وأصبحت بعد التعديل فقرتين أصيلتين تخصّ الأولى في المخالعة دون موافقة الزوج وتخصّ الثانية، تدخّل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، وهذا ما انتقده البعض حيث أنّ مادة واحدة مقتضبة في الخلع ليست كافية لأنّها تقرّر حقاً أساسياً للمرأة له أهمية وحساسية، ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة خاصة بشروط الالتجاء إليه، وربما بعض القيود حتّى لا تستعمله المرأة دون وجه حق أو دون أن يتحقّق الجانب النفسي، كما لم يتعرّض المشرّع للأمر التي ينبغي أن تكون بدلا من الخلع.

الملاحظ كذلك على هذه المادة أنّ المشرّع، أوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق خلعاً، بمجرد طلبه دون أي اعتبار لإرادة الزوج، وهذه المادة لم تهمل فقط إرادة الزوج في مسألة

الموافقة على الخلع وإثما غيب إرادة الزوج حتى في مسألة مقابل الخلع¹، حيث نصت الفقرة الثانية على أنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وما يجب الإشارة إليه هنا هو أنه، لا يجوز أن تكون الحضانة هي المقابل في الخلع لأن الحضانة ليست شيئاً مستقلاً للحاضنة بل هو حق مقرر أيضاً للأولاد، هذا بالإضافة إلى أن النص صريحاً بقوله المقابل المالي مما يؤكد أن المقابل يكون مالياً والحضانة من المسائل الشخصية، فكلمة مال الواردة في المادة 54 دليل قاطع على أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب آثارها إلا إذا كان مقابلها مالاً، ومن ثمة كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصح أن يكون بدل الخلع²، وعليه فإنه لا يمكن أن تكون الحضانة قانوناً مقابلاً للخلع.

كخلاصة لهذا الفصل يمكن القول أن المشرع بذل جهوداً في حرصه على التوفيق بين متطلبات مبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليها في المواثيق الدولية، وبين عدم تجاوز كليات الشريعة وأصولها العامة، حيث جعل من الطلاق في قانون الأسرة، يشمل جميع صور فك الرابطة الزوجية سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزوجة أو بتوافقهما ورضاهما وهو ما يتبناه جانب من الفقه الإسلامي الذي اعتبر الطلاق هو رفع لقيد أو عقد النكاح بين الزوجين بألفاظ مخصوصة سواء تمّ منهما أو من أحدهما في إطار الحدود التي وضعها الشرع، وعليه حاول المشرع أن يساوي قدر الإمكان بين قدرة الزوجين على فك الرابطة الزوجية، بمنح الزوجة آليات تمكّنها من فك الرابطة الزوجية استناداً إلى رغبتها وإرادتها كما هو الحال في الخلع الذي جعله أقرب إلى الطلاق بالإرادة المنفردة للرجل، كما أخذنا بالرأي القائل بحق الزوجة دون الزوج بالتطليق القضائي، فأعطى قانون الأسرة للمرأة المتزوجة إمكانية فك الرابطة الزوجية بوسائل أخذت بالارتقاء إلى درجة ومرتبة الحق الأصل، بحيث أصبحت هذه الوسائل تتطور شيئاً فشيئاً لتصل في

¹ آيت شاوش دليلاً، المرجع السابق، ص 355.

² حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2005، ص 483.

الأخير إلى مرتبة التساوي بين الزوج و الزوجة في سلطة فك الرابطة الزوجية ويجب التذكير على أن المشرع قيد سلطة الزوج في الطلاق وذلك بعدم اعتداده بالطلاق الذي يتم خارج المحكمة وذهب أكثر من ذلك في تقييده لسلطة الزوج في استعماله للطلاق بالإرادة المنفردة وذلك من خلال اعترافه للقاضي بسلطة الحكم بالتعويض للزوجة على مطلقها متى ثبت تعسفه في استعمال حقه في الطلاق وبهذا فإن كل هذه التدابير الشرعية تعكس التطور الذي عرفه قانون الأسرة في حماية حقوق المرأة.

ويترب عن مختلف صور فك الرابطة الزوجية استحقاقات مالية وآثار قانونية أخرى لصالح المرأة.

الفصل الثاني

آثار الطلاق على مركز الزوجة

يترتب عن الطلاق بإرادة الزوج، آثارا تتمثل في بعض الحقوق و الالتزامات المالية في ذمة الزوجة و لمصلحتها، فيجبر الزوج المبادر بالطلاق على دفع التعويض و نفقة العدة للمطلقة، نصّ المشرّع على هذه الحقوق تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحمّل الزوج المتسبب في الطلاق التبعات المالية في شكل واجبات، كما تنتج آثارا أخرى لصالح المرأة بعد الطلاق و تتمثل في الحضانة و حقّها في استرجاع المتاع الذي ساهمت به في تجهيز و تأثيث البيت.

وهذه الآثار بدورها كانت محلّ انتقاد من مختلف التقارير الدولية التي رأت أن الحقوق المالية للمرأة المطلقة في قانون الأسرة الجزائري هي غير عادلة و محففة في حقّ المرأة و يجب إلغاؤها و تعديلها ممّا يضمن للمرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل. و سنتعرض لتوضيح هذه الآثار على ضوء التقارير الدولية المبحّثين التاليين:

- المبحث الأوّل: الاستحقاقات المالية للمرأة بعد الطلاق.
- المبحث الثاني: حماية المرأة في الحضانة و في استرجاع متاع البيت.

المبحث الأول

الاستحقاقات المالية للمرأة المطلقة

يترتب عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج آثارا مالية كتعويض للزوجة المتضررة من هذا الطلاق، وتستحق المرأة كذلك التعويض في حالة التطليق للضرر (المطلب أول) ومن بين الاستحقاقات المالية للمرأة المطلقة في الشريعة الإسلامية نفقة العدة التي تبناها المشرع في قانون الأسرة (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

حماية حقوق المرأة من خلال التعويض عن الطلاق بإرادة الزوج.

تستحق المرأة المطلقة في الشريعة الإسلامية تعويضا ماديا سمي بالمتعة (فرع أول)، كما نصّ قانون الأسرة الجزائري على تعويض يحكم به القاضي إذا تبين له تعسف الزوج في إيقاع الطلاق كما تستفيد المرأة من التعويض في حالة الحكم لها بالتطليق للضرر (فرع ثاني).

الفرع الأول:

المتعة كتعويض للمرأة المطلقة في الشريعة الإسلامية.

أولاً: مفهوم المتعة:

لقد شرّح الإسلام المتعة تعويضا للمرأة وجبرا للكسر الذي يلحقها عند الفرقة وهي واجب في مال الزوج لامرأته عند فراق في الحياة بشروط معينة، ويقصد بالمتعة شرعا ما تمتع به الزوج كتعويض لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو عوض¹، وتختلف المتعة عن التعويض لأن الأخير يحكم به القاضي، لجبر الضرر الناتج عن الطلاق، أما المتعة فيمكن الحكم بها ولو لم يثبت الضرر، وعرفها الفقهاء بأنها هي ما يقدمه

¹ أحمد فتحي البهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، طبعة أولى، دار الشروق، مصر، 1998، ص 25.

الزّوج لزوجته جبرا وترفيها وتخفيفا لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة بسبب استعمال الرّجل حق الطّلاق الذي متعه الله إياه على سبيل الاستثناء وحرّمها إياه¹.

وعرّفها فقهاء المالكية بأنّها الإحسان إلى المطلّقات حين الطّلاق بما يقدر عليه المطلّق بحسب ماله في القلّة والكثرة، كما عرّفها البعض الآخر بأنّها ما يعطيه الزّوج للمطلّقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها ويعطيه المطلّق على قدر حاله حسب يسره وعُسره.

وعرّفها الشافعية بأنّها مال يجب على الزّوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق، وما في معناه، بشروط وهي مشروعة في الكتاب في عدّة آيات منها قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾²، وكذلك قوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾³، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁴.

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا بشأن مشروعية المتعة إلا أنّهم اختلفوا في وجوبها من عدمه، فالأحناف انقسموا على رأيين إذ تكون عندهم لمتعة واجبر بالنسبة للمتزوّجة بنكاح التفويض (المطلّقة بدون تعيين صداقها قبل الدّخول) وأمّا المتعة المستحبّة فهي التي تكون في حالة طلاق الرّجل لزوجته بعد الدّخول ولم يسمّى مهرها، فعندها تستحق المطلّقة مهر المثل ويثاب

¹ مبروك المصري، الطّلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، 2010، ص225.

² سورة البقرة: 236.

³ سورة البقرة: 241.

⁴ سورة الأحزاب: 49.

مطلقها إذا أعطها متعة مع مهر المثل، أما عند الشافعية وبعض الحنابلة فهي واجبة لكل مطلقه إذا كان الفراق من قبل الزوج ما عدا المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر¹.

بينما يرى الحنابلة أن المتعة تجب على كل زوج لزوجته التي فوّضت أمر زوجها لوليها، إذا طلقت قبل الدخول بها، في حين يرى المالكية بأن المتعة مندوبة لكل مطلقه أي مستحبة فلم يوجب لها المالكية المتعة لقوله تعالى: ﴿.. حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾، ففيها إشارة واضحة إلى أن المتعة إحسان وتفضل من الزوج على زوجته وليس حقًا لازماً ولو كانت كذلك لما خصّ بها المحسنين دون غيرهم والصواب قول الجمهور لأنّ قوله تعالى: ﴿.. وَتَتَّوَهُنَّ..﴾ أمر والأمر يقتضي الوجوب، والمتعة تدل عن نصف المهر ونصف المهر المسمّى واجب الأداء فكذا المتعة، والإشارة في قوله تعالى حقًا على المحسنين، ليست صارفة لأمر عن أصله وهو الوجوب، وإنما جاءت مؤكدة لهذا الأمر ومبيّنة أنّ المتعة من الإحسان الواجب عند الطلاق، وقد أمر الله تعالى بالإحسان في الطلاق فقال الله سبحانه وتعالى: ﴿.. فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..﴾ وليس لأحد أن يقول أن الإحسان ليس واجبا كلي ويمكنني تركه، لأنّ خلاف الإحسان هو الإساءة وهي محرمة في الطلاق وكلّ فرقة بين الزوجين استحققت بها الزوجة نصف المهر المسمّى، تستحق بها المتعة عند عدم التسمية قياسا على الفرقة بالطلاق وذلك يتصور في الفرقة بسبب الزوج².

ورأي الظاهرية أنّ المتعة تجب على الزوج نحو زوجته عند الطلاق في جميع الحالات سواء كان قبل الدخول أو بعده، وسواء فرض لها صداق أم لم يفرض³، والرأي الراجح هو وجوب

¹ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، المرجع السابق ص 119.

² سالم ابن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، المرجع السابق، ص 98.

³ صالح حمليل، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون و المجتمع، جامعة أدرار، 2013، ع.01، ص 57.

المتعة إذا ما طلقت المرأة قبل الدخول و لم يسمّى مهرها في حين تكون مستحبة في الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر وكذلك في الطلاق بعد الدخول¹.

ثانيا: مقدار المتعة:

ذهب الفقهاء إلى أنّ المتعة ليس لها حدّا واحدا بل يتفاوت مقدارها حسب الحال، واختلفوا في من تعتبر حاله في تقدير المتعة، فذهب الحنابلة وبعض الأحناف وبعض الشافعية إلى أنّ المتعة معتبرة بحال الزوج، فإن كان الزوج موسرا أعطيت المرأة أعلى حد في المتعة، وإن كان معسرا أعطيت الحد الأدنى فيه لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ...﴾، فعُلِّقت الآية مقدار المتعة على حال الزوج، وذهب بعض الشافعية وبعض الأحناف، إلى أنّها معتبرة بحال الزوجة، فتعطي الزوجة الغنية ما يناسبها وكذا الفقيرة ما يناسبها، فإن فرض في المتعة كسوة، أعطيت الغنية كسوة تليق بحالها والفقيرة كسوة تليق بحالها لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ...﴾، وليس من المعروف أن تعطى الغنية كسوة خشنة، وذهب بعض الأحناف والشافعية إلى أنّها معتبرة لخالهما معا جمعا بين الأدلة، وكما اختلف الفقهاء في من تعتبر حاله في المتعة، اختلفوا في الحد الأدنى والحد الأعلى فيها، فذهب الحنابلة إلى أنّ أعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز أن تصلّي فيها، وبه قال ابن عباس والزّهري والحسن، وذهب الأحناف إلى أنّ المتعة الواجبة، كسوة كاملة للمرأة والتفاوت يكون في قيمتها، فالحد الأعلى لا يزيد عن نصف مهر المثل و الأدنى لا يقلّ عن خمسة دراهم لأنّها قائمة مقام نصف المهر ومن دخل بها ولم يسمّى لها مهر فرض لها مهر مثلها، فغير المدخول بها لا تزيد متعتها عن نصفه ولا تقلّ عن خمسة دراهم لأنّ أقل المهر عشرة دراهم، فوجب أن لا تقلّ المتعة عن نصف الحد الأدنى، وكل هذه الاجتهادات من الفقهاء لم يأتي عليها دليل يكون حجة ملزمة، والأصل في المسائل التي لم يرد الشرع بتقديرها، أن لا تقطع فيها بتقدير واحد بل تبقى واسعة يدلي فيها كلّ قاضي باجتهاده حسب ما يراه ملائما

¹ مقتبس عن، محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 120.

لمصلحة الزوجين، إلا أن الإسلام لم يفتح الباب في المتعة على مصراعيه بحيث يحمل الرجل حملا لا يطيقه، وقال تعالى: ﴿.. وَتَعَوَّنَ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ..﴾، أي لا يكلف الزوج ما لا يطيق، وأيضا لم يحفف المرأة حقها، بحيث يحرم من المال الكثير الذي اكتسبه الزوج خلال الحياة الزوجية لتخرج منها صفر اليدين، وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ...﴾، أي تعطى عطاء لا تظلم فيه و لا يخرج عن دائرة الإنصاف التي تعارف عليها الناس فالصواب تعليق حكم المتعة على اجتهاد القاضي وهذا رواية عن أحمد ووجه عند الشافعي فالرجل الذي يتزوج بامرأة ويقضي معها أربعين سنة، تقوم على مصالحه ومصالح أولاده وهو مستغرق في أعماله خارج البيت حتى تمكن من جمع مال كثير، ثم يعزم على طلاق امرأته ولا يريد أن يعطيها إلا مؤخر مهرها وقد يكون قليلا لا يؤمن لها معيشة كريمة وليس لها من ينفق عليها ولا تستطيع العمل لكبر سنّها فللقاضي في هذه الحالة، أن يوجب على الزوج مالا مناسبا غير المؤخر تتمكن به المرأة من ستر نفسها وصون كرامتها، ولعلّ هذا هو السرّ في أنّ الإسلام لم يشرّع في المتعة حدّا معينا بل تركه واسعا ليجتهد فيه القضاة حسب ما تقتضيه الحاجة ويناسب ظروف الزوجين¹، ويبدو من تقدير الفقهاء للحد الأدنى للمتعة أنّهم لا يحدونها بمبالغ كبيرة، فالمتعة عند من يوجبها منهم ليست تعويضا لضرر مادي بل بمثابة هدية لتخفيف ألم المطلقة، واشتروطوا على المرأة لحصولها على المتعة أن يكون طلاقها من دون سبب من جهتها ومن دون رضاها².

ثالثا: التعويض في الفقه الإسلامي الحديث:

لقد بذلت محاولات لمنح تعويض للزوجة المطلقة للحدّ من سوء استعمال الزوج حقه في الطلاق، واستند المطالبون بالتعويض إلى أنّ الطلاق محظور إلا للحاجة وإلى الآيات القرآنية التي تطلب إعطاء متعة للمطلقات، فإذا طلق الزوج من دون سبب معقول وتضررت الزوجة من ذلك وجب عليه التعويض، وذهب في هذا الاتجاه كثير من العلماء المسلمين المعاصرين، أي الأخذ بمبدأ

¹ سالم بن عبد الغني الرفاعي، المرجع السابق، ص 594.

² غسان عشا، المرجع السابق، ص 263.

التعويض عن الطلاق التّعسّفي، ومنهم مصطفى السباعي الذي يقول (وهذا حكم جديد لم يكن معمولاً به من قبل وهو حكم عادل)¹، التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج، وقد استدللّ الفقه القائل بالتعويض بالحجج التالية:

- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة.
- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة، التي أوجبها بعض الفقهاء واستحبّها البعض الآخر .
- إذا كان الطلاق حق للرجل فإنّ هذا الحق مقيد بالحاجة، وأنه لا يترتب عن استعماله إساءة للغير أو الإضرار بهم، فإنّ الحق في الإساءة بالغير وجب عليه التعويض .
- إنّ الطلاق التّعسّفي ضياع لمستقبل الزوجة، وتفويت لفرص لها قد لا تعود والقاضي منوط بإنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف.
- إنّ الحياة الاجتماعية قد تغيّرت ظروفها وأحوالها عن ذي قبل وعلى المشرّع أن يراعي هذا التغيّر الكبير في الحياة الاجتماعية وأن لا يتقيّد بما قيّدنا به الفقهاء من الأحكام التي كانت تلائم بيئتهم وعلى القضاء أن يتدخّل في آثار الطلاق²، بمقابل الاتجاه المؤيد لتعويض الزوجة عن الطلاق، يوجد اتجاه من العلماء المسلمين المعاصرين، من يعارض تعويض الزوجة عن الطلاق، وكان رأي هؤلاء المعارضين أنّ الأصل في الطلاق هو الإباحة، ولا يجوز الحكم على الزوج بأيّ تعويض ما دام استعمل حقاً منحه إياه الشريعة، واعتبروا أنّه لا يوجد في القرآن أو في الفقه ما يبرّر هذا التعويض، و دافعوا عن رأيهم بأنّ الزوجة كانت تعلم حين زواجها أنّ زوجها يملك في كلّ لحظة حقّ طلاقها، فلا يجوز لها أن تتظلم في ما بعد ويستلزم الحكم بالتعويض للزوجة البحث عن أسباب الطلاق، ممّا قد يؤدي إلى كشف أسرار العائلة وهذا ليس في صالح الزوجة

¹ مقتبس عن، جميل فخري محمد حاتم، التدابير الشرعية للحدّ من الطلاق التّعسّفي في الفقه و القانون، دار حامد للنشر والتوزيع عمان-الأردن، ط 1، 2009، ص 272.

² جميل فخري محمد حاتم، المرجع السابق، ص 274.

التي يجب المحافظة على سمعتها¹، وبهذا كانت جلّ التشريعات في الدول الإسلامية، والمحاكم في هذه الدول لا تفرض التعويض على الزوج متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي القديم الذي لم يعرف فكرة التعويض، وعملا بآراء المعارضين من العلماء المعاصرين لفكرة التعويض، إلى أن بدأت القوانين في الدول الإسلامية تأخذ بقاعدة التعويض عن الطلاق التّعسّفي، وكان القانون السوري 1953 أول من نصّ صراحة على التعويض في المادة 117 التي جاء فيها: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسّف في طلاقها دون سبب معقول وأنّ الزوجة سيصيبها بذلك بأس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسّفه بتعويض لا يتجاوز سنة لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرا بحسب مقتضى الحال"

وقد رفع التعديل عام 1975 مدة التعويض إلى ثلاثة سنوات كحدّ أقصى، ويلزم القانون السوري هنا للحصول على التعويض أن يكون الطلاق من جهة الزوج ومن دون سبب معقول، إضافة إلى وجود البؤس والفاقة عند المطلقة، ثمّ صدرت بعد ذلك قوانين خاصة بالأحوال الشخصية التي تبنت في معظمها مبدأ التعويض عن الطلاق التّعسّفي ومنها قانون الأسرة الجزائري 11/84 الصادر في جوان 1984 المعدّل بالأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27.

الفرع الثاني:

التعويض في قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: التعويض عن الطلاق بإرادة الزوج

تنصّ المادة 52 من قانون الأسرة المعدّلة على أنّه: "إذا تبين للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". يتّضح من قراءة هذه المادة أنّه إذا طلقت الزوجة بإرادة الزوج وبدون سبب جدّي ومقبول قد تكون أمام حالة الطلاق التّعسّفي حيث

¹ غسان العشا، المرجع السابق، ص 167.

يتسبب هذا الطلاق في إيقاع الضرر على المرأة بتعسّفه دون تقديم أسباب معقولة ففي هذه الحالة يكون الضرر ثابت لا يمكن إزالته ولا يمكن جبر هذا الضرر إلا عن طريق حكم القاضي بالتعويض بما يتناسب مع حالة الزوج المادية وحالة التعسّف.

إنّ مبدأ التعويض الذي أخذ به المشرّع في المادة 52 هو أوسع من المتعة، فهذه الأخيرة يراعي في تقديرها، الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة وليس لها حدّ أدنى ولا أقصى، أمّا التعويض فيجوز استعماله لجبر أي ضرر عن أيّ فعل غير مشروع يراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، إلا أنّ في مسألة إثبات الضرر بين القانون المدني وقانون الأسرة اختلاف جذري حيث أنّ الزوج في الطلاق يعدّ متعسّفًا في استعمال لحقه اتجاه زوجته، إلا إذا ثبت عكس ذلك، إذ أنّ تعويض الزوجة المطلقة لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرّر من القانون المدني، وإنّما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا، ولذلك وحتى تستحقّ الزوجة المطلقة تعويضا يجب توفر شرطين:

- الشرط الأوّل: إثبات أنّ الزوج الراغب في الطلاق لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة ما وإنّما لتزوة شخصيّة.

- الشرط الثاني: أن يلحق بالزوجة ضرر حقيقي بسبب الطلاق وبما أنّ الضرر المعنوي قائم بحكم الطلاق، يبقى إثبات الضرر المادي اللاحق بها بسبب الطلاق¹، وبهذا فإنّ التعويض عن الطلاق التعسّف مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق، كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 22 فبراير 2000 حيث جاء فيه (إنّ الحكم بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق)، وأضاف نفس القرار (غير أنّه تلزم الإشارة إلى أنّ الطّاعة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسّف طبقا للمادة 41 من القانون المدني فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض

¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 306.

مقابل ذلك)¹، وهذا ما يفتح الباب أمام الزوجة للحصول على تعويضين، الأول تعويض عن الطلاق التعسفي والثاني تعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وما يجب التنبيه عليه في هذا الصدد أن المطلقة لا تستحق التعويض، إلا إذا أثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في 27/01/1987 أنه (من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما، ومنح المتعة للزوجة ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة)²، فالحكم بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية أي أن دوافع الطلاق كانت من جانبه فإذا كان جانب من المسؤولية تقع على عاتق الزوجة فقدت حقتها في التعويض فالضرر حسب هذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق، فالحكم بالتعويض لا يقع على الطلاق مهما كان بمعنى آخر ليست كل مطلقة تستحق التعويض، بل يجب أن يكون زوجها متعسفا في طلاقها مما ألحق بها ضرر.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي الجزائري كان يحكم للمطلقة، بمبلغ من المال ويلزم الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة فكان يصف المبلغ المحكوم به (متعة) ولكن رجال القانون أخذوا يتخلون شيئا فشيئا عن استعمال كلمة متعة، واستبدال ذلك بكلمة تعويض، وفي هذا الصدد يقول عبد العزيز سعد (إن مجال استعمال كلمة متعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيرا مما عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية وذلك نظرا إلى أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ويراعى في تقدير هذه الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة وليس لأدناها أو أقصاها حد معين).

¹ م.ع.غ.أ.ش بتاريخ 22 فيفري 2000، ملف رقم 235367، المجلة القضائية، ع. 01، ص 275.

² م.ع.ع.أ.ش 27 جانفي 1985 ملف 391731 المجلة القضائية، 1993، ع. 04 ص 61.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينصّ على المتعة إطلاقاً في قانون الأسرة، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها متعارضة فمنها من جعلت المتعة والتعويض اسمين لشيء واحد فلا يقضى بمبلغ، يسمّى تعويضاً وبمبلغ آخر، يسمّى متعة، وفي قرارات أخرى جعلت التعويض والمتعة كاستحقاقين مختلفين نتيجة الطلاق التّعسّفي، وإذا كان مجال استعمال مصطلح المتعة في الشريعة الإسلامية، أضيق منه بكثير مما هو عليه مصطلح التعويض في القوانين الوضعية، فإنه يمكن اعتبار التعويض المقرّر للمطلّقة، بموجب نصّ المادة 52 يغطّي الأمرين، أي يمكن اعتباره جبراً للخاطر الزوجة، عمّا أصابها من ضرر بسبب الطلاق كما هو مقرّر في المتعة شرعاً بحكم أن مجال استعمالها أضيق من مجال استعمال التعويض، وهو في نفس الوقت تعويضاً بالمفهوم القانوني لما أصابها جرّاء الطلاق التّعسّفي من الزوج، غير أنه ينبغي على القضاء مراعاة عدّة جوانب عند تقدير مبلغ هذا التعويض منها الضرر اللاحق بالمطلّقة وظروفها الاجتماعية، مدّة أو عمر الزوج، أضف إلى ذلك كون هذا التعويض يعدّ من ناحية أخرى بمثابة الرّادع الذي يثني الزوج عن التّعسّف في استعمال حقّه الشرعي في توقيع الطلاق، كما يعتبر من جهة أخرى المورد الوحيد الذي يمكن أن تعتمد عليه الزوجة المطلّقة التي لا دخل لها بعد انتهاء عدّتها.

1- كيفية تقدير التعويض:

لم يحدّد المشرع معايير معيّنة، يعتمد عليها القاضي في تحديد التعويض المستحق للزوجة المطلّقة طلاقاً تعسّفياً، إذ ترك كيفية التعويض للسّلطة التقديرية للقاضي، وهنا يستوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة، باعتبار أن التعويض يرجع أصله الشرعي إلى المتعة التي أوجبها الله للمطلّقة، وكما سبقت الإشارة إليه فإن المحكمة العليا في جلّ قراراتها، ذهبت إلى اعتبار المتعة تعويضاً ولم تعتبرها مستقلة عنه ويستند القاضي في حكمه بالتعويض لجملة من الأسباب يمكن إجمالها في ما يلي:

- الظروف المادية لكلا الطرفين من عسر أو يسر، دون الاعتداد بوضعية طرف دون آخر من أجل تحقيق تعويض عادل يدفع للزوجة، ويلاحظ في هذا الصدد أن القاضي لا يلتفت إلى وضعية الزوجة إذا كانت عاملة أم لا أو كان أهلها على سعة من مال على عكس المشرع السوري الذي جاء في مادته 117 على أن الطلاق يعتبر تعسفاً إذا كان من غير سبب معقول، وأن يصيب الزوجة من جرّاءه البؤس والفاقة.
- الظروف التي أدت بالزوج إلى إيقاع الطلاق ودرجة التعسف ويستشف القاضي ذلك من جلسة الصلح التي تكون في البداية لكل طرف على حدى ثم مع الطرفين مجتمعين معاً، وجلسة الصلح دور مهم في تحديد مدى استحقاق الزوجة للتعويض وكذا تقدير مبلغه.
- مدة الزواج وسن الزوجة فقد تكون الزوجة عاشت مع زوجها مدة طويلة وكرّست حياتها لخدمته، سببا لرفع مبلغ التعويض عن الضرر الذي لحق بها بعدما فقدت الاستقرار فقد تكون فقيرة أو عجوزاً، لا أمل في زواجها مرة ثانية، فبقاءها من غير زوج ينفق عليها إضراراً بها ولؤم في معاملتها، فالقانون يعطى للقاضي التعويض للمطلقة بحسب التعسف ودرجته، وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة العليا في قرار بتاريخ 05 ماي 1986، حيث جاء فيه أن (من المقرر قانوناً أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستنتجه من الوثائق المعروضة وليس على رقابة فيه)¹.
- الأخذ بعين الاعتبار حجم الضرر الواقع على الزوجة، ومدى جسامته، حيث يعدّ معيار جسامة الضرر معياراً أساسياً يتحدّد من خلاله رفع مبلغ التعويض أو خفضه، فيكون أولاً بصفة موضوعية حتى يتمّ تقيده بشكل عادل، ثمّ يذهب القاضي في البحث في الظروف الشخصية لطرفي العلاقة مع التركيز على حجم الضرر الذي أصاب الزوجة جرّاء التعسف.

¹ المحكمة العليا قرار رقم 40853، بتاريخ 05 ماي 1986، غير منشور.

إذن و بناء على ما سبق ذكره فإنّ التعويض يرجع تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، بالاعتماد على معيار أساسي، يتمثل في ما أصاب الزوجة من ضرر مادي أو معنوي، وعليه فإنّ التعويض يختلف من مطلقة لأخرى، ذلك أنّ الضرر لا يمكن أن يكون ثابتا بالنسبة لكلّ القضايا، فلم يضع المشرع الجزائري حدّ أدنى أو أقصى لهذا التعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل هو متروك لتقدير القاضي، وهذا ما أقرّه المجلس الأعلى في قراره الصادر في 05 ماي 1986 والذي جاء فيه: (حيث أنّ فيما يرجع لما قضي به القرار المنتقد من التفقات والتعويضات، فذلك يدخل في باب التقدير المخوّل للقضاة، وليس يسوّغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك، وحيث أنّ هذا الوجه مؤسس في ما يرجع إلى التناقض الموجود المطعون فيه)¹، و صدر عن المحكمة العليا قرار آخر في نفس الشئان بتاريخ 18 جوان 1991 جاء فيه: (من المستقرّ عليه قضاء أنّ تحديد المنفعة والتعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنّهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها)²، وكذلك القرار الصادر عن ذات المحكمة في 12 جويلية 2006، والذي قضت فيه بأن، (تحديد التعويض عن طلاق التعسفي بعد من المسائل التقديرية التي يختصّ بها قضاء الموضوع دون غيرهم)³.

و بهذا فإنّ التعويض عن الطلاق التعسفي راجع إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهو مسألة موضوعية خارجة عن مجال رقابة قضاة المحكمة العليا، إلّا إذا كان محففا بأحد الزوجين إجحافا غير مألوف بالنسبة لحالتهما، فليس هناك بذلك حدّ أقصى ولا حدّ أدنى للتعويض عن الضرر الذي لحق بالمطلقة وإنّما هو مرتبط بنسبة التعسف ودرجته، وتقدير هذا التعويض من صلاحيات القاضي الذي يختصّ بالفصل في قضية الطلاق، فهو خاضع للسلطة التقديرية الكاملة، فلا يمكن تقيده أو حصره، ومن خلال الأحكام المطّلع عليها، الصادرة عن محاكم الأحوال

¹ قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، ، 05 ماي 1986، ملف رقم 41703، غير منشور، مقتبس عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 233.

² قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ، 18 جوان 1991 ملف رقم 75029 م.ق 1991، ع. 01، ص 65.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جويلية 2006، ملف رقم 356896 م.ق 2006، ع. 02، ص 433.

الشخصية بكل من وهران وعين التّرك والسّانية، الواضح في اختصاص مجلس قضاء وهران يتبيّن أنّ مقدار التّعويض المحكوم به بين سنوات 1998 إلى 2006 يتراوح صعودا ما بين عشرة آلاف 1000.00 دج، وأربعين ألف دينار جزائري 4000.00 دج¹.

وبهذا فإنّ التّعويض يخضع حتّى للظّروف الاقتصادية السّائدة في المجتمع، ليتمكّن المرأة من سدّ احتياجاتها بعد فترة العدة.

ثانيا: التّعويض عن التّطليق:

تنصّ المادّة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل "يمكن للقاضي عند حكمه بالتّطليق أن يحكم للزّوجة بالتّعويض عن ما أصابها من ضرر"

ومضمون هذه المادّة هو من الأمور المستحدثة في تعديل قانون الأسرة، حيث أنّ المشرّع لم يتطرّق للتّعويض النّاجم عن الطّلاق بطلب من المرأة في قانون 11/84، ونتج عن سكوت المشرّع عن مسألة التّعويض في حالة التّطليق تعارض في الأحكام القضائية بين من يجيز التّعويض وبين من لا يجيزه في حالة التّطليق، وبهذا لم يكن الاجتهاد القضائي في ظل قانون 11/84، يجيز للزّوجة طالبة التّطليق الحصول على تعويض، وهذا ما عكسه قرارها الصّادر بتاريخ 29 ديسمبر 1986، حيث جاء فيه: (من القواعد المقرّرة شرعا أنّ المتعة لمن طلقها زوجها، وليست لمن طلقت نفسها بحكم، من ثمة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ الزّوجة أقامت دعوى التّطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعدّ وحده عقابا للزّوج بسبب إهماله، فإنّ القضاء بالمتعة للمطلّقة يعدّ مخالفا للنصوص الشرعية و متى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا في ما يخصّ المتعة)².

¹ بلعباس شريف مريم، حقوق المرأة المالية و آثارها أثناء قيام الرّابطة الزّوجية وبعد انحلالها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، ص 56.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29 ديسمبر 1986، ملف رقم 4386 م.ق 1993، ع. 02، ص 41.

وفي قرار آخر بتاريخ 11 نوفمبر 1988 قضت أنه: (من المقرر شرعا أن المتعة شرّعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس هي التي تختار فراق زوجها، ومن ثمة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفة للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطّاعن والحكم لها بالمتعة، يكون بقضائهم، كما فعلوا، خالفوا القواعد الشرعية)¹.

إلا أنّ المحكمة العليا تراجعت عن هذا المبدأ وأقرت بحق طالبة التّطليق المطالبة بالتّعويض، وهو ما قضت به في قرار بتاريخ 23 أبريل 1996 على أنّه من المقرر قانونا أنّه (يجوز للزوجة طلب التّطليق مع التّعويض استنادا للضرر المعتر شرعا، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تامّ الأركان، إلا أنّ الزوج تأخّر عن الدّخول بزواجه مدّة خمسة (5) سنوات فإنّ ذلك يعتبر تعسّفا في حقّها ويبرّر التّعويض الممنوح لها بما يتعيّن رفض الطّعن)².

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 11 جويلية 1998، حيث قضت بأنّه (من المقرر قانونا أنّه يجوز تطليق الزوجة عند تضرّرها ومن المقرر أيضا أنّه إذا تعسّف الزوج في الطّلاق يحكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ الزوجة تضرّرت من ضرب الزوج وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقّة في طلب التّطليق والتّعويض معا لثبوت تضرّرها، فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعوّضها طبقوا صحيح القانون)³.

وأكدت المحكمة العليا مبدأ تعويض المطالبة بالتّطليق للضرر، في قرار آخر بتاريخ 15 جوان 1999 بقولها: (من المستقر عليه بأنّه يجوز تطليق الزوجة لطول الخصام وطول مدّته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيّا، ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ الزوجة تضرّرت مع طول مدّة الخصام مع الزوج وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنّه لم يمثّل للقضاء، بتوفير سكن منفرد للزوجة، ممّا

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11 نوفمبر 1988، ملف 51614 م.ق. 1990، ع. 04، ص 67.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23 أبريل 1996 ملف رقم 335435 م.ق. 1998، ع. 01، ص 130.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11 جويلية 1998، ملف رقم 222665، مجلّة الاجتهاد القضائي، 2002، ص 116.

يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون¹، واجتهاد المحكمة العليا المستقر على مبدأ التعويض، في حالة التّطليق للضرر، مهّد لتعديل قانون الأسرة الذي أخذ بمبدأ التعويض في حالة التّطليق للضرر طبقاً للمادة 53 مكرّر من الأمر 02/05، وهذا ما يؤكده عرض الأسباب المقدّم لمجلس الحكومة الذي جاء فيه: (أنّ هذه المادة تكرّس حق المرأة التي تطلب التّطليق في الحصول على تعويض تماشياً مع الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال)، وفي هذا التعديل الجديد يجوز لطالبة التّطليق أن تطلب التعويض وللقاضي أن يحكم لها بذلك لأنّ الزوجة في إطار أحكام المادة 53 التي هي أساس المادة 53 مكرّر، لم تختار فراق زوجها دون مسوغ شرعي، وإنّما طلبت التّطليق لضرر قانوني من جملة الأضرار المنوّه عنها في المادة 53 التي سبق شرحها تفصيلاً، وبالتالي ليس من الحق ولا من العدل أن نجمع عليها بين ضررين، الضرر الذي حملها على طلب التّفريق القضائي وحرمانها من تعويض ذلك الضرر، والقاعدة الشرعية أنّ كل من تسبّب في أيّ ضرر، فعليه الضّمان والقاعدة القانونية وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني، أنّ كل عمل أتى كان يرتكبه المرء ويسبّب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً بحدوثه بالتّعويض ومن ثمة كان التعديل الجديد حاسماً للخلاف وغلقاً بشكل نهائي لباب تناقض الاجتهاد القضائي في هذه المسألة بتقرير حق المرأة طالبة التّطليق للضرر، بتعويض مناسب عن ذلك الضرر حين الحكم لها بالتّفريق القضائي بينها وبين زوجها ولا مخالفة للشريعة الإسلامية في هذا الموضوع².

وبناءً على ما سبق فإنّ التعويض يكون عن الضرر الذي كان سبباً في التّطليق وليس على التّطليق ذاته، والتعويض عن التّطليق هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي، منهما هو معمول به في التعويض عن الطّلاق التّعسّفي.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15 جوان 1999 ملف رقم 222665، مجلّة الاجتهاد القضائي، 2002، ص 999.

² عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 153.

وما يلاحظ في مسألة التعويض سواء كان عن الطلاق التعسفي أو التطبيق للضرر هو أنه يهدف أساسا إلى تحقيق وظيفة اجتماعية تتمثل في جبر الضرر الذي أصاب المرأة المطلقة في حياتها جراء انحلال رابطة زواجها، وتعويضها عما يكون قد لحقها من ضرر جراء ذلك وتأمين حياتها لمدة ولو مؤقتة بعد انتهاء عدتها، غير أن واقع الحال يعكس غير ذلك بسبب محدودية هذه المبالغ وضآلتها التي تتراوح عادة بين عشرة آلاف وأربعين ألف دينار جزائري على أقصى تقدير وفي بعض الأحيان يفضل القاضي الحكم لها بالتعويض، بسبب أن المطلقة لم تطلبه لجهلها أن القاضي لا يحكم إلا بما تطلبه.

ولا تقتصر الاستحقاقات المالية للمرأة على التعويض فقط بل تشمل حتى النفقة.

المطلب الثاني:

حماية حق المرأة المطلقة في نفقة العدة في قانون الأسرة الجزائري.

لقد عاجلت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري مسألة نفقة وسكن المطلقة المعتدة وهذا بنصها على: (لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي، ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة الميينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق)، وحتى تتمكن من مناقشة هذه المادة يجب التطرق أولا إلى مفهوم العدة وحالات استحقاق نفقتها طبقا للشريعة الإسلامية (فرع 1) ثم مناقشة موقف التشريع والقضاء الجزائري من نفقة العدة (فرع 2).

الفرع الأول:

عدة المطلقة في الشريعة الإسلامية.

العدة لغة هي الشيء المعدود، وهي مأخوذة من الحساب والعد والإحصاء، إذ يقال أعددت الشيء إذا أحصيته¹، ويترتب على هذا أن معنى العدة يدل على ما تحصيه المرأة وتعدّه من

¹ مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج 1، ص 2109.

الأيام وعدد الإقراء، كما أنّها اسم للمدة التي تنتظر فيها الزوجة وتمتنع على الزوج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها.

أمّا في الاصطلاح فهي المدة المعلومة التي تعقب الطلاق وتتلوه، فتمكث فيها المرأة المتزوجة بعد طلاقها أو وفاة زوجها ولا تتزوج لمعرفة براءة رحمها أو لحزنها على زوجها وهي واجبة عليها وعندما تنقضي يصير زواجها جائزا، لكنّها ليست واجبة على الرجل.

فالعدة مدة لازمة معلومة تتربّص فيها المرأة دون زواج، عند زوال النكاح بفرقة أو موت أو بمضيّ أقراء أو أشهر لمعرفة براءة رحمها أو للتعبّد أو لتفجّعها على زوجها.

ويظهر من هذا التعريف إظهار الرضا بقدر الله مع الحزن على الفرقة وانتظار استبراء الرحم، ومن خلال هذه التعاريف يتبين أنّ عقد الزواج إذا انتهى بأيّ سبب من الأسباب، انتهاءه سواء كان طلاقاً أم فسخاً أو وفاة، فلا تحلّ للمرأة أن تتزوج بغير زوجها الأول، إلاّ بعد انتهاء المدة المحددة شرعاً¹، ولا تجب العدة على المطلقة إلاّ إذا دخل الزوج بها أو اختلى بها، سواء كانت الخلوة صحيحة أم غير صحيحة عند الحنفية، وتجب العدة أيضاً إذا كان الاتصال الجنسي ممكناً في الخلوة عند المالكية فإن لم يدخل الزوج أو لم يختلي بالزوجة فلا تجب العدة عليها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَّوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾²، حيث يدلّ النصّ بعبارته الصريحة على عدم وجوب العدة على المرأة إذا طلقت قبل الدخول.

أولاً: مشروعية العدة:

ثبتت مشروعية وجوب العدة بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، أمّا في القرآن الكريم وردت آيات كثيرة أكدت مشروعية العدة منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ

¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص306.

² سورة الأحزاب: 49.

فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...¹، ووجه الاستدلال في هذه الآية أن الله يأمر بحفظ الوقت الذي وقع فيه الطلاق كما يأمر بإحصاء العدة، وقال الله تعالى كذلك: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾².

ووجه الاستدلال أن الله أمر المطلقات من ذوات الحيض أن يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ثم تنزّوج بعد ذلك إن شاءت.

وقال الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا...﴾³.

ووجه الاستدلال بيّن الآية أن عدّة المرأة التي لا تحيض لكبر سنّها وعدّة الصّغيرة غير البالغة هي ثلاثة أشهر، كما بيّن أنّ عدّة الحامل تنتهي بوضع حملها. أمّا دليل العدة على المرأة في السنّة النبوية الشريفة، فقد وردت الكثير من الأحاديث التي تبين وجوب العدة على المرأة إذا طلقها زوجها.

عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أنّه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: {مره فليراجعها ثمّ ليمسكها حتّى تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر ثمّ إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمسّ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء}⁴

¹ الطلاق: 01.

² سورة البقرة: 228.

³ سورة الطلاق: 4.

⁴ أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، رقم الحديث 5251.

أما من الإجماع فقد أجمعت الأمة الإسلامية على وجوب العدة، منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يخالف أحد في ذلك، ولقد شرعت العدة لأسباب ذكرها جمهور الفقهاء منها ما يلي:

- تيقن الزوجة من براءة رحمها، منعا لاختلاط الأنساب.
- إعطاء فرصة للزوجين بعد الطلاق للعودة لمواصلة حياتهما الزوجفة من جديد.

ثانيا: عدة المرأة المطلقة ومن في حكمها:

إذا كانت الفرقة بالطلاق فإن عدة المرأة، تختلف لكونها من ذوات الحيض (سواء كانت حاملا أم لا) أو ممن لا تحيض.

أ) إذا كانت المرأة حامل عند حصول طلاق أو فسخ تكون عدتها، بوضع الحمل لعموم قوله: ﴿.. وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ..﴾¹.

ب) إذا كانت المرأة غير حامل، و كانت من ذوات الحيض فإن عدتها تكون ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾²، وأما إن لم تكن من ذوات الحيض لصغرها أو عدم رؤيتها الحيض أو لكبر سنّها، تكون عدتها بثلاثة أشهر، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...﴾³.

ثالثا: حكمة مشروعية عدة المرأة على زوجها:

إن العدة لما كانت واجبة على المرأة بنص القرآن الكريم والسنة النبوية، كان فيها للمرأة أجر عظيم على التزامها بأوامر الله، ولذلك فإن الغاية من العدة أنّها للتعبّد، والعدة من الأمور التي كانت معروفة في الجاهلية، ولما جاء الإسلام أقرّها مع إدخال بعض التعديلات عليها والتي نفت

¹ سورة الطلاق: 04.

² سورة البقرة: 228.

³ سورة الطلاق: 04.

عنها ما كانت تشتمل عليه، من مساوئ والمضارّ التي كانت تلحق بالمرأة، فقد كانوا يوجبون عليها في الوفاة تربّص سنة كاملة في شرّ ثيابها وعفش بيتها دون أن تمسّ طيباً، مبالغة منهم في احترام الزّواج وتقديسه، فحفّف الله هذا التّشديد وجعلها أقل من ذلك ولم يحرم فيها إلاّ الزينة والطّيب والتّعرّض لأنظار الخاطبين من مريدي الزّواج، وما منع النّظافة ولا الجلوس في كلّ مكان في البيت مع النّساء والمحارم من الرّجال، وقد أقرّ الإسلام العدة لما يترتّب على تشريعها من المصالح الكثيرة والتي منها:

- معرفة براءة الرّحم، لصيانة الأنساب وحفظها من الاختلاط، الذي يترتّب عنه انهيار المجتمع وفساده أنّ بقاء المرأة دون زواج طول مدّة العدة يعلم منه خلو الرّحم من الحمل أو عدم خلوه، وبذلك يحتاط لحق الولد في ثبوت نسبه حتّى لا يختلط بغيره، ويحتاط لحق الزّوجة المطلّقة من أجل استحقاقها النّفقة والسّكن ما دامت في عدتها .

- إظهار أهميّة الزّواج باعتباره ميثاقاً غليظاً.

- إعطاء الزّوج الفرصة للتّدم ومراجعة نفسه بعد أن تهدأ ثائرة غضبه، فقد يرى أنّ مراجعة زوجته أولى من المضي في طريق الخلاص منها.

رابعاً: حالات استحقاق نفقة المعتدّة من طلاق:

إنّ المعتدّة من طلاق قد تكون معتدّة من طلاق رجعي، وقد تكون معتدّة من طلاق بائن، اتّفق الفقهاء أنّ المعتدّة من طلاق رجعي تستحق النّفقة والسّكن بعد الطّلاق الرّجعي لأنّ هذا الطّلاق لا يرفع النّكاح ولا يزيل الحلّ، فتبقى المطلّقة رجعيّاً في أجل العدة زوجة حكماً لها ما لغيرها من الزّوجات¹، وهذا ما جاء في قوله تعالى: ﴿... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ...﴾².

¹ رمضان علي الشرمباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 81.

² سورة البقرة: 228.

أما المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى، فإن الفقه على خلاف في ذلك، فانقسموا إلى مؤيد ومعارض فذهب الحنفية إلى أن لها النفقة والسكن¹، لأنه لم يرد في كتاب الله ما يدل على خلاف ذلك، فالرجوع إلى مدلول الآية: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ...﴾، والآية التي أمر بها إسكان المعتدة، وتلك التي أمر الله أن تبقى المعتدة في بيتها بقوله: ﴿.. لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ..﴾، فإنه لا فرق عند الأحناف بين مطلقة وأخرى سواء طلاقهما رجعياً أم بائناً فلها الحق في النفقة بأنواعها.

أما المالكية فيرون أن المطلقة بائناً وهي حائل، أي غير حامل لها السكن دون النفقة وهذا القول، قال به الشافعية كذلك فأسقطوا نفقتها واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿.. وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ..﴾²، وهذه الآية دليل على أن المطلقة طلاقاً بائناً لا نفقة لها، وقد أعطى الإمام مالك حق النفقة للمطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً³، في حين أن المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى أو المطلقة ثلاثاً، لا تستحق النفقة عدة شرعاً⁴.

الفرع الثاني:

نفقة عدة المرأة المطلقة وحالات استحقاقها في قانون الأسرة الجزائري.

لقد نصّ المشرع الجزائري على عدة المرأة المطلقة في المواد 58 و59 و60 من قانون الأسرة، فنصّ على العدة في المادة 58 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "تعدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء..."، وهذا تجسيدا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾⁵، ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع تبني الرأي الفقهي القائل بالأعدّة للزوجة غير المدخول

¹ انظر الكستاني، بدائع الصنائع، ج 03 ط 02 دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1982، ص 209 .

² سورة الطلاق: 06.

³ أحمد نصر الجندي، الطلاق و التّطليق وآثارها، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 553.

⁴ بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري، إشكاليات حلّها، مجلّة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ع.09 ص 260.

⁵ سورة البقرة: 228.

بها، أما مدة عدّة المطلقة اليائس من الحيض فقد حدّدها المادّة 58 من قانون الأسرة بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق و هذا عملا بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...﴾¹، وبخصوص مدة العدّة بالنسبة للمطلقة الحامل فقد حدّدها المادّة 60 من قانون الأسرة، بوضع المرأة حملها، وحددت أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر من تاريخ الطلاق و هذا تطبيقا لقوله تعالى: ﴿.. وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...﴾².

لقد أعطت المادّة 61 من قانون الأسرة الجزائري الحق في النفقة للمطلقة بصفة عامّة، حيث أعطى المشرّع بموجب هذه المادّة الحق في النفقة والسكن، أثناء فترة العدّة دون تمييز بين المطلقة طلاق رجعي أو طلاقا بائن، لأنّ قانون الأسرة لا يعتد إلاّ بموجب الطلاق الصادر بموجب حكم قضائي، لكن بالرجوع إلى المادّة 58 من قانون الأسرة التي تنصّ على: "تعتدّ المطلقة المدخول بها بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، ويتّضح أنّ المشرّع من خلال هذا النصّ أخذ بالطلاق الرجعي عندما جاء بعبارة من تاريخ التصريح بالطلاق، والتصريح الذي يقصده المشرّع في هذا الشّأن هو تصريح الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة، عملا بنصّ المادّة 48 من قانون الأسرة، ولم يقصد به تصريح القاضي لأنّه لو أنّ المشرّع لم يقرّ بعدّة الطلاق الرجعي، لما أتى بعبارة من تاريخ صدور الحكم بدلا من عبارة من تاريخ التصريح بالطلاق، هذا من جهة ومن جهة أخرى، وبالرجوع إلى نصّ المادّة 50 من قانون الأسرة نجد أنّه ورد فيها ما يلي: (من راجع زوجته أثناء محاولة الصّلاح لا يحتاج إلى عقد جديد)، أي أنّ المشرّع أقرّ بوجود حق الزوج في مراجعة زوجته بإرادته المنفردة، وذلك دون حاجة إلى عقد جديد، طالما تمّ استعمال هذا الحق أثناء محاولة الصّلاح، وكما هو معروف شرعا أنّ مراجعة الزوج لزوجته المطلقة دون حاجة إلى عقد جديد، لا يكون ولا يتمّ إلاّ إذا كان خلال عدّة الطلاق الرجعي وحق

¹ سورة الطلاق: 04.

² سورة الطلاق: 04.

الرّجعة، مرتبط ارتباطا وثيقا بها¹، وبهذا تجب نفقة العدة لكل امرأة فارقها زوجها بغير وفاة، بسبب الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، وتجب نفقة العدة لكل امرأة كان سبب افتراقها عن زوجها من جهتها بشرط أن يكون هذا السبب مشروعاً، بموجب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري²، وعليه فإن المطلقة لها الحق في النفقة طيلة مدة العدة بكل مشتملاتها من غذاء، وسكن وعلاج وكسوة، وذهب القضاء الجزائري في هذا الاتجاه في قرار للمحكمة العليا، بتاريخ 184/10/22، تحت رقم 34327، الذي جاء فيه ما يلي: (متى كان من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيّدوا الحكم المستأنف فيما قضى به، ومن ذلك تقرير نفقة الزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعاً إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من نفقة العدة، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن)³، لقد اعترف القضاء من خلال هذا القرار لحق المطلقة في نفقة العدة سواء أكانت ظالمة أو مظلومة، كما رأى أن اعتراف الزوجة بارتكاب فاحشة الزنا لا يسقط حقها في نفقة العدة⁴، وبالنتيجة لذلك فإن للمطلقة في القانون الجزائري الحق في نفقة العدة بعد التصريح بالطلاق، وهذا يعتبر حماية للمرأة وضماناً لاحتياجاتها في تلك الفترة من غذاء وسكن وعلاج وكسوة أي مشتملات النفقة.

وتجدر الإشارة إلى نفقة العدة تمنح للزوجة ولو لم تطالب بها لأنها من النظام العام، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12 جويلية 2006، حيث جاء فيه (لا طلاق بدون عدة،

¹ نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي و آثارها على الأحكام القضائية، الجزائر، ط 2، 2009، ص 56.

² عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، الجزائر، 2007.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم، 34327، المجلة القضائية، ع.03، 1989، ص 69.

⁴ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص 256.

وبدون منح نفقة عنها ما دامت من النظام العام¹، إذ واستنادا إلى نصّ المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، كل مطلّقة معتدّة تستحقّ النفقة من مال زوجها، طيلة مدّة العدة ويجب على مطلّقتها أن يتحمّل هذه النفقة، وعلى المحكمة أن تحكم بما وتحدّدها إجماليا أو شهريا، وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق²، وقد تحتفظ لها بحقوقها في حالة عدم طلبها، والجدير بالذكر أنّ نفقة العدة لا يحكم بها في بعض الحالات، كحالة الخلع والطلاق بالتراضي الذي تنازل فيه المرأة المطلّقة عن جميع حقوقها، وينصّ على ذلك في الحكم القاضي بالطلاق ويعتبر بمثابة الخلع المقنع³، ومشمّلات نفقة العدة هي ما نصّ عليه المشرّع في المادة 78 التي تنصّ على: (تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)، ومشمّلات النفقة في المادة 78، جاءت على سبيل المثال وترك المشرّع للقاضي تقدير ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة حسب كل منطقة، باعتبارها تختلف من منطقة لأخرى، ومن الضروريات في العرف والعادة في المجتمع الجزائري، مصاريف النفاس، فرغم أنّ المشرّع لم ينص عليها صراحة، إلّا أنّ القضاء اعتبرها من مشمّلات النفقة، وفي هذا الشأن اعتبرت المحكمة العليا مصاريف النفاس من مشمّلات النفقة، وذلك في قرار لها حيث جاء فيه أنّه (يحقّ للمرأة المطلّقة المطالبة بمصاريف النفاس باعتباره من الضروريات في عرف وعادات العائلة الجزائرية، وفق التعريف الوارد في المادة 78 من قانون الأسرة)⁴.

وأكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قرار آخر بتاريخ 13 يناير 2011، حيث جاء فيه: (حيث أنّ النفاس يتطلّب عناية خاصّة بالمرأة لمدّة معيّنة، وذلك لرعاية صحتّها وصحة طفلها ونظامها الغذائي خلال تلك المدّة ومن ثمة فإنّ المصاريف المتعلّقة به، لا تقتصر على العلاج والأدوية فقط مثل ما يعتقد الطّاعن وإنّما تقتضي كذلك متابعة نظام غذائي معيّن يقتضي هو

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12/06/2006، ملف رقم 358348 م ع 2006، ع. 02، ص 449.

² عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 291.

³ بلعاسي شريف مريم، حقوق المرأة المالية و آثارها أثناء قيام الرابطة الزوجية و بعد انحلالها، المرجع السابق، ص 45.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10 جوان 2009، ملف رقم 502268، م ق 2010 ع. 01 ص 219.

الأخر مصاريف خاصة تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على حكم المستأنف، القاضي بإلزام القاضي بدفع للمطعون ضدها المبلغ المذكور مقابل مصاريف النفاس على هذا الأساس يكونوا قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية، الأمر الذي يجعل الوجه المثار غير مؤسس ويتعين عدم الالتفات إليه¹، وهذا التفسير الذي ذهبت إليه المحكمة العليا تفسيراً واسعاً، حيث أضافت مصاريف النظام الغذائي للعناية بصحة النفساء وطفلها وفرق بين مصاريف النفاس ومصاريف الولادة بما يعتبر حماية مزدوجة للمطلقة وطفلها.

أما بخصوص سكن المعتدة من طلاق فقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة كذلك في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: (... لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها... إلا في حالة الفاحشة المبيّنة)، فالمشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة، قد أقرّ للمطلقة الحق في السكن مدة عدتها بيت الزوجية، إلا في حالة ارتكاب الفاحشة المبيّنة وهذا عملاً بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا²، وقوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ...³ .

إذن جاء الحق في سكن المعتدة عموماً والمعتدة من خلاف قانون الأسرة مسائراً لأحكام الشريعة الإسلامية فالقرآن فرض حق المعتدة في سكن بيت الزوجية مدة عدتها ونهى عن إخراجها منه، وكذا عن خروجها إلا في حالة إتيانها بفاحشة مبيّنة، إلا أنه ورغم أن السكن هو من حقوق المرأة المعتدة من طلاق، فإن الواقع في المجتمع الجزائري، نادراً ما تعتد المطلقة بيت الزوجية بل

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 13 جانفي 2011، ملف رقم 594435 م.ق 2011 ع. 02، ص 266.

² سورة الطلاق: 01.

³ سورة الطلاق: 06.

الغالب والمتعارف عليه هو مغادرتها له بمجرد حدوث طلاق إن لم تكن غادرتة قبل ذلك بسبب حدوث نزاع كفي لا تعود إليه بعده¹.

والملاحظ في مسألة سكن المعتدة أن المشرع لم يساير الشريعة في منع التضييق على المعتدة لإرغامها على الخروج من بيت الزوجية بطرق غير مباشرة أثناء مدة عدتها. وقد رتب المشرع آثارا قانونية أخرى عن الطلاق تتمثل خاصة في حق المرأة في الحضانة وحقها في استرجاع المتاع الذي ساهمت به في تأثيث بيت الزوجية.

المبحث الثاني

حماية حقوق المرأة المطلقة في حضانة الأبناء وحقها في استرجاع متاع البيت

لقد رتب قانون الأسرة الجزائري حقوقا للمرأة المطلقة وأهم هذه الحقوق هو حقها في حضانة أبنائها (مطلب أول) وكذلك حقها في استرجاع التجهيزات والمتاع الذي ساهمت به في تأثيث البيت (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

حماية حق المرأة في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية.

إن حضانة الأطفال تعتبر من أهم آثار الطلاق لما لها من تأثير على الطفل، وفقا للاتفاقيات الدولية (فرع أول)، كما نظم قانون الأسرة الجزائري مسألة الحضانة (فرع ثاني)، وقد أعطى المشرع الأولوية في حضانة الأبناء وذلك باتخاذ تدابير قانونية لحماية حقها في الحضانة (فرع ثالث)

¹ بلعباسي شريف مريم، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الأول:

الحضانة في الاتفاقيات الدولية

يقرّر القانون الدولي المساواة بين الزوجين فيما يتعلّق بمسؤولياتهما على أطفالهما ورعايتهم والولاية عليهم أثناء الزواج أو بعد فسخه وإنهاء العلاقة الزوجية، والملاحظ من خلال استقراء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، أنّ القانون الدولي لحقوق الإنسان يساوي بين الزوجين في حقوقهما ومسؤولياتهما نحو أطفالهما أثناء الزواج أو في حالة الانفصال أو الطلاق، والمعيار الوحيد في تفضيل أحدهما هو مصلحة الطفل، فقد جاء في المادة 4/23 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 أن تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند إبرام عقد الزواج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وفي هذه الحالة الأخيرة يتوجّب اتخاذ التدابير الكفيلة لحماية الأطفال إن وجدوا.

كما جاء في المادة السادسة فقرة ج من إعلان القضاء على التمييز ضدّ المرأة سنة 1967 أنّه (يترتّب للوالدين وعليهما حقوق وواجبات متساوية في الشؤون المتعلقة بأولادهما، ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأول).

أمّا الاتفاقية الدولية الخاصّة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة لسنة 1979، فقد نصّت في المادة 16/د على أنّه (تضمن الدّول الأطراف للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بصرف النّظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلّقة بأطفالها، وفي كل الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الرّاجحة، ونصّت الفقرة (و) من نفس المادة على أنّه: (تضمن على أساس تساوي الرّجل والمرأة... نفس الحقوق والواجبات فيما يتعلّق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسّسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الرّاجحة)، وقد جاء في تفسير لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، (أن الحقوق والمسؤوليات المشتركة المنصوص عليها في

الاتفاقية يجب أن تدعم قانونا في إطار الوصاية والحضانة والتبني ويجب أن تضمن الدول الأطراف في قوانينها أن كلا الوالدين بغض النظر عن حالتها الزوجية معيشتهما مع أولادهما، يشتركان في حقوق ومسؤوليات متساوية فيما يخص أولادهما).

كما ذهبت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في نفس الاتجاه، فحثت جميع الدول الأطراف والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية أن يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل في جميع القوانين والإجراءات التي تتعلق بالطفل، وحضانة الطفل هي من أهم الأولويات التي يجب على المجتمع مراعاتها، تحقيقا للتعهد الواقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل، في المادة الثالثة من الاتفاقية، فأوصت على ضرورة ضمان الحماية والرعاية اللازمين لرفاهية الطفل مع مراعاة حقوق وواجبات الوالدين والالتزام واجب على كل دولة بأن تتخذ جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة لذلك.

كما نصت المادة 18 من هذه الاتفاقية على أنه (تبدل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل، (إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضوع اهتمامهم الأساسي).

و من خلال ما سبق ذكره من نصوص دولية فإن حضانة الطفل مسؤولية متساوية ومشاركة لكل من الزوجين فيما يتعلق برعاية الطفل والولاية عليه ولهما نفس الحق في الحضانة سواء في ظل الزوجية أو بعد انحلال الرابطة الزوجية وجعلت الاتفاقيات المذكورة أعلاه، مصلحة الطفل هي العليا فوق كل اعتبار.

وفي هذا السياق جاء في الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بخصوص حق المرأة في الحضانة في ردها على التقرير الدوري الثاني للجزائر، أنه (يساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية، وتعرب عن قلقها خاصة إزاء عدم مراجعة قانون

الجنسية وقانون الأسرة، مما يديم الأحكام التمييزية في المسائل المتصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق وحضانة الأطفال)¹، يتضح من خلال هذا التقرير أن اللجنة الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لاحظت أن النصوص المنظمة لمسألة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هي نصوص تمييزية، فيما يخص حق مساواة المرأة مع الرجل في حضانة الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية.

لقد عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة الحضانة في المواد من 62 إلى المادة 72 وتم تعديل بعض هذه المواد بموجب الأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27، فأعلنت بعض الأحكام وأدخلت أحكام جديدة وهنا يطرح التساؤل حول مدى مطابقة النصوص لمضمون ما جاءت به المواثيق الدولية التي عالجت المسألة، وهل هناك حماية لحق المرأة في الحضانة في قانون الأسرة؟ وما هي التدابير القانونية لحماية المرأة الحاضنة؟

الفرع الثاني:

تنظيم الحضانة في قانون الأسرة.

1- مفهوم الحضانة وشروطها في قانون الأسرة:

تعرف الحضانة اصطلاحاً على أنها رعاية الولد وتعليمه وتربيته والسهر على حمايته وحفظه خلقاً وصحةً، وهذا ما جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري والقاضية بأنه (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك).

يلاحظ أن المشرع عرف الحضانة انطلاقاً من أهدافها التي تعتبر من قبيل الواجبات التي تقع على عاتق الحاضن، لكن هذا لا يعني أن الحضانة هي حق خالص للطفل فكما يعتبر واجب يقع

¹ انظر الملاحظات الختامية للجنة القضاء إلى التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري الثاني للجزائر-يناير: hgml.2005

على عاتق الحاضنة، فإنها تعتبر حقاً لها أيضاً¹، والملاحظ على المادة 62 ق.أ أنها خصت التربية بأمر معيّن وهو تربية الطفل على دين أبيه²، والمشكل الذي يثار في حالة اختلاف دين الزوجين خاصة وأنّ المواثيق الدولية كلّها تنصّ على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في نطاق الأسرة، بغض النظر إلى معتقداتهم الدينية.

فتربية الطفل على دين أبيه في حالة اختلاف الدين الزوجين يعتبر خرقاً لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل كما أنّ تربية الطفل على دين أبيه تتعارض مع اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1987، أكدت على حرية الطفل في الدين والمعتقد، حيث جاء في المادة 14/1 من هذه الاتفاقية أنّه (تحتّم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين)، كما نصّت الفقرة 2 من ذات المادة على حق الوالدين في التوجيه وذلك بنصّها (تحتّم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين)، وكذلك تبعا لحالة الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة)، وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الجزائر على غرار الدول الإسلامية الأخرى أبدت تحفظها على المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، كما أنّ تحفظ الجزائر على المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة لسنة 1979 هو ما جعل المشرّع يؤكّد على ضرورة تربية الطفل على دين أبيه في حالة إسناد الحضانة للأمّ، ويذهب المشرّع في هذه المادة في نفس اتجاه المادة 30 من قانون الأسرة التي تحرّم زواج المسلمة بغير المسلم، فالزوجة المسلمة لا يمكن أن يكون زوجها إلاّ مسلماً، وهذا لا يطرح الإشكال على اعتبار أنّ الزوجة المسلمة ستربي طفلها على دين أبيه على اعتبار أنّه نفس دين الأمّ، ولكن الإشكال يطرح في حالة زواج المسلم بغير المسلمة، فهنا القانون يفرض عليها أن تربي الطفل على دين أبيه المسلم، حفاظاً

¹ سلامي دليّة، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة

بن يوسف بن خدة - الجزائر العاصمة، 2008، ص 35.

² عيساوي عبد التور، المرجع السابق، ص 48.

من المشرّع على الهوية الإسلامية للدولة الجزائرية¹، ولم يمنع المشرّع الجزائري الزوجة الغير مسلمة من حضانة طفلها، ولكنّه اشترط عليها أن تربيته على دين أبيه، وأكد القضاء على هذا حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ: 13/03/1989 أنّه (من المقرّر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة أولادها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينهم)².

جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 19/02/1990 أنّه (متى كان من المقرّر شرعا وقانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمّة فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصّغار إلى الأمّ التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعدّ قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه)³.

ذهبت المحكمة العليا في قرار لها أبعد من هذا، عندما قرّرت أنّ الحضانة تسند لمن يوجد بالجزائر من أبوين إذا كان أحدهما مقيم في دولة أجنبية غير مسلمة، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 02/01/1989 أنّه: (من المقرّر قضاء في مصلحة الحضانة أنّه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصم على الأولاد بالجزائر، فإنّ من يوجد بها أحقّ بهم ولو كانت الأمّ غير مسلمة، ومن المقرّر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصّادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ومن ثمّة فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرّر ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطّاعنة طالبت إعطاء الصّيغة التّنفيذية للحكم وقرار الأجنبيّين اللّذين أسندا حضانة البنين إلى أمّهما، فإنّ قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطّاعنة الرّامي إلى وضع الصّيغة التّنفيذية للحكم، وقرار الأجنبيّين لكون بقاء البنين في فرنسا يغيّر من اعتقادهما

¹ عيساوي عبد التّور، المرجع السّابق، ص 250.

² المجلس الأعلى غ.أ.ش، 13/03/1989، ملف رقم 52221، المحلّة القضائية، 1993، ع. 01، ص 48.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش. م، 19/02/1990، ملف رقم، 59013، المحلّة القضائية 1991، ع. 04، ص 117.

ويعدّهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أنّ الأب له الحق في الرقابة، وبعدهما عنه يجرمه من هذا الحق، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا صحيح القانون¹، إنّ القضاء يفضّل بقاء الأبناء في الجزائر، من أجل تنشئتهم في بيئة إسلامية.

لقد نصّت الفقرة الثانية من المادة 62 من ق أ (على أن يكون الحاضن أهلا لتولي الحضانة)، وهذا حماية لمصلحة المحضون، فلا بدّ من توفر شروط معيّنة في الحاضن، لم يوضّحها المشرّع في قانون الأسرة، تاركا الأمر للسّلطة التقديرية للقاضي والذي بدوره سيعود لأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، فالأهلية المقصودة في نص المادة 62 ق أ هي القدرة على القيام بمصالح المحضون والعناية الخاصة بتربيته وإعداده إعدادا سليما حتّى يكون عضوا نافعا في المجتمع، ولتحقيق الهدف من الحضانة اشترطت الشريعة الإسلامية شروطا عامة يشترك فيها الرّجال والنساء وشروطا أخرى تتعلّق بالرّجال، فالشروط المتعلقة بالرّجال والنساء تتمثّل في:

- كمال الأهلية: بالبلوغ والعقل أي بلوغ سن الرشد الذي لا يكون وفقا للقانون الجزائري إلّا ببلوغ الشّخص 19 سنة، فلا تثبت الحضانة للصغير أو الجنون لأنّهما بحاجة إلى من يرعاهما.
- الإسلام: فلا تثبت الحضانة لكافر على مسلم، وإن كانت الأم كاتبة كان لها أن تحضن ولدها ما لم يخشى عليه و سوء العاقبة من هذه الحضانة.
- القدرة: أي الاستطاعة على تربية المحضون ورعايته والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية.
- الأمانة والعفة: بأن يكون الحاضن ثقة، عدلا، يتّقي الله في تعهده الطفل وتربيته، فيجب على الحاضن أن يكون أمينا في خلقه وسلوكه مع المحضون².

¹ المجلس الأعلى، غ أش، 1989/01/02، ملف رقم، 52207، المحلّة القضائية 1990 ع. 04 ص 74.

² أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 171.

- السّلامة من الأمراض المعدية التي ربّما تنتقل إلى الطّفل.
- أمّا الشّروط الخاصّة بالنّساء لاستحقاق الحضّانة فتتمثّل في ما يلي:
- أن لا تتزوّج أمّ الصّغير بغير محرّم، فإن تزوّجت بمحرّم كعمّه لم تسقط حضّانتها، أمّا إن تزوّجت بأجنبي، فإنّها تفقد حقّها في الحضّانة لقوله صلى الله عليه وسلم: {أنت أحقّ به ما لم تنكحي}، لأنّ الأجنبي غير مأمون ولاسيما على الأنثى، وهذا ما جاء في المادّة 66 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنصّ على (يسقط حق الحضّانة بالتزوّج بغير قريب محرّم...)
- أن تكون الحضّانة ذات رحم محرّم من الصّغير، أي أن تكون الحضّانة رحماً محرّماً للمحضون، كأّمّه أو أخته أو جدّته أو خالته، فلا حق لبنات العمّ وبنات العمّة وبنات الخال وبنات الخالة بحضّانة الذّكور، وهنّ الحق في حضّانة الإناث، كذلك الأمر بالنّسبة لابن الخال وابن الخالة وابن العمّ وابن العمّة لا يحقّ لهم حضّانة الإناث لكن لهم الحق في حضّانة الذّكور¹، ويشترط في الحضّانة عدم الإقامة مع المحضون في بيت من بيغضه، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون وحماية له من الأذى والضّياع وتختلف هذا الشرط يؤدّي إلى إسقاط الحضّانة.
- أمّا الشّروط الخاصّة بالرجال لاستحقاق الحضّانة فيجب توفر في الحاضن ما يلي:
- أن يكون محرّماً للمحضون إن كانت أنثى، وهذا تفادياً للخلوّة بها لعدم المحرمية.
- إتحاد الدّين بين الحاضن والمحضون، لأنّ حق الرّجل في الحضّانة مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم².

¹ محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصية، دار الفكر العربي، مصر ص 408.

² محمّد أبو زهرة، المرجع السّابق، ص 108.

2- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

ولقد رُتبت المادة 64 ق.أ المعدّل بموجب الأمر 02/05 من لهم الحق في الحضانة، وذلك بنصّها على (الأمّ أولى بحضانة أولادها، ثمّ الأب ثمّ الجدّة للأمّ، ثمّ الجدّة لأب، ثمّ الخالة ثمّ العمّة، ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك...).

من خلال نصّ المادة 64 المعدّلة، أعطى المشرّع الأولوية في حق الحضانة للأمّ متبعا في ذلك ما جاءت به الشريعة الإسلامية التي أعطت حق حضانة الصّغير لأمّه ولو كانت مطلّقة، وهي مقدمة على غيرها من النساء، كما أعاد المشرّع في المادة 64 ق.أ المعدّلة النظر في ترتيب الحق في ممارسة الحضانة وهذا بتقديم الأب عن الجدّة لأم والخالة، حيث أصبح أولى منهم وأكثر حرصا في اعتقاد القانون على رعاية أبنائه¹، ولقد كان نصّ المادة 64 ق.أ قبل التّعديل أي في ظل قانون 11/84 على أنّ الأمّ أولى بحضانة ولدها ثمّ أمّها ثمّ الخالة ثمّ الأب ثمّ أمّ الأب ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك، وبهذا كان قانون الأسرة يجعل الأولوية للأمّ ثمّ لجهة النساء، وجعل ممارسة الأب لهذه الحضانة في المرتبة الأخيرة.

بالتأمّل في المادة 64 ق.أ المعدّلة يلاحظ أن المشرّع أعطى امتيازاً مهماً في الحضانة للمرأة واستند في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي كرّمت الأمّ وأعطتها مكانة متميّزة مقارنة مع الأب، إلاّ أنّ الملاحظ في تعديل هذه المادة التي مكّنت الأب من الاستحواذ على حضانة الأولاد مباشرة بعد الأمّ، لم يستسيغه العديد من الفقهاء، بل هناك من اعتبره مخالفا لجميع المذاهب الفقهية السنية، لأنّ هذا المنحى لم تأخذ به سوى الشيعة، كما اعتبروه مخالف للنصوص الصّريحة لأنّه ثبت عن الرّسول ﷺ أن قضي في ابنة حمزة لخالتها وقال: { الخالة بمرتبة الأمّ }².

¹ عبد القدر بن داود، المرجع السّابق، ص 166.

² إدريس الفاخوري، الزّواج والطلاق في مدوّنة الأحوال الشخصية، دار النّشر، الحسور، وحدة-المغرب، ط6، 2000/1999.

في حين اعتبر البعض أنّ التعديل إيجابي، وله مزايا قرّرت لمصلحة المحضون، والتّعديل في نصّ المادة 64 التي ربّبت الحواضن جاء من أجل معالجة الواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية لا سيما فيما يتعلّق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطّلاق أو الوفاة، فكان الأب في ظل قانون الأسرة الجزائري 11/84، يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أنّ دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأمّ بأكملها. فالتّعديل 02/05 وان خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب الأخرى في مسألة ترتيب الحاضنين، فإنّه حاول أن يساوي بين جهة الأمّ والأب¹.

تجدر الإشارة هنا أنّ القاضي في إسناده للحضانة، يراعي مصلحة الطّفل، وعليه فإنّ ترتيب الحواضن متوقّف على مصلحة الطّفل في جميع الأحوال، إذ أنّه يمكن أن تمنح الحضانة للخالة التي طلبتها وهي في المرتبة الخامسة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون²، وهذا ما أخذ به القضاء في عدّة قرارات، حيث جاء في قرار مؤرّخ في 2011/03/10 على أنّه (يراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس التّرتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة وأنّه يخضع تقدير مصلحة المحضون - هنا - للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع)³.

و القضاء أسند في قرار له الحضانة للأب مراعاة لمصلحة الطّفل المحضون، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 جاء فيه (من المستقر عليه أنّ الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكّد ذلك، فإنّ قضاة الموضوع إكمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبّقوا القانون، ممّا يستوجب رفض الطّعن)⁴.

¹ باديس ذيايي، آثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعّمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ص 79.
² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013/2014، ص 142.
³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/03/10، ملف رقم: 613469، مجلّة المحكمة العليا، 2012، ع. 01 ص 285.
⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/02/18، ملف رقم: 135640، المجلّة القضائية، 1997 ع. 01 ص 39.

يُتضح من خلال هذه القرارات أن القاضي في إسناده للحضانة يراعي مصلحة الطفل بالدرجة الأولى، طبقاً لنص المادة 64 ق.أ، التي جاءت منسجمة مع الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر، التي جعلت مصلحة الطفل هي العليا.

3- مدة الحضانة في قانون الأسرة:

أمّا فيما يخصّ مدة الحضانة، فحدّدها المادة 65 ق.أ.ج وذلك بنصّها على: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات وأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدّد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّ لم تتزوَّج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، فجعلت هذه المادة حضانة الولد الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات مع إمكانية تمديد مدة حضانة الذكر إلى غاية بلوغه سن 16 سنة بشروط تتمثل في:

- أن تكون الحاضنة أمّه.

- أن لا تكون قد تزوّجت بغير ذي محرم للمحضون.

- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

ولا يكون التمديد إلاّ بحكم صادر عن المحكمة بناء على طلب الأم¹، وتنتهي حضانة الأنتى عند بلوغها سن الزواج.

4- سقوط الحضانة في قانون الأسرة:

تسقط الحضانة وفقاً للمادة 67 ق أ ج بسبب الإخلال بالشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج والمتمثلة في واجبات الحضانة وعن أهلية متولّي الحضانة، وعليه تسقط الحضانة إذا لم يقوم الحاضن بواجبات الحضانة من تربية ورعاية وتعليم وحفظ للمحضون في جسده وخلقه وتربيته على دين أبيه، وتسقط الحضانة كذلك في حالة عدم الأهلية للقيام بها على أكمل وجه وقد

¹ سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 43.

تندعم الأهلية بسبب العجز أو المرض وفي هذا السياق جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1984/07/09 أنه: (من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإنّ القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعدّ خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة للبصر، وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها و من ثمة فإنّ قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً إلى الوجه المثار من الطّاعن بمخالفة هذا المبدأ¹، كما أنّ سوء أخلاق من أسندت له الحضانة يعتبر كذلك سبباً من أسباب سقوط الحضانة، وكان قانون الأسرة 11/84 في المادة 52، يعتبر انحراف المطلقة سبباً لفقد حقّها في السكن، وجرى القضاء على إسقاط حق الحضانة في حالة انحراف المطلقة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1997/09/30 من أنّه (من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ جريمة الزنا من أهمّ المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 ق أ ج، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخصّ حضانة الأولاد الثلاثة)²، كما تسقط الحضانة طبقاً للمادة 66 ق.أ.ج، بسبب زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وفي هذه المادة أخذ المشرّع بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أنّ الزواج بغير قريب محرم يسقط الحضانة لقوله عليه السلام: {أنت أحق به ما لم تنكحي}³، وتسقط الحضانة كذلك طبقاً للمادة 70 ق.أ.ج في حالة ما إذا سكنت الجدّة أو الخالة بمحضونها مع أمّ المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، ويشترط في الجدّة أو الخالة وباقي الحواضن ألاّ يكنّ متزوجات بغير قريب محرم وتجدد

¹ المجلس الأعلى غ أ ش 1984/07/09 ملف رقم: 33921، المجلة القضائية 1989 الع. 04، ص 76.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1997/09/30، ملف رقم: 171684، الاجتهاد القضائي لغ.أ.ش، 2001، ع. خاص، ص 169.

³ أخرجه أبو داود برقم 2276 باب من أحق بالولد.

الإشارة في هذا الشأن، أن إسقاط الحضانة عن المرأة في حالة زواجها بأجنبي عن الطفل المحضون تعرّضت إلى انتقادات كثيرة من طرف المحقّوقين والجمعيات النسوية التي رأت فيها مساساً بمبدأ المساواة من جهة، ومساساً بحقّ المرأة في الزواج من جهة أخرى بسبب إسقاط حقّها في الحضانة وحرمانها من البقاء مع المحضون، وهذا ما جعل المجلس الوطني لحقوق الإنسان، يطلب في تقريره المرفوع إلى رئيس الجمهورية، تعديل هذه المادة حتّى لا يكون زواج المرأة سبباً في سقوط حقّها في الحضانة، وهذا المطلب في الحقيقة يوافق جانب من الفقه الإسلامي فالإمام ابن حزم الظاهري، ذهب إلى عدم سقوط الحضانة بزواج الأمّ حسب رأيه (الأمّ أحقّ بحضانة الصّغير والصّغيرة حتّى يبلغ المحيض أو الاحتلام أو الإثبات مع التّمييز وصحّة الجسم سواء تزوّجت أم لم تتزوّج).

وقد استحلّ على ما ذهب إليه بأن أنس بن مالك كان عند والدته وهي متزوّجة، وكذلك أمّ سلمة تزوّجت الرّسول ﷺ وظلّ ابنها في كفالتها، وكذلك الشّأن بالنّسبة لابنة حمزة، فقد قضى بها الرّسول ﷺ وخالتها وهي متزوّجة¹، ويستنتج من هذا أنّ حضانة المرأة أولى من حضانة الرّجال لما تميّز به من رحمة وشفقة وصبر وحنان على الصّغار، ويعتبر التّنازل من طرف الحاضنة سبباً لسقوط الحضانة وفقاً لما جاء في المادة 66 ق.أ.ج، واشترط المشرّع في هذه الحالة أن لا يكون التّنازل مضرّاً بمصلحة المحضون، وفي هذا الشّأن جاء في قرار للمحكمة العليا في 1989/07/03 أنّه: (من المقرّر قانوناً أنّه يسقط حقّ الحضانة بالتزوّج بغير قريب محرم وبالتّنازل ما لم يضرّ بمصلحة المحضون، ومن ثمة فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ قضاة المجلس لما قضوا بتأكيد الحكم القضائي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أنّ الشّهادات الطّبية تثبت أنّ البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأمّ أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرّعية الخاصّة بالحضانة، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه)²، نستنتج من خلال هذا القرار أنّ مصلحة

¹ على بن أحمد ابن حزم الظاهري، الخلي، ج 10 ص 323.

² المجلس الأعلى، غ.أ.، 1989/07/03 ملف رقم، 54353 المجلة القضائية 1992 الع. 01 ص 45.

المحزون أولى من مصلحة الحاضن، فالحضانة هي حق للمحزون، وبالتالي لا يمكن التنازل عنها إذا كانت تضر بمصلحة المحزون، فمن الطبيعي أن تسند حضانة الطفل لوالديه بحيث لا يفصل عنهما أو عن أحدهما إلا لضرورة راجحة، فواجب الوالدين في حضانة الطفل واجب طبيعي فطري، فهما أجدر الناس بحضنته ومن حقه عليهما أن ينشأ في كنفهما لما في ذلك من أسباب ارتقاء كثير من وظائفه، والوالدان مسئولان بالتشاور بينهما عن رعاية طفلهما ومصالحه وكيفية معيشته، ويمكنهما الاستعانة بجهة الرعاية الاجتماعية المختصة، أو القضاء عند الحاجة لتحقيق تلك الرعاية، ويقدر مصلحة الطفل أهل الخبرة والاختصاص القضائي والاجتماعي والطبي وفق ظروف كل طفل.

كما تسقط الحضانة إذا لم تطالب الأم بالحضانة لمدة سنة من تاريخ الحكم بالطلاق دون عذر شرعي، طبقاً للمادة 68 ق أ ج، ولا بد من مراعاة مصلحة المحزون أولاً عند الحكم بإسقاط الحضانة.

5- حق زيارة المحزون:

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها والذي يكون في الغالب الأعم للأم، يؤدي حتماً إلى الابتعاد عن الوالد مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، وذلك بتمكينه من رؤية المحزون وزيارته، وحق الزيارة هو من الحقوق التي عمل القانون على حمايتها لما لها من أهمية بالغة في الرعاية الدائمة للمحزون.¹

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 386.

وكلّ من يخلّ بهذا الحق يتعرّض لعقوبات جزائية طبقاً للمادّة 328 ق ع ج¹، وعلى القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة، طبقاً للمادّة 64 ق أ ج وله السّلطة التقديرية في تحديد مدّة الزيارة ومواعيدها والأماكن التي تتمّ فيها.

ولقد وضع المشرّع الجزائري عدّة ضمانات من أجل حماية حق المرأة في الحضانة حتّى تمارسها بدون إكراه أو ضغط.

الفرع الثالث:

التدابير القانونية لحماية حقوق المرأة الحاضنة.

لقد اتّخذت تدابير قانونية لحماية حقوق المرأة الحاضنة في قانون الأسرة وقوانين أخرى وتمثّل هذه التدابير خاصّة في حماية المرأة العاملة بعدم إسقاط حقّها في الحضانة وضمان السّكن أو بدل الإيجار للمرأة الحاضنة، وحق المرأة الحاضنة في قبض المنح العائلية للمحضون، وكذلك استحداث صندوق التّفقة حماية للمرأة والطفل.

أولاً: عدم سقوط حق المرأة في الحضانة بسبب العمل:

إنّ حق عمل المرأة يعتبر من الحقوق التي أكّدت عليها المواثيق الدّولية لحقوق الإنسان التي نصّت على مبدأ المساواة في الولوج عالم الشّغل بالنّسبة للمرأة والرجل، وأوّل هذه النّصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصّادر في 10 ديسمبر 1948 في مادّته 23 التي تنصّ على أنّه (لكلّ شخص الحق في العمل وفي حرّية اختيار عمله في شروط عمل عادلة ومرضية)، وتمّ التّأكيد على هذا الحق في العهد الدّولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لسنة 1966، ثمّ جاءت اتّفاقية

¹ تنصّ المادّة 328 على "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالتّفاذ أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كلّ من خطفه ثمّ وكلّت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو بعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتّى لو وقع ذلك بغير تحيل أو عنف و تزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السّلطة الأبوية عن الجاني".

القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 في المادة 1/11/أ للتأكد على المساواة بين المرأة والرجل في الحق في العمل والتي تنص على أنه (تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يقتضي الحال اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق ولا سيما: (الحق في العمل بوصفه حقا غير قابل للتصرف لكل البشر)

وتمشيا مع مضمون هذه الاتفاقيات فيما يخص حق المرأة في العمل، تضمن الدستور الجزائري حق المرأة في العمل في المادة 69 القاضية ب (لكل المواطنين الحق في العمل)، فهذه المادة لم تميز بين المواطنين على أساس الجنس في الاستفادة من هذا الحق، وجاء تعديل الدستور في 2016 للتأكيد على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في مجال الشغل حيث تنص المادة 36 من دستور 2016 على (تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل).

وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع في قانون الأسرة إلى حماية المرأة الحاضنة وضمان حقها في العمل، وذلك بعدم إسقاطه لحق المرأة العاملة في الحضانة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 67 ق.أ. ج المعدلة على أنه: (... و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون).

وجاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع الذي صادقت عليه الحكومة (أن التعديل المقترح لهذه المادة يهدف إلى التأكيد أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية حق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل.

والواقع أن أحكام الفقرة الثانية من المادة 67 ق.أ، تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي ولادة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا والمحاكم والمجالس، ذلك بأن الآباء أصبحوا يطالبون الزوجات المطلقات الحواضن بإسقاط الحضانة عن هنّ كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن، تعمل

خارج البيت، والأب بدوره مطالب بالتفقة والخروج إلى العمل، فليس من الحق والعدل أن يأخذ الولد من أمه وتكون زوجة أبيه أولى به ممن ولدته وحملته¹.

وفي هذا الاتجاه وفي ظل غياب نص صريح حول عمل المرأة الحاضنة في ظل قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، اتجه القضاء الجزائري في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2000/07/18، إلى أن عمل المرأة لا يعدّ من مسقطات الحضانة، حيث جاء فيه (إنّ عمل المرأة وإن كان مؤسساً لدواعي المطعون ضده إلاّ أنّه لا يعدّ من مسقطات الحضانة ومن ثمّة يقتضي الأمر نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 1999/09/22، والقاضي بإسقاط حضانة الولدين عن الطّاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر، إذ أنّ عمل الحاضنة لم يمنعها من ممارسة الحضانة، كما أنّه لا يوجد أيّ نصّ يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل)².

وقد أكّدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار بتاريخ 2000/07/03 (عمل المرأة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفّر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية)³.

يتضح جلياً أنّ القرارين السابق ذكرهما أسّسا لمبدأ جديد في الاجتهاد القضائي، لم يكن معمولاً به من قبل لعدم النص عليه في قانون الأسرة، وجاء هذا الاجتهاد مسيراً للتحوّلات التي عرفها مركز المرأة في المجتمع بعد خروجها للتعليم والعمل، كما جاء هذا الاجتهاد منسجماً مع مقتضيات المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ومهدت هذه الاجتهادات لتعديل قانون الأسرة، فجاءت المادة 67 ق أ ج لتقرير بصراحة ووضوح أنّ عمل المرأة خارج مسكن الحضانة، لا يمكن أن يكون سبباً من أسباب سقوط الحضانة عنها، وجعل المشرّع مصلحة المحضون هي العليا في هذه الحالة، وهذا ما جاء في التقرير الدوري للجزائر، الجامع للتقاريرين 3 و4 المقدم إلى لجنة القضاء

¹ عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 178.

² م ع غ أش بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم: 245156 م ج م ع 2001 ع. خاص ص 188.

³ م ع غ أش بتاريخ 2002/07/03 ملف رقم: 274207 م-ق 2004 الع. 01 ص 263.

على التمييز ضدّ المرأة بقوله (وأخيرا فإنّ ممارسة الأمّ لعمل لم يعد يسمح بإسقاط حقّها في الحضانة)¹.

وأكدت المادة 67 ق أ ج على مصلحة المحضون، وبالرغم من أنّ هذه المادة جاءت لحماية حق المرأة العاملة في الحضانة إلاّ أنّها لم تهمل مصلحة المحضون التي هي فوق كل اعتبار، وتقدير لمصلحة الطفل في هذه الحالة يرجع إلى القاضي المختص، فإن رأى هذا الأخير أنّ خروج المرأة للعمل و كذا طبيعة عملها لا يضرّ بمصلحة المحضون فإنّه يقضي لها بالحضانة، أمّا إن رأى العكس فإنّه ينتزع منها حقّها في حضانة الطفل².

إنّ عمل المرأة أصبح ضرورة في وقتنا المعاصر، فهي بحاجة إلى مصاريف من أجل إعالة نفسها وعائلتها، فالأب لا يؤدّي للحاضنة أجره الحضانة في التشريع الجزائري رغم ثبوت هذا الحق شرعا عند جميع المذاهب الفقهية على مدار تاريخ الفقه الإسلامي، وإذا كانت الحاضنة هي المطلقة، ينفق على ولده لا على طليقته³، ونتيجة لهذا فيحق للمرأة الخروج للعمل، وخروج المرأة للعمل في العصر الحديث لا يؤثّر على المحضون وهذا لوجود مراكز ومدارس للحضانة تقوم بتربية ورعاية شؤون الطفل أثناء تواجد والدته في العمل، ويمكن للمرأة الحاضنة حتّى تشغّل خادمة من أجل رعاية الطفل أثناء غيابها، وبالتالي فإنّ خروج المرأة للعمل ليس فيه مساسا بمصلحة المحضون إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج، وفي هذا السياق ألزمت اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة في مادتها 2/11 التي تنصّ على (توخيا لمنع التمييز ضدّ المرأة بسبب الزواج أو الأمومة ولضمان حقّها الفعلي في العمل، تتعهدّ الدول الأطراف باتخاذ تدابير مناسبة: ...ج- لتشجيع توفير ما يلزم من الخدمات الاجتماعية المساندة لتمكين الوالدين من الجمع بين

¹ انظر التقرير الدوري الجامع للتقريرين 3 و 4 المقدم من الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص 20.

² بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 146.

³ عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 178.

التزاماتها الأسرية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامّة ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء و تنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال...)

و عليه فإنشاء المرافق الخاصّة برعاية الأطفال ستمكّن المرأة الحاضنة من رعاية الطّفل المحضون.

ثانيا: حق المرأة الحاضنة في السّكن:

لقد كانت المادّة 52 ق أ ج في ظل قانون 11/84 بحفّة في حق المرأة الحاضنة، فكانت هذه المادّة تقيدّ حق المرأة الحاضنة في السّكن بعدّة قيود إذ كانت تنصّ على ما يلي: (...وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها وليّ يقبل إيوائها، يضمن حقّها في السّكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسّكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلّقة حقّها في السّكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها)

لقد نصّت المادّة على شروط صعبة من أجل استفادة المرأة من مسكن لممارسة الحضانة، فيجب حسب هذه المادّة على المرأة أن تثبت للقاضي بأنّ وليّها يرفض إيوائها رغم أنّ التزام الولي هو التزام طبيعي في الأساس بعد زواج ابنته وليس إلزاما قانونيا، لأنّ نفقة البنت على أبيها تجب عليه إلى حين دخول زوجها بها لا بعده، كما يرى البعض أنّ هذا الشرط فيه إجحاف في حق المرأة وفي حق وليّها، وقد أثبتت التّجارب عند تطبيق هذا النصّ أنّ الولي لا يقبل إيواء المطلّقة وهذا ما يدفع المرأة الأم إلى التنازل عن حضانة الطّفل لأنّ الولي يقبل سكن وليّته عنده دون أولادها¹

كما أوجبت المادّة ضرورة تعدّد المحضونين وهو ما يفهم من صيغة الجمع الواردة في المادّة

52 بنصّها على (... يضمن حقّها في السّكن مع محضونيتها...)

¹ هجيرة دنون، إجحاف قانون الأسرة الجزائري لحقوق المرأة، مجلّة المجلس الإسلامي الأعلى، قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية والقوانين الوضعية، ع. 03، سنة 2003، ص 499.

فلم يبيّن المشرّع في هذا النص عدد المحضونين الذين بموجبهم، يمنح السّكن للحاضنة، وعليه فإنّه بذلك يكون قد ضيق من نطاق حق المطلّقة في المسكن إذ يمكن أن يكون للحاضنة طفل واحد فقط، لأنّ كلمة محضونيتها التي ذكرتها المادة 52 يمكن أن تفهم إمّا بصيغة الجمع أو بصيغة المثني ولقد أثارَت هذه المسألة جدالاً فقهيًا وقضائيًا، فهناك من رأى بأنّه لا يجب أن يقلّ عدد المحضونين عن ثلاثة أطفال من أجل منح الحاضنة السّكن¹.

وذهب البعض الآخر إلى أنّ التّعدي لا يعتبر شرطاً من شروط ثبوت حق المطلّقة الحاضنة إلاّ أنّهم اختلفوا فيما بينهم، فمنهم من رأى أنّه يحقّ للأُمّ الحاضنة في السّكن سواء قلّ عدد المحضونين أو كثروا²، وهناك من نادى بضرورة التّشدد في ضمان السّكن للمطلّقة في حالة كثرة المحضونين³، ولقد انتقد الرّأي الأوّل القائل بتعدّد المحضونين واعتبر غريباً ومخالفاً للقانون⁴، فهذا الرّأي هو إنكار لحق المحضون في السّكن و لم يعد يتماشى هذا الرّأي مع الواقع الاجتماعي المعاصر، بل الأخذ به فيه خطر كبير على مصالح المجتمع وهذا التّفسير لا يتماشى مع مصلحة المحضون⁵.

لقد امتدّ هذا الجدل إلى القضاء في تفسير هذه المسألة، إذ اشترط القضاء أن يكون العدد أكثر من واحد أو أكثر من اثنين في بعض الحالات وبذلك يكون موقفه لا يتماشى مع مصلحة المحضون لأنّ المبدأ يقتضي حماية المحضون⁶.

و من الانتقادات الموجهة لهذه المادة أنّ المشرّع استعمل مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزّوج"، وهما عبارتان لا تنطبقان لا من النّاحية القانونية ولا من النّاحية اللّغوية، لأنّ

¹ عبد العزيز سعد، الزّواج و الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 307.

² بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 240.

³ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 الزّواج و الطّلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر، 1986، ص 336.

⁴ الحسين بن الشيخ آيت ملوية، المنتقى في قضاء الأحوال الشّخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 444.

⁵ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق ص 134-135.

⁶ جيلالي تشوار، الاجتهاد الفقهي والتّطور التشريعي في مسائل الزّواج و الطّلاق -دراسة نقدية لقانون الأسرة-، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير.معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعبّاس، سنة 1997/1998، ص 210.

استعمال كلمة يضمن معناه الشيء موجود ومتوفر، وبغض النظر فيه عن حالة الشخص وإمكانياته المادية، ذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد¹.

كما أن الفقرة الثالثة من المادة 52 من قانون الأسرة 11/84 استندت من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، والتعبير المستعمل من طرف المشرع والمتعلق ب "مسكن الزوجية" هو مصطلح في غير محله لأن مسكن الزوجية يطلق حال قيام الحياة الزوجية التي تنتهي بالطلاق، وبذلك يكون المشرع قد قصد من "مسكن الزوجية" هو مسكن المطلق وهذا الوضع غير عادي وغير عادل ومحرف في حق المرأة فليس من العدل أن يعفي الزوج المطلق من توفير سكن للحاضنة حتى تتولى تربية ورعاية الأطفال المحضونين، بحجة أنه يملك سكنا وحيدا، فهذا مساس بمصلحة المحضون ومساس بحق المرأة في ممارسة الحضانة فكيف يتسنى للمشرع الاعتراف للزوجة بحق الحضانة حتى ولو لم يكن لها سكنا، وفي نفس الوقت يستثنى من القرار بالسكن "مسكن الزوجية"²؟

كما أن المشرع الجزائري عندما نصّ على ضرورة إسكان الزوجة المطلقة مع محضونيتها فهو ضمان للزوجة، لكنّه خال من الحماية القانونية أو الإجرائية في حالة رفض الزوج إسكان الحاضنة وأولادها، إضافة إلى ذلك لا توجد حماية جزائية في حالة الإخفاء العمدي للزوج المطلق لسكنات مملوكة له، مما يتسبب في حرمان الزوجة المطلقة ومحضونيتها من هذا السكن³.

أمام الانتقادات الموجهة للمادة 52 ق أ ج في فقرتيها 2 و3 قبل التعديل، التي اعتبرها الحقوقيين والحركات النسوية، انتهاكا خطيرا لحق المرأة والطفل، كان لا بدّ من إعادة النظر في هذه المادة ومراجعتها بما يضمن حق المرأة في السكن لممارسة حقها في الحضانة وحماية حق

¹ حميدو زكية والمرجع السابق، ص 132.

² جيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 215.

³ الطيب لوح، إشكال تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة لتطبيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع. 03، سنة 2000.

المحزون بتوفير سكن له، فقام المشرع في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/08/27 بإلغاء الفقرة 2 و3 و4 من المادة 52 وأدخل بعض التعديلات على المادة 72 من نفس القانون، وأصبحت المادة 72 المعدلة، تنص على (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)، ففي تعديل هذه المادة أوجب المشرع على الزوج توفير مسكن لممارسة الحضانة دون وضع أي قيود أو شروط لذلك ولم ينص المشرع في هذه المادة على أسباب سقوط الحق في السكن أو بدل إيجاره، بالإضافة إلى أنه لم يتبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا و لم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق¹.

لم يخرج المشرع عن أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، فالراجح في المذهب الحنفي والمالكي التزام الأب بسكنى أولاده وحاضنتهم، إذا لم يكن للحاضنة مسكنا خاصا، فإذا كان لها مسكنا خاصا ارتفع عن الأب الالتزام بأجر مسكن الحضانة، وقد ذهب أغلبية الفقه الشرعي على التزام الأب بأجر مسكن الحضانة²، ويتضح من المادة 72 ق أ ج أن المشرع أوجب على الزوج توفير المسكن أو دفع بدل الإيجار سواء كانت الحضانة تمتلك مسكن أم لا بغض النظر إذا كان للمحزون مال أم لا وعليه فإن حق المحزون والحاضنة في السكن هو حق شخصي باعتباره مقرر لهما قانون يستفيدان منه بموجب حكم قضائي³، وقد اشترط المشرع أن يكون المسكن ملائما لممارسة الحضانة، إلا أنه لم يحدد كيف يكون المسكن ملائما لذلك مما يرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي وهنا سيكون على القاضي تقدير ملائمة المسكن في أن يكون المسكن مناسبا للحاضنة والمحزون مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الزوج المادية والاجتماعية في المسكن إذا كان فيه

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 68.

² سيد محمد، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر و الدول العربية (عند الزواج، النسب، الحضانة، الطلاق، الخلع) دار أبو مجد للطباعة بالهرم، مصر، ط1، 2010، ص 136.

³ عيسى طعيبة، سكن المحزون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في حقوق فرع العقود والمسؤولية- جامعة يوسف بن خدة - الجزائر، 2011.

إضراراً بالحاضنة ومحتونها، كوجوده في مكان معزول أو بناية غير صحيّة وكذلك ألا يكون غير مستوفي للمرافق الضرورية للحياة اليومية¹.

ما يمكن استخلاصه من مضمون المادة 72 ق أ ج المعدلة أنّها صحّحت وضعاً غير عادي ومحرف في حق المرأة الحاضنة الذي كانت تعيشه في ظل قانون الأسرة 11/84، وكذلك جاءت هذه المادة لحماية حقوق الطفل المحضون في العيش الكريم مع أمّه في مسكن لائق بعد فك الرابطة بين والديه، وهذا ما ذهب إليه التقرير الدوري للجزائر حيث جاء فيه (... وتمنح المحاكم المدنية الجزائرية في الغالبية الكبرى من حالات حضانة الطفل أو الأطفال للأمّ.

تبعاً لذلك فإنّ الأب مطالب وفقاً للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوضاً عن ذلك، بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسندة إليها في ظروف مقبولة².

وبهذا يتبيّن جلياً أنّ قانون الأسرة من خلال مضمون التقرير الجامع للتقريرين 3 و 4 الذي تقدّمت به الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، اتّجه نحو تكريس حماية المرأة في نطاق الأسرة، وتوفير السكن للحاضنة هو حماية لها من أجل ممارسة حقّها في الحضانة بكرامة وظروف ملائمة.

ثالثاً: صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة الحاضنة:

لقد تعزّزت الآليات القانونية لحماية المرأة الحاضنة بالقانون رقم 01/15 المؤرخ في 2015/01/04 والمتضمّن إنشاء صندوق النفقة للمطلقات الحاضنات، من أجل حماية المرأة المطلقة الحاضنة والأطفال القصّر عن طريق تخصيص مبلغ مالي يدفع لها من عائدات هذا الصندوق في حالة تخليّ المدين عن دفع النفقة لها، وذلك نظراً لحساسية هاته المسألة التي لا تحتلّ التأخير، إنّ صندوق

¹ بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 155.

² التقرير الجامع للتقريرين 3 و 4 المقدم من طرف الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص 20.

التفقة الذي كان مطلباً للكثير من رجال القانون، استحدثه المشرع من أجل مجابهة وضع خطير كانت تعيشه الكثير من النساء، فالمرأة كانت تعاني سابقاً من أجل الحصول على نفقتها ونفقة أطفالها، حيث كانت تعاني إلى غاية حصولها على حكم قضائي يلزم الزوج بدفع النفقة سواء لها أو لأولادها، ورغم صدور هذا الحكم، إلا أن معاناتها لم تتوقف بمجرد صدوره، وهذا لعدم قدرتها على تحصيل مبالغ النفقة رغم حصولها على حكم بالدفع وذلك بسبب غياب الزوج أو عدم وجود أموال يمكن التنفيذ عليها، أو تهريبه، أو بسبب إفساره وعدم قدرته على دفع النفقة نتيجة لظروف يمرّ بها، إضافة إلى قصور الإجراءات القضائية والمماطلة فيها، وهذا ما كان يجعل المرأة وأطفالها في وضع خطير نظراً للمعاناة التي يخلفها الامتناع عن دفع النفقة وما يترتب عنها من احتياجات من أجل العيش الكريم، وقد تستمرّ هذه الوضعية إلى أن تتمّ متابعة الزوج جزائياً عن جريمة عدم تسديد النفقة، وقد تستمرّ هذه المعاناة نظراً للأساليب والحيل التي يستعملها المدين من أجل التهرب من دفع النفقة والحيلولة دون قدرة المرأة على متابعته جزائياً، كأن يجعل الدفع على وتيرة متقطّعة أي أن يدفع شهراً ويمتنع عن الدفع في الشهر الذي يليه، وبهذا لا تستطيع المرأة حتى رفع دعوى على أساس عدم توافر شرط مدة أكثر من شهرين المنصوص عليه في المادة 331 ق ع ج، ولقد وسّع المشرع الجزائري من مجال تطبيق القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، وجعله يشمل نفقة الطفل المحضون إضافة إلى نفقة المرأة المطلقة، فالصندوق يغطي نفقة المحضون المحكوم بها بعد طلاق والديه، طبقاً للفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 01/15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة للمطلقات الحاضنات الصّادر بتاريخ 04 جانفي 2015، مع العلم أن نفقة الابن تجب على الأب و ينوب عنه صندوق النفقة في دفعها متى امتنع عن أدائها لأيّ سبب كان لصالح الطفل المحضون، كما يغطي صندوق نفقة المطلقات الحاضنات وفقاً للفقرة الثالثة من المادة 02 من قانون 01/15، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يحدّد لنا بموجب القانون رقم 01/15 النفقة المقصودة، إن كانت نفقة العدة أو نفقة الإهمال أم نفقة المتعة، وبالتالي فإنّ نفقة المطلقة التي يغطيها صندوق النفقة، هي النفقة التي يحكم بها قاضي شؤون الأسرة بعد حكمه

بالطلاق، وتستفيد المرأة المطلقة الحاضنة طبقاً للمادة 03 من قانون 01/15 من صندوق النفقة في الحالتين التاليتين:

1- حالة تعذر التنفيذ الكلي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لقيمة النفقة، سواء كان ذلك سبب امتناع المدين عن التنفيذ، أو لسبب عجزه عن ذلك، أو نتيجة عدم التعرف على محل إقامة، فالدولة في هذه الحالة تحل محل المدين بالوفاء بدفع مبالغ النفقة ثم ترجع بقيمتها على المدين الأصليين.

2- حالة تعذر التنفيذ الجزائي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة لأي سبب من الأسباب السابق ذكرها، كأن يتعذر على المدين دفع كل مبالغ النفقة المحكوم بها، أو أن يتعذر عليه الاستمرار في دفع نفقة الطفل المحضون بسبب فقدانه منصب عمله مثلاً، ومن ثم تحل الدولة محله فيما يتعلق بالمبالغ المتبقية، وتعود عليه بقيمة هاته المبالغ لاحقاً.

و يسقط حق المطلقة الحاضنة في الاستفادة من صندوق النفقة في حالة سقوط حق الحاضنة في الحضانة، كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، فدفع نفقة الطفل المحضون يكون لصالح الحاضن، وهي في غالب الأحيان المطلقة الحاضنة من أجل استعمالها لمبالغ النفقة في قضاء حاجيات المحضون من غذاء وكسوة وعلاج... الخ، كما أن انتهاء مدة الحضانة سيسقط حق المرأة في الاستفادة من صندوق النفقة وانتهاء مدة الحضانة محددة في قانون الأسرة هي 10 سنوات بالنسبة للذكر مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، وإذا لم تتزوج الحاضنة بعد طلاقها، وبلوغ الفتاة سن الزواج أي 19 سنة كاملة.

إن استحداث صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة المطلقة الحاضنة والأطفال المحضون هو حل للمعاناة التي كانت تعانيها المرأة المطلقة مع أطفالها المحضون حفاظاً على كرامتها، وحماية لأطفالها من الحرمان، رغم أن الكثيرين انتقدوا قانون صندوق النفقة باعتقادهم أن هذا الصندوق سيشجع المرأة إلى اللجوء إلى طلب التّطليق من أجل الاستفادة من خدمات الصندوق.

المطلب الثاني:

حق المرأة في متاع البيت بعد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

من بين آثار الطلاق استعادة متاع بيت الزوجية، غير أنه قد ينشأ نزاع بين الزوجين حوله، فيدعي كل من الزوجين ملكيته له وذلك في حالة ما إذا لم يكن لكل منهما ما يثبت صحة ما يدعيه كل منهما، وهذه المسألة عالجها الفقه الإسلامي، وأدرج لها المشرع الجزائري مادة في قانون الأسرة، يطبقها القاضي في حالة النزاع في متاع البيت، كما أن اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز بدورها عالجت هذه المسألة، وهذا ما جاء في المادة 16/ح: (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في خانة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية و بوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:

ح- نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيارة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها التمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة).

ولقد فسرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية)، حيث جاء فيها: (...يمكن بوجه عام إدراج معظم القوانين والأعراف والممارسات المتصلة بالآثار المالية لانقضاء الزواج في فئتين: توزيع الممتلكات وترتيبات الإعالة بعد الطلاق أو الانفصال، وكثيرا ما تكون ضمن توزيعات الممتلكات والإعالة بعد انقضاء الزواج تنطوي على محاباة الزوج...).

وإضافة إلى ذلك فإن القوانين والأعراف والممارسات المتصلة باستعمال منزل الأسرة ومنقولاتها بعد انقضاء العلاقة، تؤثر تأثيرا واضحا على الوضع الاقتصادي للمرأة في ما بعد انقضاء العلاقة...)

وأوصت اللجنة في هذا السياق على أنه (... لا ينبغي أن يؤدي تقسيم الأدوار والمهام خلال فترة تعايش الزوجين إلى عواقب اقتصادية بأي من الطرفين، والدول الأطراف ملزمة بتحقيق المساواة بين الطرفين في الطلاق والانفصال فيما يتعلق بقسمة الممتلكات المحصل عليها في فترة الزوجية...).¹

ولقد نظم الفقه الإسلامي هذه المسألة (فرع 1) وعالجها المشرع في قانون الأسرة (فرع 2).

الفرع الأول:

النزاع في متاع البيت في الفقه الإسلامي.

المقصود في العرف بمتاع البيت هو أدوات المنزل ومفروشات وأوانيه وما إلى ذلك من الأشياء التي ينتفع بها ومتاع البيت ضروري للحياة الزوجية المريحة، فجهاز الزوجة هو كل ما اتفق عليه الزوجان وجرى به العرف على إعداده للزوجة وتجهيز بيت الزوجية به، بمناسبة الزواج للانتفاع به في حياتها الزوجية، والجهاز ملك للزوجة أو الزوج بحسب العرف، ما لم يتفق على غير ذلك في عقد الزواج²، ولقد نظم الفقه الإسلامي مسألة جهاز الزوجية، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن إعداد جهاز الزوجية مسؤولية الزوج، لأن التفقة بأنواعها من مطعم وملبس واجبة عليه، ولا يتحقق السكن إلا بإعداد ما يلزم البيت من فراش وأدوات وغيرها، ولا تلتزم الزوجة بإعداد شيء من ذلك من مالها الخاص، ولا من مهرها الذي تستلمه ولا من غيره مما تمتلكه من الأموال، لأن المهر ليس عوض الجهاز بل هو حق خالص لها استحقته بحكم الشرع، بموجب عقد الزواج ومن ثم لا تجبر على إنفاق شيء منه لجهازها ولوازم بيتها³.

¹ انظر التوصية العامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية و على فسخ الزواج و إنهاء العلاقات الأسرية) 30 أكتوبر 2013 CEDAW C/GC/29 الأمم المتحدة.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2012، ص301.

³ جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 139.

و الرَّاحِح عند جمهور الفقهاء من وجوب إعداد جهاز الزّوجية على الزّوج وعدم إلزام الزّوجة بإعداد شيء من ذلك من مالها الخاص، لا من مهرها ولا من غيره، لقوّة أدلّتهم ولأنّ الله تعالى قال: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾¹.

لكنّه ورغم أنّ جهاز الزّوجية ومتاع البيت هو من مسؤوليّة الزّوج، أي هو المكلف بتجهيز البيت بما يحتاجه من متاع، إلّا أنّ المرأة غالباً ما تساهم في تكوين متاع البيت عبر الجهاز الذي تحضره معها بمناسبة زواجها أو شراء بعض اللّوازم، لكنّه قد يثار نزاع في حالة فكّ الرّابطة الزّوجية عن طريق الطّلاق، حول ملكية متاع البيت.

لقد عالج الفقه الإسلامي هذه المسألة فذهب جانب من الفقه إلى أنّه إذا اختلفت الزّوجان في متاع البيت الذي كان يسكنان فيه حال قيام الرّابطة الزّوجية، أو بعدما وقعت الفرقة بفعل من الزّوج أو الزّوجة، ولا بيّنة لهما فإنّهما يخلّفان، فإن حلفا جميعاً فالمتاع بينهما نصفان، وهذا ما أخذ به الشّافعي وابن حزم وسفيان الثّوري، وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أنّه إذا اختلفت الزّوجان في متاع البيت فاخصّما فيما يصلح للرجال كالسّلاح والعمامة والقميص والقباء والسّراويل والفرس ونحوه، فهو للرجل وما يصحّ للنساء عادة كالدرع، والخمار والمغازل والحلي والحريير والصّندوق وما شابه ذلك فهو للزّوجة وهذا ما أخذ به الحنفيّة والمالكية والحنابلة².

قال الدّردير من المالكية (إنّ تنازع الزّوجان قبل البناء أو بعده في متاع البيت أي كائن فيه للمرأة المعتاد للنساء فقط يمين كالحلي وما يناسبها من الملابس ونحوها إن لم يكن في حوز الرجل الخاص، و لم تكن فقيرة معروفة به وإلّا فلا يقبل قولها فيما زاد على صداقها)³.

¹ سورة النّساء الآية 4.

² أحمد قدرى باشا و شرحه لمحمد زيد الإباني، الأحكام الشّرعية في الأحوال الشّخصية، تحقيق محمد أحمد سراج و علي جمع، ط 2، دار السّلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2009، ص 298.

³ الدّردير، الشّرح الكبير مع حاشية الدّسوقي، باب الحلي، دون سنة الطّبع ص 36.

وقال ابن قدامى (وإذا تنازع الزوجان في متاع البيت حال الزوجية أو بعد الفرقة أو تنازع ورثتهما بعد موتهما أو أحدهما وورثة الآخر ولا بينة لهما، حكم بما يصلح للرجال من ثيابهم وعمائمهم وسلاحهم ونحو ذلك للرجل، وما يصلح للنساء من ثيابهن ومتاعهن، وحليهن ومغازهن ونحو ذلك للمرأة)¹.

ولقد رجح البعض قول جمهور الفقهاء في مسألة اختلاف الزوجين في ملكية متاع البيت، وذلك في اختصاص كل من الزوجين بما يصلح له من متاع البيت، أمّا إذا كانت هناك أشياء يشترك الرجال والنساء عادة في تملكها وفي استعمالها بحيث لا يستأثر بها في الواقع العملي للرجال وحدهم أو النساء وحدهن فإنهما يملكان معا ويقتسمانها²، وأمام التطورات التي عرفها المجتمع وتغير دور المرأة فيها، وتطور الأشياء التي تكون متاع البيت وتغير النظرة النمطية للمرأة، أصبح النزاع حول متاع البيت يستوجب آليات قانونية لحله، فكيف عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة النزاع حول متاع البيت؟

الفرع الثاني:

موقف قانون الأسرة من النزاع حول متاع البيت.

م يذكر المشرع الجزائري صراحة جهاز الزوجية، ولم ينظم المسائل المتعلقة به رغم أنه قام بتنظيم مسائل أقل منه أهمية، كما فعل ذلك عندما وضع أحكاما لهدايا الخطبة، ولعلّ إغفال المشرع لجهاز الزوجية كان عمدا لأنه من المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا بالعادات والأعراف³، ولقد أكد المشرع على أن جهاز الزوجية واجب على الزوج ضمنا في مشتملات النفقة متى كان ضروريا في العرف والعادة، وهو بذلك حق للمرأة، كما أن المشرع لا يلزم المرأة بالتجهيز لزوجها،

¹ ابن قدامى الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط، ص 505، مقتبس عن، بوخاتم آسية، المرجع السابق، 411.

² بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة، في القوانين المغاربية للأسرة- دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، ص 412.

³ عيساوي عبد التور، المرجع السابق، ص 332.

وفي المقابل حقها في الصّدق الذي يعتبره ملكا لها تتصرّف فيه كما تشاء، فالزّوجة ليست ملزمة بشراء جهاز الزّوجية من أموال صداقها، إلاّ أنّه ورغم أنّ المشرّع لم يلزم المرأة بجهاز الزّوجية فإنّه شاع في المجتمع الجزائري أنّ الزّوجة مطالبة بإعداد جهاز الزّوجية وهذا يرجع إلى العرف وربّما منشأ هذا العرف وما ذهب إليه فقهاء المالكية رغم أنّهم هم أيضا استندوا إلى الأعراف في إيجاب الجهاز على الزّوجة، حيث ذهب المالكية إلى أنّ الجهاز واجب على الزّوجة بمقدار ما تقبضه من المهر¹، كما أنّ الحياة المعاصرة أفرزت واقعا آخر، حيث أصبحت المرأة تساهم في تأثيث البيت واقتناء ما تستلزمه الحياة المريحة من متاع، خاصّة إذا كانت عاملة، إلاّ أنّه قد يثور نزاع بين المرأة والرجل بعد الطّلاق حول أحقيّة ملكية أغراض بيت الزّوجية، حيث يعتبر النزاع حول متاع البيت من أعقد المسائل المعروضة أمام المحاكم.

لقد عالج المشرّع هذه المسألة بنصّه في المادّة 73 من ق أ ج، بحيث جاء فيها أنّه: (إذا وقع النزاع بين الزّوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزّوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين).

لقد اعتمد المشرّع الجزائري من خلال هذه المادّة على القاعدة المقرّرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية مع شيء من التعديل، وهذا نظرا لصعوبة إثبات ملكية المتاع وتحديد المالك الحقيقي لها في حالة النزاع²، ففي هذه المادّة ساير المشرّع الفقه الإسلامي في طريقة حلّ النزاع حول متاع البيت، حيث أخذ في حالة عدم وجود البيّنة على طبيعة المتاع، فميّز بين ما يصلح للنساء كالحلي والجواهر وجعل فيه القول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين وما يصلح للرجال، وجعل فيه القول للزّوج أو ورثته مع اليمين، وأمّا المشاركات بينهما فيقتسمانها مع اليمين.

¹ عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 335.

² عبد العزيز سعد، الزّواج و الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996، ص 147.

فالقاضي في حالة النزاع في متاع البيت يحكم بهذه القاعدة المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، و يجب على القاضي قبل الفصل في النزاع أن يراعي التقاط التالية:

- التأكد من وجود أمتعة: أول شيء عند رفع الدعوى، يجب على القاضي التأكد من وجود الأمتعة سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر، تطبق القاعدة الفقهية، البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر¹ فإذا أنكر الطرف الآخر وجود أمتعة أصلاً فإنه يؤدي اليمين وتسمى يمين النفي وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 12 مارس 1999، حيث جاء فيه (من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات- البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر- ومتى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود للأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للتقضى لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)².

- حالة وجود البيّنة: إن وجود الدليل أو البيّنة على تملك الأمتعة لا يثير أي إشكال فإذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيء من الأشياء فإنه يقضي له بذلك، فلا بد أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يمتلكه الرجل إذا أقام على ذلك البيّنة ولو كان من لوازمها، فإن جاء بالبيّنة على أن ذلك له، انتهى النزاع لصالحه، أمّا بالنسبة للمرأة، فإذا أقامت البيّنة على تملك شيء يختصّ به الرجال وهو من لوازمهم فلها الحق في أخذه ما دام أنها أقامت الدليل على ذلك، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 ماي 1986 أنه (من المعروف فقهاً حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخصّ النساء للنساء ومن ثمّ فاليمين

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 151.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16 مارس 1999، ملف رقم: 216836، مجلة الاجتهاد القضائي لغ.أ.ش، 2001، ع. خاص، ص

في هذه الحالة قررها الشّارع وجعلها على من ساندته العرف والزّوجة أثبتت بفاتورة أنّ لها جهاز تلفزيون وأنّ الزّوج اعترف بأنّ الخزانة ذات الثلاث أبواب هي للزّوجة وكانت اليمين عليها لكون موضوع النّزاع خاص بالنّساء ممّا يستوجب ردّ هذا الوجه¹، وعند غياب البيّنة أو الدّليل من كلّ طرف، فإنّ اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النّزاع طبقا للمادّة 73 ق.أ.ج ممّا هو معتاد للنّساء، ومتعلّق بمنّ فإنّه من حقّ النّساء مع اليمين واليمين الّتي تقدّمها المرأة هي يمين تكميلية، فالأمتعة الخاصّة بالنّساء تعتبر شاهدا عرفيا وحجّة لها وما هو معتاد للرجال ومتعلّق بهم فهو ملك للرجال مع اليمين، أمّا الأمتعة المشتركة بينهما فإنّهما يقسمانها مع اليمين وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 21 أفريل 1998 حيث جاء فيه (من المقرّر قانون أنّ المشتركات بين الزّوجين في الأمتعة تقسمانها مع اليمين ومتى تبين في قضية الحال أنّ القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي، على الطّاعنة بأداء اليمين شأن الأمتعة بإنشاء جهاز التّلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنّها لم تقدّم بشأنها أيّ دليل رغم أنّها تعتبر من الأمتعة المشتركة، قد خالف أحكام المادّة 02/73 من قانون الأسرة ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيّا)²، وأكّدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 13 مارس 2002، حيث قضت (بتقاسم الزّوجان في حالة النّزاع، الأثاث المشتركة بينهما مع توجيه اليمين)³.

غير أنّه من الإشكالات الّتي أصبح يثيرها تطبيق المادّة 73 ق.أ.ج، هو أنّ مستلزمات متاع البيت قد شهدت تطوّرًا واضحًا بحيث أصبحت الزّوجة تساهم بقدر كبير في إعداد بيت الزّوجية من أموالها الخاصّة، ممّا أدّى إلى اختلاط مال الزّوجين، وعليه يجب إعادة صياغة المادّة 73 ق.أ.ج بتحديد المدلول القانوني لبعض المصطلحات كالصّداق والجهاز ومتاع البيت، وجعلها أكثر

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05 ماي 1986 ملف رقم 41437، غير منشور مقتبس عن، بلحاج العرب، ي قانون الأسرة مع تعديلات قانون 02/05، معلقا عليه مبادئ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2007، ص 402.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21 أفريل 1998 ملف رقم 189245، مجلّة الاجتهاد القضائي، 2001، ع. خاص، ص 242.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13 مارس 2002، ملف رقم: 277411، مجلّة المحكمة العليا، 2004، ع. 02، ص 389.

وضوحاً¹، واقترح البعض تعديل المادة 73 ق أ ج وبيان الإجراءات الواجب إتباعها في أداء اليمين ومكان أداء اليمين حتى لوضع حدّ للإشكالات المطروحة حالياً في مجال الإجراءات الخاصة بأداء اليمين، حيث هناك من القضاة من يصدر حكماً قبل الفصل في الموضوع بوصف أنّه حكم تمهيدي، وبالتالي صعوبة التمييز بين ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء، وعليه لا بدّ من اللجوء إلى وسائل أخرى واستحداث آليات جديدة تتماشى مع تطوّرات المجتمع، ومن ذلك نشر ثقافة الكتابة والتوثيق والحفاظ على فواتير الشراء²، فيجب التمييز أثناء النظر في النزاع حول متاع البيت بين ما يعتبر من متاع البيت وبين الجهاز الذي تحمله الزوجة من بيت أهلها والذي قد تكون اشترته من مالها الخاص أو من الصّدق أو من مال أبيها ويوصف أحياناً أخرى بأنّه حكم تحضيري، يقرّرون بموجبه إلزام الزوج أو الزوجة بحلف هذا اليمين، مساء يوم الجمعة بعد العصر في مسجد معيّن، وتحت إشراف محضر قضائي أو أمين ضبط المحكمة، وفي كثير من الأحيان يصدر الحكم حالياً من الإشارة إلى وجوب حضور الخصم الآخر و حالياً من صيغة اليمين³.

إنّ الفراغ الذي تثيره المادة 73 ق أ ج من عدم وجود الضّمّانات الكافية فيما يخصّ مساهمة المرأة في الثروة العائلية، يجعل الكثير من النساء يتحفّظن في المساهمة، أو يساهمن بحرص شديد، فبمجرد أن يبدأ الشقاق يجنّم على الأسرة، تبدأ الزوجة في أخذ متاع البيت إلى بيت أهلها أو يقوم الزوج بطردها فتترك كل متاعها في بيت الزوجية فيبدأ الزوج في إتلاف وتبذير هذا المتاع انتقاماً من الزوجة فلا بدّ من وجود ما يضمن حقوق الطرفين في المتاع وذلك يكون إمّا بتدوين مالها من

¹ محمد اللّاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ص 43-46-47.

² محمد لاتي، المرجع نفسه، ص 43.

³ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان 2013/2014، ص 223.

متاع أو السّماح لهما باستعمال جميع وسائل الإثبات¹، ولقد تعرّضت المادّة 73 ق.أ.ج إلى انتقادات من طرف المقرّرة الخاصّة حول العنف ضدّ المرأة في تقريرها المقدم بمناسبة زيارتها للجزائر سنة 2008، حيث جاء فيه (...وفي حالة الطّلاق يحتفظ كلّ من الزّوجين بممتلكاته حتّى لو كانت هذه الممتلكات قد اكتسبت أثناء الزّواج عندما كان الشّريكان يساهمان معا في العيش المشترك، ولما كانت الممتلكات الأكبر قيمة، عادة ما تكون مسجّلة قانونيا باسم الزّوج، فكثيرا ما يلحق المرأة من ذلك ظلم بالغ، وعلاوة على ذلك ينصّ قانون الأسرة لعام 2005، على أنّه (ما هو معتاد للرجال من متاع البيت المتنازع عليه يسلم إلى الزّوج في حين يحقّ للزّوجة أن تطالب بمتاع البيت المعتاد للنساء، ويقسّم المتاع ذو الاستخدام العادي أو المشترك بين الزّوجين، وفقا للمادّة 73 ق.أ.ج، الذي ينصّ أيضا على أنّ الزّوجين يمكن أن يقرّرا بخصوص المتاع الذي اقتنياه معا، ما يرجع لكلّ منهما، وأوضح محامون، أنّ المحاكم عادة ما تفسّر هذا الحكم لصالح الزّوج والنتيجة أنّ ما تكسبه النساء من إجراء الطّلاق، يتجاوز بقليل ملابسهنّ وغيرها من الأغراض الشّخصية)².

لقد جاء في الاستنتاجات المقرّرة الخاصّة أنّه: (... وعلاوة على ذلك فإنّ كثيرا من النساء لا زلن يتعرّضن للتمييز والاضطهاد داخل الأسرة، وتعزّز قانون الأسرة كثيرا لكنّه لا يزال يتضمّن أحكام لا تخدم مصلحة المرأة ولا سيما فيما يتعلّق بالميراث والآثار المادية المترتبة على الطّلاق...).

مّا جاء في توصيات المقرّرة الخاصّة أنّه: (...إصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التام لمبدأ عدم التمييز على أساس نوع الجنس، وكحدّ أدنى ينبغي لهذا الإصلاح أن يتضمّن ما يلي:...إصلاح نظام ممتلكات الزّوجين بالسّماح، في حالة الطّلاق بتقاسم جميع الممتلكات التي اكتسبت خلال الزّواج بالتساوي بين الشّركاء، و ينبغي إلغاء التمييز بين الممتلكات المعتادة للرجال أو المعتادة للإناث كأساس لتوزيع المتاع المترلي بعد الطّلاق...).

¹ مسعودي رشيد، النّظام المالي للزّوجين في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ص 278.

² انظر تقرير المقرّرة الخاصّة حول العنف ضدّ المرأة في الجزائر لسنة 200.

الخاتمة

نستخلص من هذه الدراسة أنّ المشرّع الجزائري حاول قدر الإمكان التوفيق بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية في تعديله لقانون الأسرة رغم صعوبة المهمة، ويبدو هذا واضحا من خلال ارتباك وتذبذب المشرّع في معالجته لعدّة مسائل ويرجع هذا الارتباك إلى حرص المشرّع على التّفيق بين متطلّبات احترام التّغييرات التي مسّت المركز الاجتماعي للمرأة والتّحوّلات التي لحقت بيئة الأسرة الجزائرية والالتزامات الدولية للجزائر من جهة وبين ضرورة التّمسك بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون الأسرة من جهة أخرى، ولقد مسّ التّعديل المسائل الاجتهادية الخلافية في الفقه الإسلامي وليس الأحكام القطعية الثابتة، فقد تولّى القرآن الكريم والسنة النبوية تفصيل المواضيع الثابتة في الزواج والطلاق والميراث، إلّا أنّه ورغم هذا التّفصيل فإنّ النصوص جاءت قابلة لأكثر من رأي.

بما أنّ الفقهاء قدما اجتهادوا في وضع الأحكام التفصيلية لهذه المبادئ المتعلقة بالأسرة، كان من الطبيعي أن تختلف الآراء تبعا لتعدّد واختلاف طرق الاجتهاد.

كان للتقاليد والأعراف الأثر الكبير على آراء الفقهاء، ولهذا فلا حجّة ملزمة لرأي بعينه لأنّ العصمة للنصّ الشرعي وليس لفهمه، فهذه الآراء كثيرا ما كرّست دونية المرأة في المجتمعات الإسلامية، وذلك من خلال الأحكام التّمطية التي ألصقت بالمرأة في التراث الإسلامي على غرار (النساء ناقصات دين وعقل، والمرأة خلقت من ضلع أعوج، والمرأة شرّ لا بدّ منه، ولعن الله قوم حكمتهم امرأة...).

في الوقت الراهن ومع تغيّرات ظروف العصر والتّطور الذي عرفته المرأة بعد خروجها للتعليم والعمل، كان لا بدّ من إعادة التّظّر في الكثير من اجتهادات الفقهاء التي كانت تملّحها ظروف عصره.

على اعتبار أنّ القانون الدولي أصبح ذو طابع تعاوني تنسيقي وأصبح الفرد موضوعا من مواضيع هذا القانون وذلك من خلال المواثيق التي تهتم بحقوق الإنسان، فإنّ حقوق المرأة كانت

موضوعا للكثير من هذه الاتفاقيات، وتجدد الإشارة هنا إلى أن قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان تعتبر من النظام العام، وبالتالي لا يمكن مخالفتها، وأمام مصادقة الجزائر على جميع اتفاقيات حقوق الإنسان بما فيها اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة كان لا بد من تحين تشريعاتها الداخلية، ومنها قانون الأسرة مع مقتضيات هذه الاتفاقيات.

وعليه تمّ تعديل قانون الأسرة 11/84. بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/11/27، الذي جاء يتسم بالطابع الحمائي فتحول قانون الأسرة من (النظام العام التوجيهي) Ordre Public d'Orientation أي التمسك بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها، إلى النظام العام الحمائي Ordre Public de Protection أي حماية المرأة والطفل عملا بما جاءت به الاتفاقيات الدولية، فإذا كانت الأسرة هي اللبنة الأساسية في المجتمع، فإنّ دعامة الأساسية هي المرأة لأنها عنصر فاعل داخل الأسرة والمجتمع، لذلك لقيت اهتماما كبيرا في قانون الأسرة الجديد وهذا بإدخال جملة من التعديلات الهادفة إلى حماية حقوق المرأة وضمان المساواة بينها وبين الرجل في نطاق الأسرة.

من بين ما استحدثه هذا القانون، أنه أقرّ حق المرأة وحرّيتها في الزواج، وهذا بتركيزه على عنصر الرضائية والذي ذكره في أربعة مواد (04، 09، 11، 13) وجعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة تمارسه حسب اختيارها ومصالحها، اعتمادا على أحد تفاسير الآية الكريمة القاضي بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف: ﴿... فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ [البقرة:232]

إلا أنّ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، رأت في وجود الولي تقييدا لحق المرأة في الزواج برضاها الحرّ والكامل، وعليه طالبت اللجنة من الجزائر بإلغاء الولي في الزواج، وجاء هذا في ردّ اللجنة على التقرير الأوّلي المقدم من الجزائر في 1998 أي قبل تعديل قانون الأسرة، وذهبت المقررة الخاصة بالعنف ضد المرأة في تقريرها عن الجزائر بعد زيارتها في 2007 أي بعد التعديل إلى ضرورة إصلاح قانون الأسرة ويجب أن يتضمّن هذا الإصلاح إلغاء الولي بصفة صريحة، رغم أنّ المشرّع

جعل للوليّ دوراً رمزياً فقط وهو حضور مجلس العقد، وأعطى للمرأة الحق في اختيار أي شخص من دون الأب حتّى ولو كان أجنبيّاً، وبذلك خرج المشرّع عن كلّ المذاهب الفقهية، وهذا ما يعتبر تحضيراً للرأي العام من أجل إلغاء الولي من قانون الأسرة في التعديلات القادمة، وربّما لجأ المشرّع إلى هذا الحل نظراً لما كانت تعانيه المرأة في ظل قانون 11/84 من تعسّف الأولياء في تزويج بناتهم جبراً أو منعهنّ من الزواج بمن يرضونه.

هذا راجع إلى الفهم الخاطئ لمفهوم الولاية ودور الولي والتي تعني لغة النصرة والولي هو المحب والصديق والناصر والمعين وليس القاهر المهين، فالولاية لا يجب اعتبارها سلطة بل هي تشريف وتكليف، فالولي مكلف بالمرأة ومسئولاً عنها وهو الذي يتولّى العقد عليها بعد ممارسة اختيارها بكل حرية وهو لا يملك حق إجبارها في جميع الأحوال، فالعيب هنا ليس الأحكام الشرعية بل الفهم الخاطئ لها.

من بين القيود الواردة على حق المرأة في الزواج برضاها الحرّ والكامل من منظور الاتفاقيات الدولية منع المرأة المسلمة من الزواج مع غير مسلم وهذا يعتبر من النّظام العام في قانون الأسرة، حيث ورد هذا التّحريم بإجماع المذاهب الإسلامية.

كما نصّ التّعديل على مساواة المرأة والرجل في تحديد أهلية سن الزواج بتوحيده في 19 سنة بالنسبة للمرأة والرجل، وهذا تماشياً مع الاتفاقيات الدولية خاصّة مكافحة جميع أشكال التمييز واتفاقية حقوق الطفل سنة 1989، مع تحويل القاضي إمكانية تخفيضه في الحالات الضرورية المبررة.

أمّا فيما يخصّ التّعدد فإنّ قانون الأسرة حرص على حماية المرأة، وهذا من خلال التّشديد بتقييد التّعدد الذي لا يكون إلاّ بترخيص من القاضي وموافقة الزّوجة الأولى والثانية مع مراعاة قدرة الزّوج على العدل ووجود مبرر شرعي للتّعدد، إلاّ أنّ التقارير الدولية السّابق ذكرها،

وجّهت انتقادات لقانون الأسرة نتيجة إبقائه على تعدّد الزوجات ودعت هذه التقارير الجزائر إلى تحريم تعدّد الزوجات.

كما أعطى التعديل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل حق الاشتراط من خلال نص المادة 19 ق.أ.ج، هذه المادة بوضعها الحالي على درجة كبيرة من الأهمية على اعتبار أنها تكرّس الاتجاه التعاقدى في تنظيم العلاقة الزوجية بين المرأة والرجل على قدم المساواة، حيث أعطى للمرأة إمكانية اشتراط العمل وعدم التعدّد.

وفيما يخصّ الصّدق، فرغم الانتقادات الموجهة من طرف لجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، أبقى عليه المشرّع من دون تعديل، حيث يعتبر حق المرأة في الصّدق من المسائل القطعية في الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهو تمييز إيجابي لصالح المرأة.

كما نظّم المشرّع العلاقة بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية وذلك من خلال إلغاء المادة 39 من القانون 11/84 القاضية بواجب طاعة الزوجة للزوج باعتباره رئيساً للأسرة، ونصّ في المادة 36 المعدلة على الواجبات والحقوق المشتركة القائمة على المساواة، وجعل رعاية الأسرة مسؤولية مشتركة للزوجين مع نصّه على ضرورة التشاور بين الزوجين في مسألة تباعد الولادات، ممّا يفيد أنّ المشرّع يعترف بحق تنظيم النسل.

من بين المستجدات في قانون الأسرة المعدّل، هو إدخال الاستثناء على قاعدة انتقال الذمة المالية، إذ أجاز من خلال المادة 37 من قانون الأسرة "للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية، وهذا مظهر من مظاهر الاتجاه التعاقدى في قانون الأسرة، أخذ به المشرّع لوضع حدّ للنزاعات التي عرفتها الساحة القضائية في هذا المجال.

من ضمن التعديلات كذلك جعل الطلاق حلاً لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة، كلّ حسب شروطه الشرعية وتحت مراقبة القضاء وذلك بتقييد الممارسة التعسفية للرجل

في الطلاق وتعزيز آلية الصلح، مع ضمان حق المرأة المطلقة، للحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق، مع النص على واجب توفير مسكن للمطلقة إذا كانت حاضنة وهذا مظهر من مظاهر حماية المرأة في قانون الأسرة الجزائري، تعزز بصدور قانون 09/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

كما وسّع التعديل في حق المرأة في طلب التّطليق بإحلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج أو للإضرار بالزوجة، مثل عدم الإنفاق والهجر أو العنف أو الشقاق المستمر وغيرها من مظاهر الضّرر، كما أعطاهما الحق في الخلع يحكم به القاضي حتّى بدون موافقة الزوج وهذا تعزيزا للمساواة والإنصاف بين الزوجين.

تجدر الإشارة إلى أن المواد المتضمنة أحكاما وضعية ثابتة في الشريعة الإسلامية لم يمسه أي تعديل، مثل الصّدق، النفقة، النسب، الميراث، وبهذا فغنّ قانون الأسرة قد وسّع في مرجعيته وحاول تحقيق المساواة وحماية المرأة وفق المقاربة الإسلامية مع الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الاتفاقيات الدولية.

قائمة المصادر

والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.

I- باللغة العربية:

أولاً: المؤلفات والكتب:

- 1- أحمد اباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1.
- 2- أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط- المغرب، 2012.
- 3- أحمد فتحي البهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، طبعة أولى، دار الشروق، مصر، 1998.
- 4- أحمد قدرى باشا وشرحه لمحمد زيد الإباني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط2، 2009.
- 5- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمّان الأردن، 2009.
- 6- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارها، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 7- أعمار يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر 2010
- 8- الإمام الباجي، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان.
- 9- أميمة أبو بكر، شرينشكري، المرأة والجنود- إلغاء التمييز الثقافي والاجتماعي بين الجنسين، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، ط1، 2002.
- 10- باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، د.ط، 2012.

- 11- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشّخصية بين المذاهب الأربعة السّنية والمذهب الجعفري والقانون-ج1 الزّواج والطلاق، دار التّهضة، بيروت، طبعة 1967.
- 12- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1/331.
- 13- بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2008.
- 14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الزّواج والطلاق ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية 1996
- 15- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية.
- 16- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1.
- 17- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مقاصد الشريعة الإسلامية في نظام الميراث، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2014.
- 18- جميل فخري محمّد حاتم، التدابير الشّرعية للحدّ من الطّلاق التّعسّفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتّوزيع عمّان-الأردن- ط 1 2009
- 19- جيلالي تشوار، الاجتهاد الفقهي والتّطور التشريعي في مسائل الزّواج والطلاق- دراسة نقدية لقانون الأسرة-، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير بمعهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعبّاس، سنة 1997/1998.
- 20- الحسن رحو، النظام القانوني للزواج في التأصيل، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، ط1، 2007.

- 21- حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2007.
- 22- حسنين محمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 23- الحسين بن الشيخ آيت ملوية، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة الجزائر 2005.
- 24- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر.
- 25- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ط1، 1430هـ-2010م.
- 26- داودي عبد القادر أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر بدون رقم الطبعة سنة 2010.
- 27- دغيش نعمام، معاهدات الدولية لحقوق الإنسان تعلوا القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2008.
- 28- رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي- دار الوفاء لنديا الطباعة والنشر، الإسكندرية- مصر، ط1، 1428هـ-2007م.
- 29- رعد مقداد محمود الحمداي، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار شتات مصر 2010.
- 30- رمضان علي الشرمباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 31- سالم بن عبد الغني الرفاعي كتاب أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم للطباعة والنشر، ط1، 1423هـ - 2002م.

- 32- سامح سيّد محمّد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار الكتب المصرية، ط2، 2005.
- 33- سليمان ولد ختال، الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة للنشر الجزائري، ط2، 2012.
- 34- سيّد محمّد، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر والدول العربية (عند الزواج، النسب، الحضانة، الطّلاق، الخلع)، دار أبو مجد للطباعة بالهرم، مصر، ط1، 2010.
- 35- الشيخ شمس الدّين بوروبة، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شركة دار الأُمَّة، ط1، 2003.
- 36- عابدة المؤيد العظم، سنّة التفاضيل وما فضّل الله به النّساء على الرّجال، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2000.
- 37- عبد الحميد محمود طهار، حقوق الإنسان في سورة النساء، دار القلم والدار الشامية، دمشق، ط1، 1993.
- 38- عبد الرّحمان الصّابوني، مدى حرّية الرّوجين في الطّلاق في الشّريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع الشّرائع السّماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية-، دار الفكر، بيروت، 1968.
- 39- عبد الرّحمان الصّابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، دمشق، ط1، 2001.
- 40- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الدّيوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002.
- 41- عبد العزيز سعد، الرّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع الجزائري، ط3، 1996

- 42- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الدار العمومية للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1995.
- 43- عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 44- عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي، دار تلا للنشر والطبع والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 45- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادّة الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، الجزائر، 2007.
- 46- عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضاء في تعديل، مدونة الأسرة المغربية- دراسة تأصله في المادّة 400-، منشورات دار الأمان، الرباط، 2011.
- 47- عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1.
- 48- عثمان التّكرووري، قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمّان، الأردن، ط1، 2004.
- 49- العربي بخي، أحكام الطّلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، ط12، 2013.
- 50- علي بن أحمد ابن حزم الظاهري، المحلي، ج 10.
- 51- علي جمعة محمد المرأة في الحضارة الإسلامية بين نصوص الشرع وتراث الفقه والواقع المعيش، دار السلام، القاهرة، ط1، 2006.
- 52- عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، جدلية التقليد والتجديد في القانون التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.

- 53- عمر زودة، طبيعة الأحكام في إنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها Encyclopedia édition بن عكنون، الجزائر، 2003.
- 54- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010.
- 55- عيسى حدّاد، عقد الزواج - دراسة مقارنة-، منشورات باجي مختار، عنابة، 2006.
- 56- غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدّد الزوجات في الإسلام الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الشّافّي، ط1، 2014.
- 57- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 58- قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، دار الحامد، الأردن، ط1، 2008.
- 59- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1992.
- 60- لوعيل محمدّ مين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط2، 2006.
- 61- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية - دراسة فقهية مقارنة-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.
- 62- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، معدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434هـ/2013م.
- 63- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي - قانون الأسرة الجزائري-، دار الوعي، الجزائر، 2012.
- 64- محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، قسم الزواج ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

- 65- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة- الزواج- انحلال ميثاق الزوجة كآثار الولاية ونتائجها، دار النشر المغربية، عين السبع، الدار البيضاء، ط3، 2008.
- 66- محمد الحارث الحشني، أصول الفتوة في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، 1985
- 67- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، كتاب الأول عقد الزواج وآثاره، ط 2.
- 68- محمد بلتاجي مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1414هـ-1993م.
- 69- محمد حامد الفقي، القواعد النورانية الفقهية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، 1399هـ.
- 70- محمد خدر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الاسمية، دراسة مقارنة، دار اليزوري، الأردن، عمّان، 2010.
- 71- محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2005.
- 72- محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الربّاني، دار الفكر- دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1996.
- 73- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، 2008.
- 74- محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة، عمّان- الأردن، ط1، 1403هـ/1983م.
- 75- محمد عميم الإحسان المحددي البركي، قواعد الفقه، دار النشر الصدف ببلشرز- كراتشي، ط1، 1407هـ-1986م.

- 76- محمد محدة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، دار الشهاب الجزائر، ط2، 2000.
- 77- محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، شركة الشهاب ط4، 1990.
- 78- محمود شلتوت الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم في حياته اليومية العامة: القرآن والمرأة، ج1، دار الشروق، 1402هـ/1982م.
- 79- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزّواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقرن، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.
- 80- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بدون استثناء، ط2، 1977.
- 81- المغراوي محمد عبد الرحمن الفقي، تحديد السن في الزواج (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط1، 2011.
- 82- منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضدّ المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط1، 2009.
- 83- منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2008.
- 84- ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 85- ناصر أحمد إبراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر
- 86- نسرين شرفي وكمال بوفورورت، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1،
- 87- أبو النصر مشير الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 88- نور الدين لمطاعي، عدّة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، الجزائر، ط2، 2009.

- 89- وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط1، 2009.
- 90- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، دار الفكر، ط1، 1984.
- 91- يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1، 2013.
- 92- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

ثانيا: المذكرات والرسائل الجامعية:

- 1) أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي 2010/2011.
- 2) أمينة خياط، تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين المغرب ومصر، أطروحة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس- الرباط.
- 3) آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية- رسالة لنيل دكتوراه، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2014.
- 4) بلعباس شريف مريم، حقوق المرأة المالية وآثارها أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد انحلالها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران.
- 5) بن عومر محمد، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص.
- 6) بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة، في القوانين المغاربية للأسرة- دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص.

- (7) بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013/2014.
- (8) تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، 2001.
- (9) جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005.
- (10) حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2005.
- (11) سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.
- (12) طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة بن عكنون- الجزائر، 2000.
- (13) عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013/2014.
- (14) عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2013/2014.
- (15) علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه في القانون الخاص-جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية سنة الجامعية 2012/2013.

- 16) عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية، وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه قانون خاص، جامعة تلمسان، 2015/2014.
- 17) محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص قانون الأسرة والطفولة، جامعة سيدي محمد عبد الله - فاس، السنة الجامعية 2006/2005
- 18) محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين، في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2002/2001
- 19) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض في الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2009.
- 20) منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه.
- 21) اليزيد عيسات، التطبيق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، 2003.
- ثالثا: المقالات والمجلات:
1. أحمد الخليلي، الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، عدد 3 1988.
2. أوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة، إشكالية أركان وشرط عد الزواج، مجلة منبر حقوق الطفل، جامعة وهران عدد2، 2011.
3. بداوي علي. عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، مجلة العلوم القانونية، العدد 02.

4. بلحاج العربي، صور الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، عدد 03، 1990.
5. بلقاسم شتوان، حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا، بمجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 05، 2003.
6. بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري، إشكاليات حلّها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة، عدد 09، 2004.
7. بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، عدد 2، 2011.
8. بو عبد الله لحسن، تغير اتجاهات الفرد نحو مركز ودور المرأة في المجتمع، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، 1995.
9. بومدين محمد، سلطة القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات (دراسة مقارنة) بين التشريعات الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 14، ديسمبر 2013.
10. تشوار جيلالي، تحفّظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان عدد 12، 2011.
11. تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، جزء 41، رقم 01، 2000.
12. تشوار جيلالي، خواطر حول تعديلات قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2005.

13. تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05، المعدل لقانون الأسرة مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية كلية الحقوق جامعة تلمسان عدد 12.
14. جمعي ليلي، التمييز بين الزوجين في أساليب فك الرابطة الزوجية، الأساس والمنطلق، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول التمييز، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم لسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2015، (غير منشور).
15. حسن زقور، شبهات حول الصداق في قانون الأسرة الجزائري وعند الفقهاء، مجلة الحضارة الإسلامية، صادرة عن كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية - جامعة وهران - عدد 10 2004.
16. خالد برجواوي، قانون الأسرة بالمغرب بين المدونة ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي المنظم يومي 19 و 20 أبريل 2002 حول "النساء ودولة الحق والقانون"، بمقر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط - المغرب.
17. رباحي أحمد، ضوابط حرية الاشرطاط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر من مخبر القانون الخاص الأساسي جامعة تلمسان، 2010 عدد 07
18. رشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية - جامعة تلمسان، عدد 12، 2011.
19. زبيدة أقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، الجزائر، المجلد 05 العدد 01، 2012.

20. صالح حمليل، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، عدد 1، 2013.
21. الطيّب لوح، إشكال تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة لتطبيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 03 سنة 2000.
22. عبد الرحمن العمراني، المرأة هل تساهم مع زوجها في النفقة، منشورات الجمعية المغربية للتربية ورعاية الأسرة.
23. عز الدين التميمي، حقوق المرأة ومكانتها في الإسلام، مجلة الزهرة، المجلد الثاني، جامعة عمان - الأردن، العدد 8، يوليو 1995.
24. عمر بكارين أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتقنين، مجلة كلية الشريعة أكادير، عدد 2، 2000.
25. عواشيرة رقية، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، دراسات قانونية العدد 1، 2004.
26. فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 32، 1994.
27. مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي عدد 01 ديسمبر 2004.
28. محمد الكشور، الحقوق المالية للزوجين، مداخلة في الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد المالك سعدي بطنجة، حول مدونة الأسرة يومي 20 و 21 فبراير 2004.
29. محمد وهبة الزحيلي، وحدة النفس الإنسانية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 3، 2000.
30. المسعودي العياشي، نظام فصل الأموال في الزواج بين وهم القانون ووزن الواقع، مجلة الاقتصاد والمجتمع، عدد 4، 1988.

31. نصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة قضايا المرأة والأسرة، بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى، 2000.

32. هجيرة دنوبي، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى، 2000.

رابعا: نصوص تشريعية وتنظيمية:

أ- النصوص الوطنية:

1- القانون 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

2- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27/02/2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة.

3- أمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

4- قانون رقم 15-19 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

5- قانون رقم 01/15 مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق ل 04 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق الثقة.

6- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية.

7- القانون 63-224 الصادر في 29/06/1963 المتعلق بتحديد سن الزواج.

- 8- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 الصادر في 22/01/1996 المتضمّن انضمام الجزائر، مع التّحفظ إلى اتّفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة لسنة 1979.
- 9- مرسوم رئاسي رقم 16-254 مؤرّخ في 25 ذي الحجة عام 1437 الموافق 27 سبتمبر سنة 2016، يتضمّن التصديق، مع التّصريحات التفسيرية، على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي بمابوتو (موزمبيق)، في 11 يوليوسنة 2003.
- 10- الأمر رقم 70/20 المؤرّخ في 17 فبراير 1970 يتضمّن الحالة المدنية المعدّل والمتمّم ج.ر رقم 21.
- 11- الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمّن القانون المدني المعدل والمتمّم ج.ر رقم 78.
- 12- المرسوم الرئاسي رقم 89/67 الصادر بتاريخ 17/05/1989 ج.ر رقم 20 يتضمّن انضمام الجزائر إلى العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية.
- 13- المرسوم التّنفيذي رقم 06/154 المؤرّخ في 11/05/2006، والذي يحدّد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرّر ق.أ.
- 14- قانون 29 جوان 1963 الخاص بمبدأ شكلية عقد الزّواج.
- 15- أمر رقم 69-72 المؤرّخ في 16/09/1969 المتعلقة بكيفية إثبات الزّواج.
- 16- الأمر 70-86 المؤرّخ في 15/12/1970 المتضمّن قانون الجنسية المعدّل والمتمّم بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 27/02/2005 ج.ر الصّادرة بتاريخ 27/02/2005.

ب- النصوص الأجنبية:

- 1- الأمر 13 أوت 1956 المتضمّن مجلّة الأحوال الشخصية المعدلة والمتممة بالقانون الصادر في 12 جويلية 1993، الرائد الرسمي التونسي عدد 66.
- 2- المدونة المغربية الصّادرة بموجب الظهير الشريف رقم 1-57-343 المعدلة بالقانون رقم 70-03 الصادرة بتنفيذه ما يعرف بالظهير الشريف رقم 01-04-22 المؤرّخ في 03 فبراير 2004 المنشور بالجريدة الرّسمية المغربية العدد 5184 بتاريخ 05 فيفري 2004.
- 3- قانون الأحوال الشخصية السوري الصّادر بالمرسوم التشريعي رقم 95-53 سنة 1953 المعدّل بالقانون رقم 74-75 سنة 1975
- 4- قانون اتحادي رقم(28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية، دولة الإمارات العربية المتحدة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، العدد 124، السنة 32 أكتوبر 2005

خامسا: المواثيق والاتفاقيات والإعلانات الدّولية:

1. ميثاق الأمم المتحدة 1945.
2. الإعلان العلمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948.
3. اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1040 (د-11) يوم 29 يناير 1957، تاريخ بدء النّفاذ: 11 أوت 1958.
4. ابرم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في 1966 ودخل حيز النفاذ في 03-02-1976، وصادقت عليه الجزائر في 16/05/1989، ج.ر، رقم 20 المؤرخة في 17/05/1989 بالتحفظ على المواد 1-8-13 و23.
5. العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في 1966 دخل حيز النفاذ في 23-03-1976، صادقت عليه الجزائر في 16-05-1989، ج.ر، رقم 20 المؤرخة في 17-05-1989، مع التحفظ على المواد 1-22 و23.

6. إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22) المؤرخ في 7 نوفمبر 1967
7. الاتفاقية الدولية الخاصة بالرضا بالزواج وتسجيل الزواج التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 1763 م ألف (د-17) المؤرخ في 07 نوفمبر 1962 والتي دخلت حيز التنفيذ في 09 ديسمبر 1964 (لم تصادق عليها الجزائر)
8. اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ الدخول حيز التنفيذ 3 سبتمبر 1981، وفقا لأحكام المادة 27(1) صادقت عليها الجزائر بالتحفظ في 1996/01/22، الجريدة الرسمية رقم 06
9. اتفاقية حقوق الطفل في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز النفاذ في 1990/09/02 وصادقت عليها الجزائر في 1992/12/19، الجريدة الرسمية رقم 91 المؤرخة في 1992/12/23.
10. الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل لعام 1990
11. بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي بمابوتو (موزمبيق) في 11 جويلية 2003، صادقت عليه الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-254 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1437 الموافق 27 سبتمبر 2016.
12. اتفاقية مكافحة التعذيب وجميع أشكال العنف والمعاملة السيئة المعتمدة في 1987/06/26، صادقت عليها الجزائر في 1989/05/16 ج.ر، رقم 20.

سادسا: التقارير والتوصيات الدولية:

- 1- تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة سيداو: CEDAW/C/DZA/11/09/1998
- 2- رد لجنة سيداو على التقرير الأولي للجزائر: CEDAW/C/SR//Add.1 11/09/1998

- 3- تقرير الجزائر الثاني أمام لجنة السيداو: CEDAW/C/DZA/ 02/200302/05
- 4- رد لجنة سيداو على التقرير الثاني للجزائر: CEDAW/C/SR.667.668
- 5- تقرير الجزائر المجمع للتقريرين الثالث والرابع أمام لجنة السيداو:
CEDAW/C/DZA/ 3-4/ 2010/05/24
- 6- رد لجنة السيداو على التقرير الثالث والرابع للجزائر:
CEDAW/C/SR.1031 و CEDAW/C/SR.1032
- 7- تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي تجاه الجزائر، الدورة 44، جنيف، 3-21 ماي 2010:
E/C 12/DZA/CO/4
- 8- تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة، أسبابه وعواقبه، السيدة ياكين إرثورك، عن
البعثة التي قامت بها إلى الجزائر من 21 إلى 31 يناير: 2007 A/HRC/7/6/Add.2
- 9- المقررة الخاصة المعنية بمسألة بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية (A/66/228)
- 10- التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992
- 11- التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المادة 16 من اتفاقية
القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 2013/10/30.
- 12- توصية عامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار
الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات
الأسرية):

CEDAW/C/6C/29 Distr : General. 30 October 2013 Arabic original : English

سابعاً: القرارات والأحكام القضائية:

- 1- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 03-12-1983 ملف رقم 35026، م.ق 1989، عدد 04،
ص 86.

- 2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24 فيفري 1986 ملف رقم 39689.
- 3- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جويلية 2006 رقم الملف 368660، م.ق 2006 العدد 02، ص 483.
- 4- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25-06-1984، ملف رقم 33715، م.ق، 1989، العدد 04، ص 99.
- 5- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 02-10-1989، ملف رقم 55116، م.ق 1991، العدد 01، ص 33.
- 6- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، العدد 01، ص 499.
- 7- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21 جويلية 1998، ملف رقم 192665 الاجتهاد القضائي 2001، عدد خاص، ص 116.
- 8- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 26/01/1987، ملف رقم 44457، المجلة القضائية، 1991، عدد 04 ص 08.
- 9- المحكمة العليا، غ.أ.ش، رقم 34784، الصّادر بتاريخ 10/11/1984، المجلة القضائية ع 03 1989، ص 73.
- 10- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، الصّادر بتاريخ 06/02/1999، ملف رقم 213571 عدد خاص لسنة 2000 ص 119.
- 11- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15 جوان 1999، المجلة القضائية ع خ 2001 ص 129.
- 12- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25-06-1984، ملف رقم 33715، م.ق 1989، العدد 04، ص 99.

- 13- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جويلية 2006، ملف رقم 356997، مجلّة المحكمة العليا 2006 عدد 02 ص 441.
- 14- قرار المحكمة العليا ملف رقم 51728 بتاريخ 1988/11/21 المجلّة القضائية 1990 عدد 03، ص 72.
- 15- م.ع.غ.أ.ش بتاريخ 22 فيفري 2000، ملف رقم 235367، ملف عدد 01، ص 275.
- 16- م.ع.غ.أ.ش بتاريخ 27 جانفي 1985، ملف رقم 391731، المجلّة القضائية 1993 عدد 04، ص 61.
- 17- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18 جوان 1991، ملف رقم 75029، م.ق 1991، عدد 01 ص 65.
- 18- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جويلية 2006، ملف رقم 356896، م.ق 2006 عدد، 02 ص 433.
- 19- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29 ديسمبر 1986، ملف رقم 4368، م.ق 1993 عدد 02 ص 41.
- 20- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11 نوفمبر 1988، ملف رقم 51614، م.ق 1990 العدد 04 ص 67.
- 21- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23 أفريل 1996، ملف رقم 335435، م.ق، 1998 العدد 01 ص 130.
- 22- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11 جويلية 1998، ملف رقم 222665، مجلّة الاجتهاد القضائي 2002 ص 116.

- 23- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15 جوان 1999، ملف رقم 222665، م.إ.ق، 2002 ص999.
- 24- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم 34327، م.ق، 2002، العدد 03، ص 69.
- 25- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/06/12، ملف رقم 358348، م.ع 2006، العدد 02، ص449.
- 26- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10 جوان 2009، ملف رقم 502268، م.ق 2010 عدد، 01، ص219.
- 27- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13 جانفي 2011، ملف رقم 594435، م.ق 2011 عدد، 02، ص266.
- 28- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/03/13 ملف رقم 522221، م.ق، 1993، العدد 01 ص48.
- 29- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 190/02/19 ملف رقم 59013، م.ق، 1991، العدد 04 ص117.
- 30- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/01/02 ملف رقم 52207، م.ق، 1990، العدد 04 ص74.
- 31- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 2011/03/10 ملف رقم 613469، مجلّة المحكمة العليا، 2012، العدد 01، ص 285.
- 32- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1997/02/18 ملف رقم 135640، المجلّة القضائية، 1997، العدد 01 ص 39.
- 33- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09 ملف رقم 33921، المجلّة القضائية، 1989، العدد 04 ص 76.

- 34- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1997/09/30 ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، العدد خاص ص 169.
- 35- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/07/03 ملف رقم 54353، المجلة القضائية، 1992، العدد 01، ص 45.
- 36- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 2000/07/18 ملف رقم 245156، م.ج.م.ع، 2001، العدد خاص، ص 188.
- 37- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 2002/07/03 ملف رقم 274207، م.ق، 2004، العدد 01 ص 263.
- 38- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16 مارس 1999، ملف رقم 216836، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001 عدد خاص، ص 245.
- 39- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21 أبريل 1998، ملف رقم 189245، مجلة الاجتهاد القضائي 2001، عدد خاص، ص 242.
- 40- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13 مارس 2002، ملف رقم 277411، مجلة المحكمة العليا 2004، عدد 02، ص 389.
- 41- قرار مجلس قضاء تلمسان 1967/07/06، م.ج 1968، عدد 4، ص 1240.

II- *En langue Française :*

A- Ouvrages :

- 1) CATHRINE LABRUSSE RIOU, l'égalité des époux en droit Allemand, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1965.
- 2) GHOUTI BENMELHA, Le droit Algérien de la famille, office de publication universitaires-Alger, 1993
- 3) Hadjira DENOUNI, Les évolutions des rapports entre époux en droit Algérien de la famille.
- 4) TCHOUA DJILALI, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU.

B- Articles :

1. DJILALI TCHOUAR, Droit de la famille (quels principes d'égalité) Etudes de droit, mélanges en hommage à Abdallah BENHAMOU, konouz éditions, Tlemcen, 2013
2. Malika BELNOUAR, Recueil légale (Kafala) et adoption dans le code de la famille, 2008, Algérie, Les cahier de LADRENE, N°01 Laboratoire de droit de l'enfant univ. Oran.
3. NADIA AIT ZAI, Les amendements du code de la famille, l'égalité un principe mal compris, 24-25 juin 2000
4. SAADI NOUREDDINE, La femme et la loi au Maghreb, Algérie, colloque dirigé par Fatima Mernici, Edition BONCHERE,1992
5. DALILA ZENAKI Egalité homme femme en Algérie et conformité aux normes internationales : le cas de la covention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes , mélange en hommage à Abdellah Benhamou.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
15-1	مقدمة
17	المابج الأول حماية حقوق المرأة أثناء الزواج
18	الفصل الأول: حماية الحقوق الغير مالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية
19	المبحث الأول: حماية حقوق المرأة عند إبرام عقد الزواج
19	المطلب الأول: حماية حق المرأة في الزواج من خلال رضاها الحر والكامل
20	الفرع الأول: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية
24	الفرع الثاني: رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري
29	الفرع الثالث: تقييد المشرع لرضا المرأة في الزواج من منظور الاتفاقيات الدولية
32	- أولًا: الولي
32	1- الولاية في الشريعة الإسلامية
36	2- دور الولي في قانون الأسرة الجزائري
41	- ثانيا: زواج المسلمة بغير المسلم
44	- ثالثا: تعدد الزوجات
44	أ- تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية
46	ب- موقف قانون الأسرة 02/05 من تعدد الزوجات
50	المطلب الثاني: حماية حقوق المرأة من خلال تحديد سن الزواج
51	الفرع الأول: تحديد سن زواج المرأة في الاتفاقيات الدولية
53	الفرع الثاني: تحديد سن زواج المرأة في الشريعة الإسلامية
55	الفرع الثالث: تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري

56	- أولًا: مبررات مراجعة الحد الأدنى لسن الزواج في قانون الأسرة المعدل
58	- ثانيا: الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن
58	أ- شروط الترخيص
60	- ثالثا: جزاء مخالفة سن الزواج
62	المطلب الثالث: فتح باب الاشتراط في عقد الزواج كآلية لصالح المرأة
63	الفرع الأول: الاشتراط في الشريعة الإسلامية
64	أ- الشروط عند الشافعية
65	ب- الشروط عند المالكية
66	ج- الشروط عند الحنفية
67	د- الشروط عند الحنبلية
68	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج
71	المطلب الرابع: حماية حقوق المرأة من خلال تسجيل عقود الزواج
71	الفرع الأول: تسجيل عقود الزواج في الاتفاقيات الدولية
73	الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج في القانون الجزائري قبل صدور قانون الأسرة
77	الفرع الثالث: تسجيل عقود الزواج في قانون الأسرة
79	المبحث الثاني: حماية الحقوق الغير مالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية
79	المطلب الأول: المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين
81	الفرع الأول: المساواة في الحقوق والالتزامات بين الزوجين في اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة
81	- أولًا: المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق الزوجية
83	- ثانيا: حماية المرأة من العنف

85	الفرع الثاني: المساواة في الحقوق و الالتزامات بين الزوجين في قانون الأسرة
87	- أولًا: حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف
90	- ثانيا: حق الزوجة في الجماع أو الاستمتاع
91	- ثالثا: إلغاء واجب الطاعة
95	المطلب الثاني: حق المرأة في تنظيم النسل ورعاية الأطفال في قانون الأسرة على ضوء اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة
95	الفرع الأول: حق المرأة في الإنجاب وتنظيم النسل
95	- أولًا: حق المرأة في الإنجاب وتنظيم النسل في اتفاقية سيداو
97	- ثانيا: حق المرأة في الإنجاب و تنظيم النسل في قانون الأسرة الجزائري
100	الفرع الثاني: المساواة بين المرأة والرجل في تربية ورعاية الأطفال
100	- أولًا: حق الزوجة في رعاية الأطفال في اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة
102	- ثانيا: حق المرأة في تربية ورعاية الأبناء في قانون الأسرة
102	1- حق المرأة في رعاية أطفالها
105	2- حق المرأة في الولاية على أبنائها
107	3- حق المرأة في الكفالة
110	الفصل الثاني: حماية الحقوق المالية للمرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية
111	المبحث الأول: حماية الحقوق المالية المرتبطة بإبرام عقد الزواج
111	المطلب الأول: حق المرأة في الصداق
112	الفرع الأول: تحديد مفهوم الصداق وأدلة شرعيته في الإسلام
113	- أولًا: صفة الصداق
114	- ثانيا: مقدار الصداق

115	الفرع الثاني: الصّدق في قانون الأسرة الجزائري
119	المطلب الثاني: حق المرأة في اختيار النّظام المالي في قانون الأسرة الجزائري
120	الفرع الأوّل: النّظام المالي في الاتّفاقيات الدّولية
122	الفرع الثاني: استقلالية الذّمة المالية للمرأة في الشّريعة الإسلامية
127	الفرع الثالث: الاتّفاق على الأموال المشتركة
131	الفرع الرّابع: النّظام المالي في قانون الأسرة الجزائري
131	- أوّلا: النّظام المالي في ظل قانون الأسرة 11/84
132	- ثانيا: النّظام المالي في الأمر 02/05
133	أ- استقلالية الذّمة المالية في القانون 02/05
135	ب- الاتّفاق حول الأموال المكتسبة
139	- ثالثا: تقييم النّظام المالي للزّوجين في قانون الأسرة الجزائري
141	المبحث الثاني: حق المرأة في النّفقة و الميراث
141	المطلب الأوّل: حق الزّوجة في النّفقة
142	الفرع الأوّل: النّفقة في الشّريعة الإسلامية
142	1- أدلة وجوب النّفقة
144	2- شروط وجوب النّفقة في الشريعة الإسلامية
145	3- امتناع الزوج عن النّفقة
147	4- مشمولات النّفقة وتقديرها
149	5- الحكمة من كون النّفقة الزوجية على الزوج
151	الفرع الثاني: النّفقة في قانون الأسرة الجزائري
152	- أوّلا: مشتملات النّفقة في قانون الأسرة

155	- ثانيا: آثار الامتناع عن النفقة في قانون الأسرة
155	1- طلب التطلق
158	2- الآثار الجزائية المترتبة على الامتناع على الإنفاق
160	المطلب الثاني: حق المرأة في الميراث
160	الفرع الأول: الميراث في الاتفاقيات الدولية
162	الفرع الثاني: ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية
163	- أولا: دليل مشروعية الميراث
163	أ- أدلة توريث المرأة في القرآن الكريم
164	ب- الدليل من السنة
164	ج- الإجماع
165	- ثانيا: الحكمة من اختلاف نصيب الأنثى في الميراث عن الرجل
170	الفرع الثالث: ميراث المرأة في قانون الأسرة الجزائري
170	- أولا: ميراث المرأة في قانون الأسرة باعتبارها أحد الأصول أو الفروع
171	- ثانيا: ميراث المرأة باعتبارها جدة
171	- ثالثا: ميراث المرأة باعتبارها بنت أو بنت ابن
171	1- ميراث البنت الصلبية
172	2- ميراث بنت الابن
173	3- ميراث المرأة باعتبارها أخت شقيقة
174	4- الأخت لأب
175	5- الأخت لأم
176	- رابعا: ميراث المرأة بصفتها زوجة

176	أ- شروط استحقاق الزوجة للميراث في قانون الأسرة الجزائري
177	ب- نصيب الزوجة من تركة زوجها في قانون الأسرة
181	الباب الثاني حماية حقوق المرأة عند انحلال الرابطة الزوجية
182	الفصل الأول: حقوق الزوجة عند فك الرابطة الزوجية
183	المبحث الأول: حقوق المرأة عند فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق
183	المطلب الأول: حقوق الزوجة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
183	الفرع الأول: الطلاق في منظور الاتفاقيات الدولية
187	الفرع الثاني: الأساس القانوني والشرعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في ق.أ.ج
191	الفرع الثالث: الضمانات القانونية لحماية الزوجة في حالة الطلاق بإرادة الزوج في ق.أ.ج
192	- أولاً: وضع الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القضاء
196	- ثانياً: حماية الزوجة من الطلاق التعسفي
205	المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي من مظاهر المساواة في فك الرابطة الزوجية
205	الفرع الأول: الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية
207	الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في ق.أ.ج
207	- أولاً: شروط إيقاع الطلاق بالتراضي
208	- ثانياً: كيفية رفع الدعوى
210	المبحث الثاني: حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها
210	المطلب الأول: حق المرأة في التطلق
212	الفرع الأول: أسباب التطلق في قانون الأسرة 11/84
213	1- التطلق لعدم الإنفاق

217	2- التّطليق للعيوب
221	3- التّطليق للهجر في المضجع
222	4- الحكم على الزّوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة أو استحيل معها مواصلة العشرة الزّوجية
224	5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة
225	6- حالة ارتكاب فاحشة مبينة
225	7- التّطليق للضرر المعتر شرعا
227	الفرع الثّاني: أسباب التّطليق المضافة في تعديل قانون الأسرة 02/05
228	1- التّطليق بسبب الشّقاق المستمر
230	2- التّطليق لمخالفة المادّة 8 من قانون الأسرة
231	3- التّطليق لمخالفة الشّروط المتفق عليها
232	المطلب الثّاني: حق المرأة في فك الرّابطة الزّوجية عن طريق الخلع
232	الفرع الأوّل: الخلع في الشريعة الإسلامية
233	- أوّلا: تعريف الخلع
233	- ثانيا: مشروعية الخلع
234	- ثالثا: شروط الخلع
235	- رابعا: بدل الخلع
236	الفرع الثّاني: الخلع في قانون الأسرة
236	- أوّلا: الخلع في قانون الأسرة 11/84
240	- ثانيا: الخلع في قانون الأسرة 02/05

243	الفصل الثاني: آثار الطلاق على مركز الزوجة
244	المبحث الأول: الاستحقاقات المالية للمرأة المطلقة
244	المطلب الأول: حماية حقوق المرأة من خلال التعويض عن الطلاق بإرادة الزوج
244	الفرع الأول: المتعة كتعويض للمرأة المطلقة في الشريعة الإسلامية
244	- أولاً: مفهوم المتعة
247	- ثانياً: مقدار المتعة
248	- ثالثاً: التعويض في الفقه الإسلامي الحديث
250	الفرع الثاني: التعويض في قانون الأسرة الجزائري
250	- أولاً التعويض عن الطلاق بإرادة الزوج
253	2- كيفية تقدير التعويض
256	- ثانياً: التعويض عن التطلق
259	المطلب الثاني: حماية حق المرأة المطلقة في نفقة العدة في ق.أ.ج
259	الفرع الأول: عدة المطلقة في الشريعة الإسلامية
260	- أولاً: مشروعية العدة
262	- ثانياً: عدة المرأة المطلقة ومن في حكمها
262	- ثالثاً: حكمة مشروعية عدة المرأة على زوجها
263	- رابعاً: حالات استحقاق نفقة المعتدة من طلاق
264	الفرع الثاني: نفقة عدة المرأة المطلقة و حالات استحقاقها في ق.أ.ج
269	المبحث الثاني: حماية حقوق المرأة المطلقة في حضانة الأبناء و حقوقها في استرجاع متاع البيت
269	المطلب الأول: حماية حق المرأة في الحضانة في ق.أ.ج على ضوء الاتفاقيات الدولية
270	الفرع الأول: الحضانة في الاتفاقيات الدولية

272	الفرع الثاني: تنظيم الحضانة في قانون الأسرة
272	1- مفهوم الحضانة وشروطها في قانون الأسرة
277	2- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري
279	3- مدّة الحضانة في قانون الأسرة
279	4- سقوط الحضانة في قانون الأسرة
282	5- حق زيارة المحضون
283	الفرع الثالث: التدابير القانونية لحماية حقوق المرأة الحاضنة
283	- أوّلا: عدم سقوط حق المرأة في الحضانة بسبب العمل
287	- ثانيا: حق المرأة الحاضنة في السكن
291	- ثالثا: صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة الحاضنة
294	المطلب الثاني: حق المرأة في متاع البيت بعد الطلاق في ق.أ.ج
295	الفرع الأوّل: النزاع في متاع البيت في الفقه الإسلامي
297	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من النزاع حول متاع البيت
304	الخاتمة
310	قائمة المصادر والمراجع
235	فهرس المحتويات

ملخص:

لقي موضوع حماية حقوق المرأة، اهتماما متزايدا من طرف المجتمع الدولي، وقد تجسّد هذا الاهتمام من خلال مختلف المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، ومختلف المنظمات الإقليمية، لاسيما اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة سنة 1979، وقد خصّصت هذه المواثيق بنودا لحقوق المرأة في نطاق العلاقات الأسرية، بصفتها زوجة، وهذا سواء عند إبرام عقد الزواج وأثناء قيام الرابطة الزوجية، أو في فكّ الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنها، حيث تقوم هذه الحماية، على أساس المساواة المطلقة، أي التماثل في الحقوق والمسؤوليات الزوجية، وأمام مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقيات، لا سيما اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، كان لزاما على المشرّع الجزائري تكييف قانون الأسرة مع مقتضيات هذه الاتفاقية، وعليه تمّ تعديل قانون الأسرة 11/84 بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 2005/02/27، حاول فيها المشرّع، التوفيق بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية فيما يتعلّق بمبدأ المساواة بين المرأة والرجل وحماية حقوق المرأة.

الكلمات المفتاحية: المرأة، الأسرة، الحقوق، الحماية، المساواة.

Résumé :

La protection des droits de la femme, au sein de la famille en sa qualité d'épouse, a pris une place prépondérante dans les différentes conventions internationales des droits de l'homme, conclues au sein des Nations Unis, notamment la convention de la lutte contre toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, et avec la ratification par notre pays de ses conventions internationales relatives aux droits de l'homme en général et celles des droits de la femme en particulier, le législateur a cherché à adapter le code de la famille avec les dispositions énoncées par ces conventions. A cet effet le code de la famille a été modifié par l'ordonnance N°05/02 du 27/02/2005 dans laquelle le législateur a tenté de concilier entre les principes du droit international et les principes du droit musulman relatif à l'égalité et la protection des droits de la femme.

Mots clés: La femme, La famille, Les droits, La protection, L'égalité.

Abstract:

The issue of protecting the right of woman has received increasing attention from the international community. This concern has been reflected in various international conventions of human right issued from the United Nations and regional organizations, including especially the conventions on elimination of all discrimination against woman in 1979. These agreements customized items for the right of woman across family relations as wife either in the act or in dissolution of marriage. After the ratification of international conventions of human rights and woman's rights in particular up hold by our country. The legislator sought to adapt the family code of these dispositions claimed by these conventions. To this effect the family code has been modified by law order enumerated 05/02 on the 28/02/2005 within which the legislator attempted to balance between the international law principles and the Islamic law principles that are related to equality and woman's protection.

Keywords: Woman, Family, Rights, Protection, Equality.